

APUNTES SOBRE LA REFERENCIA EXPRESA AL EJERCICIO COMPARTIDO DE LA GUARDA Y CUSTODIA DE LOS HIJOS EN LA LEY 15/2005

María Paz García Rubio

Catedrática de Derecho Civil. Universidad de Santiago de Compostela

Marta Otero Crespo

Becaria FPI. Universidad de Santiago de Compostela

En el presente artículo las autoras reflexionan sobre la regulación de la llamada «custodia partida» introducida por la Ley 15/2005, que modifica el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio. Tras analizar la situación anterior a la modificación legislativa señalada, se pone de relieve la escasa calidad técnica de la norma y los problemas interpretativos y de aplicación que, por eso mismo, van a plantearse con bastante seguridad. A juicio de quienes firman esta contribución la fórmula legal que acoja la titularidad y ejercicio de la patria potestad entre ambos padres debe formularse como regla general, y ello con independencia de que los padres vivan juntos o estén separados. Sólo entonces nos situaremos en la línea de los ordenamientos que nos son más cercanos y respetaremos en verdad el principio de igualdad entre ambos progenitores.

SUMARIO

- I. LA LLAMADA «CUSTODIA COMPARTIDA». EL MARCO LEGAL.
- II. LA GUARDA Y CUSTODIA DESDE LA PERSPECTIVA JURISPRUDENCIAL.

María Paz García Rubio y Marta Otero Crespo

1. Consideraciones previas.
2. Etapas.
 - A) Primera etapa: 1981-1990: preferencia materna.
 - B) Segunda etapa: 1990-2000: progresivo reconocimiento de la aptitud paterna.
 - C) Tercera etapa: 2000-actualidad: hacia la custodia compartida.
- III. LA MODIFICACIÓN DEL ART. 92 CC EN LA LEY 15/2005.
 1. El limitado alcance de la reforma.
 2. La complicada tramitación parlamentaria.
 3. La interpretación del nuevo texto legal y su difícil encaje en el sistema.
- IV. REFLEXIÓN FINAL.

«Existe una afinidad natural entre la legislación y la pedagogía».

(J. CARBONNIER, en el capítulo dedicado a la autoridad paterna, dentro del libro *Ensayos sobre las Leyes*, traducción de L. DÍEZ-PICAZO, Civitas, Madrid, 1998, p. 65)

I. LA LLAMADA «CUSTODIA COMPARTIDA». EL MARCO LEGAL

Cuando en diciembre de 2004 se inició la tramitación del Proyecto de Ley que modificaba el Código civil en materia de separación y divorcio pocos podían anticipar que la llamada «custodia compartida» iba a ser el tema estrella de todo del proceso y el único capaz de hacer sombra mediática a la otra modificación del Código que, en materia de Derecho de familia, seguía en el Parlamento un camino prácticamente coetáneo: la que abría el matrimonio a las parejas de homosexuales ⁽¹⁾.

Baste lo dicho para anticipar una primera crítica a la reforma. En efecto, la figura que nos ocupa, destinada a regular una institución que afecta al ejercicio de la patria potestad y por tanto las relaciones entre padres e hijos, se aborda de una manera expresa en un Proyecto, que derivaría en la Ley 15/2005, destinado a modificar la regulación de la separación y el divorcio, esto es, una ley cuyos destinatarios son los cónyuges que pretenden poner fin a su crisis matrimonial. En consecuencia, como resulta de la lógica derivada del objeto central de esa ley, la guarda y custodia de los hijos se menciona, entre los modificados, en el art. 90.1 a) Cc.

«El convenio regulador [...] deberá referirse, al menos, a los siguientes extremos: [...] El régimen de guarda y custodia de los hijos sujetos a la potestad de ambos».

y, sobre todo, en el art. 92 Cc, precepto que se perfila como sede normativa de la figura y en cuyo tenor literal nos detendremos posteriormente. Con esta opción sistemática el legislador de 2005 se aparta de la lógica que había se-

1. La que terminó siendo la Ley 13/2005, por la que se modifica el Código civil en materia de derecho a contraer matrimonio.

María Paz García Rubio y Marta Otero Crespo

guido en las reformas del Derecho de Familia de 1981, en las que de una manera acertadísima, modélica en nuestro entorno jurídico, se separaron con nitidez las relaciones matrimoniales de las paterno-filiales, estableciendo como principio básico del que derivan todas las reglas concretas contenidas en el Código la absoluta independencia entre las instituciones destinadas a regir unas y otras: las matrimoniales en el Título IV, las paterno-filiales en el Título V, ambos del Libro I del Código⁽²⁾. Precisamente por ello, pensamos que si de verdad ahora se trataba de alterar las reglas de ejercicio de la patria potestad cuando los padres no conviven entre sí —estén o hayan estado o no casados, lo que desde la lógica de la igualdad de los hijos debe resultar indiferente— los preceptos que se hubieran debido modificar eran los relativos al ejercicio de la patria potestad y, muy especialmente, los arts. 156 y 159 del Cc, los cuales, sin embargo, no han sido tocados por la reforma que comentamos.

Pues bien, la elección de esa equivocada sede normativa y la falta de coordinación con las normas generales en materia de patria potestad trae como primera consecuencia la siguiente pregunta: ¿han de ser aplicadas o no las disposiciones contenidas en el art. 92 Cc cuando la controversia sobre el ejercicio de la patria potestad no se produzca en el seno de un procedimiento de separación o divorcio, sino entre los padres de un hijo no casados entre sí? Obsérvese que la duda va más allá de la conocida polémica en torno a la utilización o no de la analogía con las normas del matrimonio para resolver los conflictos entre los miembros de la pareja de hecho, pues los padres del hijo cuya custodia se discute no tienen por qué ser ni haber sido ni matrimonio ni pareja; basta simplemente con que sean padres. Volviendo a la pregunta que se acaba de formular, caben pocas dudas sobre la necesidad de que el aplicador del Derecho resuelva el desacuerdo técnico del legislador utilizando idénticos criterios, sean cuales sean o hayan sido las relaciones existentes entre ambos titulares de la patria potestad, lo que también confirman las normas de procedimiento.

La nueva situación legal parte pues de unas normas generales sobre ejercicio de la patria potestad⁽³⁾ que sigue siendo idéntica a la introducida por la Ley 13/1981 y que, en lo que ahora nos interesa, dicen así:

2. Por más que en las normas relativas a los efectos de la separación y el divorcio existieran reflejos de la situación para con los hijos, por ejemplo, en los arts. 90, 92 o 96 Cc.

3. El término «custodia compartida» responde a una fórmula expresiva y directamente traducida de otros modelos normativos, pero carece de un significado técnico preciso en nuestro Derecho. Con ella se alude en

Apuntes sobre la referencia expresa al ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos en la Ley 15/2005

Art. 156 Cc:

«La patria potestad se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores o por uno sólo con el consentimiento expreso o tácito del otro [...].

[...] Si los padres viven separados, la patria potestad se ejercerá por aquel con quien el hijo conviva. Sin embargo, el Juez, a solicitud fundada del otro progenitor, podrá, en interés del hijo, atribuir al solicitante la patria potestad para que la ejerza conjuntamente con el otro progenitor o distribuir entre el padre y la madre las funciones inherentes a su ejercicio».

Art. 159 Cc:

«Si los padres viven separados y no decidieren de común acuerdo, el Juez decidirá, siempre en beneficio de los hijos, al cuidado de qué progenitor quedarán los hijos menores de edad. El Juez oír, antes de tomar esta medida, a los hijos que tuvieran suficiente juicio y, en todo caso, a los que fueran mayores de doce años».

realidad al modo de ejercicio conjunto o compartido de una patria potestad sobre un menor (o un mayor incapacitado) cuya titularidad tienen ambos padres, si bien es cierto que el Código civil recogía ya el término «guarda» al que parte de la literatura jurídica y de los tribunales le otorgan autonomía, estimando que con él se alude a la convivencia con el hijo y a la toma de las decisiones cotidianas, considerando que el ejercicio de la patria potestad en sentido estricto, que puede ser compartido aun siendo la guarda unilateral, afecta a las decisiones más importantes y trascendentales (así, por ejemplo, STS 630/1994 de 25 de junio [RJ 1994\6502], y más recientemente, SAP Baleares 358/2004 (sección 5.ª), de 17 de septiembre [JUR 2004\287192]); en la doctrina reciente sustenta esta duplicidad C. GUILARTE MARTÍN-CALERO, *Comentarios a la reforma de la separación y el divorcio. Ley 15/2005, de 8 de julio*, V. GUILARTE GUTIÉRREZ (dir.), Valladolid, Lex Nova, 2005, pp. 135 y 141. En nuestra opinión se trata de situaciones de ejercicio, simétrico o asimétrico, según sea o no igualitario el reparto de las funciones, de la patria potestad, si bien no vemos inconveniente en reservar el término «guarda», «custodia» o incluso ambos, para aludir a aquellos aspectos de dicho ejercicio más relacionados con el control diario del desarrollo personal del niño (custodia legal) y/o la convivencia (custodia física).

Lo que se debió valorar, en un momento en que el legislador está obligado a velar por que las leyes que aprueba no contengan elementos directos o indirectamente discriminatorios, fue el cambio del término «patria potestad» por otro neutral desde la perspectiva de género, pues no cabe duda de que, a pesar de su carácter tradicional o precisamente por él, evoca al padre y no a la madre. *Lege ferenda* debe producirse su sustitución por otro más adecuado, como el de «autoridad parental» o «responsabilidad parental» al modo que se ha hecho en el Derecho comunitario (v. <europa.eu.int/comm/justice_home/fsj/civil/parents/fsj_civil_recognition_parents_en.htm>, fecha de consulta 13 de diciembre de 2005), en otros países de nuestro entorno, o incluso en algunas Comunidades Autónomas. La Enmienda al Proyecto de Ley núm. 10, firmada por el Grupo Parlamentario de Esquerra Republicana (ERC) iba en el sentido indicado (BOCG, Congreso de los Diputados, VIII Legislatura, Serie A, 15 de marzo de 2005, núm. 16-8).

María Paz García Rubio y Marta Otero Crespo

Del contenido de estos dos artículos parece derivarse que en los casos en los que ambos padres ostentan la titularidad de la patria potestad sobre su hijo la regla general es el ejercicio conjunto en caso de que convivan entre sí, y el ejercicio unilateral por parte del conviviente con el hijo, en el caso de que ambos progenitores (o padres adoptivos) vivan separados. No obstante, para el supuesto de padres no convivientes dicha regla general puede ser excepcionada tanto por el común acuerdo de los padres como por decisión judicial que atribuya el ejercicio conjunto, a solicitud del padre o madre que, en principio, no convive con el hijo.

Es de resaltar que las normas de la Ley 30/1981 en materia de separación y divorcio que aludían a las relaciones posteriores a la crisis matrimonial entre padres e hijos no discrepaban de lo indicado, pues el art. 96 Cc, en defecto de acuerdo, atribuía el uso de la vivienda conyugal y de los objetos de uso ordinario de la misma a los hijos y al cónyuge en cuya compañía quedasen, lo que hacía pensar que la situación ordinaria era la convivencia con uno sólo de ellos, mientras que, conforme al art. 92 Cc, en su penúltimo párrafo y en su versión anterior

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

lo cual de nuevo nos llevaba a una situación ordinaria de ejercicio unilateral, pero no excluía cualquier otra modalidad ⁽⁴⁾.

Siendo así, no debe extrañar que la mal llamada «custodia compartida» fuera ya una realidad admitida y reconocida en nuestra práctica judicial con anterioridad a la reforma que, conscientemente o no, la ha presentado como una novedad y un avance legislativo. Nada mejor para constarlo que la exposición de la evolución seguida en este punto por nuestros tribunales desde 1981 hasta las fechas inmediatamente anteriores a la entrada en vigor de la Ley 15/2005.

4. Lo que también confirmaba el art. 103.1.º Cc, que entre las medidas provisionales a adoptar por el juez una vez interpuesta la demanda de nulidad, separación o divorcio establecía la de «Determinar, en interés de los hijos, con cuál de los cónyuges han de quedar los sujetos a la patria potestad de ambos...».

II. LA GUARDA Y CUSTODIA DESDE LA PERSPECTIVA JURISPRUDENCIAL

1. CONSIDERACIONES PREVIAS

La atribución de la guarda y custodia de los hijos menores ha sido, a lo largo de estos años, una de las cuestiones centrales en los supuestos de crisis de pareja, tanto matrimoniales (separación, nulidad y divorcio) como no matrimoniales. Principalmente, supone la designación del miembro de la pareja sobre el que recaerá el cuidado diario y directo de los hijos menores, encargándose de su educación y control cotidianos, y en definitiva permitiendo al progenitor que la obtenga desarrollar un mayor grado de afectividad y relación personal con sus descendientes⁽⁵⁾. En la práctica, y como consecuencia indisolublemente unida a lo anterior, el cónyuge *beneficiario* de la custodia lo será también en lo que a la atribución de la vivienda familiar⁽⁶⁾ se refiere, a lo que habrá que sumar el carácter de acreedor de la pensión de alimentos⁽⁷⁾.

Si hay algo en común a estos veinticinco años de historia jurisprudencial es el teórico criterio inspirador de todas y cada una de las resoluciones: el beneficio del menor, *favor filii* o *bonum minoris*. Será este superior interés de los hijos el que guiará el proceso de toma de decisiones judiciales y, en definitiva, la adopción del régimen de custodia y visitas más conforme con aquél.

A pesar de que no podemos establecer taxativamente fases perfectamente definidas, sí podemos atisbar de un modo orientativo tres etapas diferenciadas en lo que a la evolución de la atribución de la guarda y custodia de los hijos menores se refiere. Afrontaremos su estudio basándonos en la juris-

5. La privación de la patria potestad no se acuerda salvo circunstancias excepcionales, por lo que con carácter general ambos progenitores se consideran titulares de la misma, pero sólo el custodio se encarga de su ejercicio ordinario.

6. En este punto resulta de obligada referencia la jurisprudencia contenida en M. T. MARTÍN MELÉNDEZ, *Criterios de atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales* (art. 96, p. 1, 2 y 3 Cc). *Teoría y práctica jurisprudencial*, Civitas, 2005.

7. V. a modo ejemplificativo SAP Barcelona 4/2000 (sección 18.ª) de 19 de enero [JUR 2000\142511]; SAP Murcia 177 bis/2002 (sección 5.ª) de 7 de mayo [JUR 2002\248150]. De un modo un tanto gráfico, el progenitor custodio resulta el destinatario principal de un paquete de «beneficios»: guarda de los hijos, vivienda familiar y pensión de alimentos.

María Paz García Rubio y Marta Otero Crespo

prudencia⁽⁸⁾ emanada tras las diversas reformas legislativas, fiel reflejo de las consideraciones psicosociales del último cuarto de siglo y cuyo máximo criterio inspirador se asienta sobre el *favor filii* —como ya hemos avanzado—.

2. ETAPAS

A) PRIMERA ETAPA: 1981-1990: PREFERENCIA MATERNA

Como es sabido, en 1981 se acometen dos importantes reformas del Código civil. De un lado, la Ley de 13 de mayo, de modificación del Código civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, y de otro la Ley 30/1981 de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio. En la cuestión que ahora nos ocupa, recordemos que ambas leyes inciden en la situación de los hijos cuyos padres no conviven, pero no la abordan desde una perspectiva coherente y única. Pese a que siguieron una tramitación prácticamente paralela en el Congreso, el resultado arrojado es una doble regulación, una general en sede de patria potestad (artículos 156.5, 159 y 160 Cc) y otra especial ubicada en sede de las relaciones paterno-filiales, reglamentando las consecuencias que para los hijos tienen la separación, la nulidad o el divorcio⁽⁹⁾.

La jurisprudencia en esta década de los ochenta es prácticamente unánime atribuyendo la guarda y custodia de los hijos menores en exclusiva a la madre, en combinación con un derecho de visitas reducido para el padre (entre otras, STS de 11 de octubre de 1982⁽¹⁰⁾ y STS de 9 de marzo de 1989⁽¹¹⁾).

8. Esencialmente, jurisprudencia menor, ya que por motivos de competencia estas cuestiones apenas llegan al conocimiento del Tribunal Supremo.

9. Se excluyen por aquel entonces las parejas de hecho. Más adelante los tribunales aplicarán análogamente las disposiciones del Código civil a la hora de resolver sobre la situación de los hijos nacidos fuera de un matrimonio ante las crisis de pareja de sus padres, en virtud del principio de no discriminación de los hijos con independencia de su filiación. STS 701/2004 (Sala de lo Civil, Sección 1.ª), de 7 de julio [RJ 2004\5108].

10. RJ 1982\5550.

11. RJ 1989\2030; ratifica la custodia de los menores atribuidos a la madre, basándose en la «*unidad familiar*», considerándola «*muy en armonía con la tradición ética y jurídica de la familia española*».

Apuntes sobre la referencia expresa al ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos en la Ley 15/2005

Los pilares de esta tendencia se asientan, de un lado, en la corriente psicológica imperante que consideraba la figura materna como la idónea para el cuidado del menor (se alude al «*favor filii*», «beneficio superior del menor» o «adecuado desarrollo de la personalidad del menor») y de otro, en la redacción del art. 156 Cc, que actuaba como respaldo legal, de tal suerte que «*si los padres viven separados y no decidieren de común acuerdo, los hijos e hijas menores de siete años quedarán al cuidado de la madre, salvo que el Juez, por motivos especiales, proveyere de otro modo*»⁽¹²⁾. La letra de la ley determina que habrá que estar, en primer lugar, al acuerdo de los padres y, a falta de éste, se atribuirá a la madre cuando el menor no supere los siete años de edad, salvo que el juez decida lo contrario por concurrir *motivos especiales*. En esta excepción se sitúan todos aquellos supuestos en los que la madre fuese considerada la culpable de la separación o el divorcio⁽¹³⁾, de suerte tal que de un modo automático, cuando el niño superaba los siete años de edad, se operaba la transferencia de la guarda de la madre al padre no culpable.

En todo caso, no parece existir un entendimiento avenido acerca de qué ha de entenderse por beneficio del menor, quedando en la mayor parte de los pronunciamientos claramente mediatizado por consideraciones de tipo moral⁽¹⁴⁾. Consecuentemente, resultan escasos los supuestos en los que concurren motivos verdaderamente objetivos que inclinan la balanza a favor de uno u otro progenitor a la hora de desempeñar la función de custodio⁽¹⁵⁾.

12. La STS de 2 de octubre de 1984 [RJ 1984\4753] ratifica la decisión de primera instancia de atribuir la custodia de las dos hijas del matrimonio, de siete y cinco años, a su madre, fijando un régimen de visitas a favor del ex-esposo.

13. Claros ejemplos de esta sanción lo constituyen resoluciones tales como la STS de 2 de mayo de 1983 [RJ 1983\2619], donde se priva a la madre del contacto con sus hijos menores por su «*adulterio, vida de viciuperio y de ignominia y sevicias*», la STS de 31 de mayo de 1983 [RJ 1983\2955], por la que se atribuye la custodia de las cuatro hijas comunes al padre, declarada culpable la esposa de la separación matrimonial. En el mismo sentido, la STS de 17 de mayo de 1986 [RJ 1986\2731]: «*(...) resulta procedente la resolución de que los hijos del matrimonio queden bajo la guarda y custodia del padre (...) probada y declarada la culpabilidad de la esposa*».

14. En su STS de 19 de octubre de 1983 nuestro Alto Tribunal considera que no se puede considerar «*como con virtualidad suficiente para provocar de manera necesaria una medida de tanta trascendencia como es la privación de la guarda y tutela por parte de la madre de una hija menor, la convivencia de aquélla en estado de soltería con un hombre casado y separado de su esposa, conducta esta que, aun reprochable desde el punto de vista social, no alcanza, a falta de otras circunstancias específicamente corruptoras (...) trascendencia ética suficiente para determinar una mutación en el derecho a la guarda*».

15. La STS de 27 de febrero de 1980 [RJ 1980\1012] priva de la custodia de la hija menor al cónyuge inocente de la separación (esposa) por considerar que las creencias religiosas de la madre (testigo de Jehová)

María Paz García Rubio y Marta Otero Crespo

B) SEGUNDA ETAPA: 1990-2000:
PROGRESIVO RECONOCIMIENTO DE LA APTITUD PATERNA

Una nueva modificación legislativa es la responsable en el cambio de orientación jurisprudencial en la década de los noventa. La Ley 11/1990, de 15 de octubre, de modificación del Código civil en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo, da nueva redacción al artículo 156 Cc⁽¹⁶⁾.

A pesar de que desaparece la mención del umbral de los siete años, y con ello el automaticismo legal anterior, la fuerza de la tradición hace que la jurisprudencia se mantenga en la atribución de la guarda exclusiva de los menores a la madre con un derecho de visitas a favor del padre, generalmente respondiendo al esquema de fines de semana alternos y mitad del período vacacional del menor.

Paulatinamente, se atisba una cierta superación de lo anterior plasmada en resoluciones puntuales que comienzan a reconocer la idéntica aptitud de los padres como progenitores custodios —superándose así los prejuicios hasta entonces vigentes—. El *bonum filii* impone el que pueda discriminarse al padre salvo que existan circunstancias objetivas que así lo aconsejen⁽¹⁷⁾.

pueden, en determinadas circunstancias, poner en peligro la salud de la niña que «de quedar al cuidado de la madre» podría «no ser objeto de una transfusión de sangre si ello fuera necesario, dadas las normas sobre ellos de las creencias religiosas de ésta [...] acordando que la custodia de la hija menor de dicho matrimonio quede encomendada al padre».

16. V. supra.

17. La SAP de Murcia 127/1998 (Sección 1.ª) de 16 de marzo [JUR 1998\98458] suspende el régimen de visitas y comunicaciones de la menor con su padre por encontrarse éste imputado en un proceso penal por abuso sexual. «Mucho más ardua y delicada es, como siempre, la problemática concerniente al régimen de comunicaciones del Sr. S. O. con sus hijos, agudizada por la lamentable tramitación, deficiente incorporación de piezas y mecánica remisión de la sentencia a un Auto sin el menor comentario sobre tan trascendente aspecto de la controversia. Ya en el informe elaborado por el psicólogo Sr. J. O. se homologa las vivencias de la niña Ana María a las relatadas por víctimas de abusos sexuales infantiles, atribuyéndole veracidad, coherencia y consistencia a sus manifestaciones, hasta el punto de recomendar con carácter prioritario la eliminación de cualquier contacto, incluso telefónico, con su padre. Al folio 174 del testimonio de particulares aportados al Rollo de Sala, obra informe que rinden conjuntamente un catedrático de Medicina Legal y un especialista en Obstetricia y Ginecología en el que, tras minuciosa inspección ginecológica consistente en el examen de los genitales externos de Ana María S. P., aprecian en sus conclusiones un "desgarro traumático en la membrana del himen", informe que determinó en su día la reapertura del procedimiento penal sobreseído, cuya existencia impide otorgar respaldo a un régimen normal de comunicaciones y obligan a adoptar medidas apropiadas para proteger a los menores de todo riesgo de perjuicio o abuso mientras se encuentren bajo provisoria formas de custodia paterna».

Apuntes sobre la referencia expresa al ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos en la Ley 15/2005

C) TERCERA ETAPA: 2000-ACTUALIDAD: HACIA LA CUSTODIA COMPARTIDA

Con la entrada del nuevo siglo, la uniformidad en la atribución de la guarda y custodia exclusiva a la madre se va diluyendo, produciéndose un aumento progresivo en el reconocimiento de un, cada vez más amplio, derecho de visitas a favor del progenitor no custodio. Continuando en esta línea se detectan los primeros pronunciamientos favorables a la adopción de un régimen de cuidado de los hijos no previsto expresamente en nuestro ordenamiento: la custodia compartida⁽¹⁸⁾.

A pesar de que la riqueza de factores que pueden concurrir en cada supuesto de crisis de pareja es difícilmente imaginable *a priori*, sí que podemos sistematizar una serie de criterios específicos que han orientado la labor judicial para determinar el progenitor destinatario del cuidado diario y directo del menor. Como criterios judiciales de atribución de la guarda, el Juez viene atendiendo, entre otros, a la edad de los hijos, su estabilidad personal y emocional, razones de estudios, tiempo disponible de cada uno de los progenitores, así como a evitar la separación de los hermanos. Veamos a continuación algunas muestras.

- Por lo que a la edad de los hijos se refiere, la jurisprudencia más reciente establece que los más pequeños continúan quedando bajo la custodia materna, criterio imperativo en los supuestos de menores lactantes. A pesar de que se entiende vital el contacto materno en los primeros años de vida, es también habitual la fijación de un amplio marco de visitas, estancias y comunicaciones encaminados al mantenimiento de los vínculos paternos —salvo que medien circunstancias objetivas que lo desaconsejen—. Este tipo de medidas no pueden ser entendidas como una violación del principio de igualdad de sexo establecido en el artículo 14 de nuestra Constitución, tal y como sostiene nuestro Tribunal Supremo (v. STS 590/2003, de 9 de junio⁽¹⁹⁾ [FD 3.º]). Sin embargo, cada día son más las excepciones a esta regla general; así por ejemplo, la SAP Huelva 287/2000

18. Las primeras alusiones a esta modalidad de custodia se localizan a finales de los años noventa, si bien la jurisprudencia se mostró en general contraria a su adopción por no considerarla la medida más favorable a los hijos menores. V. SAP Madrid (Sección 22.ª), de 17 de febrero de 1998 [AC 1998\4985].

19. RJ 2003\5137.

María Paz García Rubio y Marta Otero Crespo

(Sección 2.^a), de 15 de septiembre ⁽²⁰⁾, estima el recurso interpuesto contra la sentencia dictada en primera instancia, revocando la guarda y custodia de la menor atribuida a su madre, encomendándose a su padre, por estar éste en una situación de mayor disposición para atender a la menor en concurso con la ayuda de la abuela paterna ⁽²¹⁾.

- Estabilidad personal y emocional: la SAP de Córdoba 521/2003 (Sección 1.^a), de 16 de diciembre ⁽²²⁾, considera improcedente la guarda y custodia compartida por la falta de domicilio estable de la menor, a pesar de la cercanía entre las residencias de sus progenitores (*«esta Sala no considera que esa proximidad de ambos domicilios pueda ser motivo para el cambio que se propone, en primer lugar, por lo excepcional que ha de ser la atribución de esa guarda y custodia compartida, que representaría una situación irregular y que tendría un difícil encaje, pues supondría algo así como que la niña no tendría un domicilio estable, sino dos, y una regularidad en su vida, hábitos y costumbres, que es absolutamente esencial, y más aún con la escasa edad de aquélla. Junto a ello no puede olvidarse que esta situación podría suponer con mucha probabilidad un incremento de la crispación entre los progenitores»* [FD 2.^o]).
- Tiempo disponible: cobra especial interés en estos supuestos la situación y condiciones laborales de los progenitores. En este sentido, la SAP de Santa Cruz de Tenerife (Sección 1.^a) 179/2003, de 7 de abril ⁽²³⁾, deniega la custodia a la madre de los dos hijos nacidos durante el matrimonio basándose en las exigentes condiciones laborales a las que ésta se ve sometida por los turnos de trabajo rotatorios que precisan de su disponibilidad las 24

20. JUR 2001\5272.

21. FD 3.º: *«(...) entiende esta Sala que ha de estarse a las circunstancias del caso concreto, y parece mejor atendida la menor en el domicilio paterno, con el concurso de la abuela paterna durante las horas de trabajo del padre. Mientras que la abuela materna no puede atender a la menor, como resulta del recurso a niñera o guardería, la paterna tiene tal posibilidad. En situaciones difíciles la hija ha sido entregada al padre. Aunque sea verdad que no se ha acreditado despreocupación, irresponsabilidad o incapacidad en la madre para atender a su hija y que las dificultades que hubiera tenido estén justificadas por motivos laborales o de otra índole, no han de buscarse elementos culpabilísticos o de reproche sino datos para enjuiciar qué sea más beneficioso para la menor. Parece que esas dificultades y la perfecta atención a la menor en el domicilio paterno conforme a las pruebas practicadas como también recoge la juzgadora deben inclinar la balanza a favor de la solución provisionalmente adoptada de encomendar la custodia al padre».*

22. JUR 2004\20303.

23. JUR 2003\238773.

Apuntes sobre la referencia expresa al ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos en la Ley 15/2005

horas del día⁽²⁴⁾. Nuestro Alto Tribunal también ha tenido ocasión de manifestarse en el mismo sentido. Así en su STS 719/2003, de 9 de julio⁽²⁵⁾, considera que en aras del principio del *favor filii* debe atribuirse la custodia de la hija menor al padre por ser éste el que se encuentra en mejores condiciones para satisfacer las necesidades físicas, materiales como de índole moral, de la niña, dada la situación laboral y emocional de la madre. «*Sienta la sentencia impugnada que la prueba practicada revela que la recurrente por su situación laboral y emocional no es la más apropiada para ocuparse de su hija, así como que no responde adecuadamente para cumplir la función que la custodia de Luna supone y no se justifican los retrasos reiterados en el inicio de la jornada escolar, que han provocado aviso del centro por tener una incidencia negativa en la evolución educacional de la niña, habiéndosele requerido en diferentes ocasiones para que enmendase esta conducta*» [FD 1.º].

- Aunque el evitar la separación de los hermanos era un criterio recogido en el artículo 92 del Código Civil, excepcionalmente encontramos supuestos en los que los tribunales consideraron que el interés superior del menor pasaba por una no convivencia de los hermanos. En este sentido, la SAP de La Rioja 13/2004 (Sección 1.ª), de 28 de enero⁽²⁶⁾, establece que «*siendo la regla general la de que los hermanos convivan juntos, (...) pueden darse excepciones a esa regla. Ahora bien, las situaciones que deben dar lugar a no aplicar la regla general “de procurar la convivencia*

24. Este recurso de apelación ratifica la decisión del juzgador de instancia, atribuyendo la guarda y custodia de los hijos al padre, anteriormente condenado en un juicio por dos faltas de lesiones (una sobre su cónyuge y otra sobre su suegra) tal y como se recoge en su FD 2.º «*La decisión de la juzgadora está inspirada en el favor filii, y tiene en cuenta todas las circunstancias acreditadas en autos, si bien entre ellas asume una influencia crucial en el fallo el hecho de que la jornada laboral de la esposa esté sujeta a turnos rotatorios que exigen disponibilidad de las 24 horas diarias. Entiende la juzgadora que si los hijos quedaran bajo la guarda y custodia de su madre, las exigentes condiciones laborales a que se ve sometida determinarían que en cualquier momento los menores puedan quedar al cuidado de una tercera persona (como incluso ya ha ocurrido), ajena a la relación paterna-filial, lo que no estaría justificado desde el interés de los menores toda vez que por parte del padre existe disponibilidad horaria para ejercer la guarda y custodia (...) la Sala llega a la conclusión de que la juzgadora de instancia acometió un análisis conjunto de todo el material probatorio, ponderando las circunstancias que concurren en los progenitores y las que rodean a la unidad familiar y a los menores, en la valoración —a la luz del bonum filii— de cuál es el ambiente más propio o menos perjudicial para el desarrollo de sus facultades intelectuales y afectivas*» (FD 3.º).

25. RJ 2003\4621.

26. JUR 2004\80997.

María Paz García Rubio y Marta Otero Crespo

de los hermanos”, deben analizarse en relación con la situación de convivencia de los hermanos con un solo progenitor, y atendiendo al principio del favor filii». Esta resolución entiende que a pesar de que resulta beneficioso para el desarrollo psicoafectivo de los hermanos la convivencia bajo el mismo techo, en el caso concreto, la falta de convivencia de las dos hermanas desde la aprobación del convenio regulador determina que «resultaría más perjudicial para el interés de las menores quebrar esta convivencia actual que cuenta, además, con una duración superior a un año (que es mucho tiempo en la vida de las menores) porque no puede ignorarse que uno de los principios fundamentales en la determinación de la guarda de los menores es el de la estabilidad». Sin embargo, entiende la Audiencia que debe regularse y ampliarse la convivencia de ambas menores entre sí, así como las relaciones que mantiene cada una de ellas con el progenitor no custodio, por considerar que hasta entonces han sido insuficientes.

De todo lo anterior se deduce que no existe una orientación única en cuanto a la determinación del progenitor o progenitores custodios. A la entrada en vigor de la Ley 15/2005 encontramos resoluciones que atribuyen la custodia exclusiva de uno de los padres, con un derecho de visitas reducido para el otro; custodia exclusiva con un derecho de visitas ampliado y, excepcionalmente, custodia compartida.

a) Custodia exclusiva de uno de los progenitores con derecho de visitas reducido para el otro

Los supuestos en los que se concede la custodia en exclusiva a uno de los progenitores con un derecho de visitas reducido al otro son cada día menos frecuentes, al entenderse que el beneficio del menor aconseja el contacto habitual con ambos progenitores. Excepcionalmente, en casos de violencia de género, maltrato, etc. sí nos topamos con este tipo de resoluciones, puesto que el superior interés del hijo exige un contacto limitado y controlado con su progenitor no custodio. Especialmente significativa resulta la SAP de Las Palmas (Sección 5.^a) de 14 de abril de 2004 ⁽²⁷⁾, puesto que la Sala estima irre-

27. JUR 2004\152673.

Apuntes sobre la referencia expresa al ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos en la Ley 15/2005

levante a los efectos de producirse un cambio en lo que al progenitor custodio se refiere la circunstancia de que la madre titular de la guarda sea homosexual y conviva con otra mujer ⁽²⁸⁾. Para ello se apoya en el informe psicológico que acredita que la menor, tras varios años de convivencia con su madre y la compañera sentimental de ésta, presenta una situación emocional estable, por lo que se opta por confirmar la decisión del Juez de primera instancia de otorgar la guarda y custodia de la hija menor a la madre, si bien ampliando el régimen de visitas con su padre.

b) Atribución de la custodia exclusiva a uno de los progenitores con derecho de visitas ampliado al otro

La atribución de la custodia en exclusiva a uno de los progenitores junto con un amplio derecho de visitas al otro es un sistema que en la práctica se asemeja al de la custodia compartida y que suele ser empleado por aquellos jueces reticentes al reconocimiento de esta figura ⁽²⁹⁾. Significa otorgar nominalmente la

28. FD 2.º: «Efectivamente, desde un punto de vista general, el mero hecho de que doña Julieta sea homosexual y conviva con otra mujer no puede constituir, sin otras circunstancias añadidas, un dato que lleve a la Sala a descartar la posibilidad de que la madre pueda ostentar la guarda y custodia de su hija menor.

Esta Sala entiende, en consonancia con los tiempos en los que, afortunadamente nos está tocando vivir, que la condición sexual de los padres no tiene por qué afectar a la educación y desarrollo personal de los hijos dado que "lo que éstos necesitan es, ante todo, amor, cariño y dedicación".

Son los niños que viven en el seno de familias desestructuradas o con padres con conflictos y problemas entre sí los que pueden tener problemas de desarrollo afectivo.

Los niños lo que necesitan es vivir en un entorno en el que sientan que hay amor, tranquilidad, respeto, comprensión; en el que se les escuche y respete y atienda como personas que son por muy pequeñas que sean. Y eso lo pueden (y deberían) encontrar tanto en un "hogar" heterosexual como homosexual.

A los niños hay que educarlos en conciencia, explicándoles que la vida cada uno puede vivirla como quiera y necesite y que hay que respetar a las personas en todo momento, aceptando sus "diferencias" o "peculiaridades".

La sentencia de instancia, y esta Sala muestra su absoluta conformidad con tal planteamiento, no hace otra cosa que reconocer, por un lado, la igualdad de derechos de todas las personas y, por otro, levanta una bandera a favor del respeto a las opciones personales, a las formas de convivencia y al desarrollo discriminatorio en la sociedad de todas las opciones sexuales».

29. V. SAP Girona 65/2000 (Sección 2.ª), de 9 de febrero [AC 2000\184]. «En cuanto a la guarda y custodia compartida que se había establecido en la sentencia de separación, existen claras muestras de su 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 concertada de mutuo acuerdo por los progenitores que mantienen entre ellos una postura razonable y equilibrada ante la crisis matrimonial. De ahí que debiendo atenderse al interés de los menores como más merecedor de protección,

María Paz García Rubio y Marta Otero Crespo

custodia en exclusiva de los hijos menores a uno de los progenitores, mientras que al otro se le concede un derecho de visitas y comunicaciones tan amplios que deriva en una relación de convivencia cuasi idéntica con uno y otro ascendiente. Podemos afirmar que, hasta la modificación operada en el Código civil en 2005, era la solución más popular en nuestra jurisprudencia una vez formalizada la ruptura.

La SAP de Madrid 530/2005 (Sección 22.^a), de 8 de julio ⁽³⁰⁾, reconoce la proximidad de esta figura a la de la custodia compartida. En este caso, la audiencia ratifica la decisión de primera instancia, atribuyendo la custodia del hijo a su padre, al menos de modo «*formal*», a la par que dispone «*un amplio sistema de comunicaciones del hijo con la madre*» permitiendo la presencia continua de ésta en la vida del menor, «*imprescindible para un correcto y armónico desarrollo (...). Desde un punto de vista psicológico, ambos progenitores están capacitados para ostentar el cuidado cotidiano de aquél, y recomienda un sistema de custodia compartida, al menos de forma legal aunque físicamente el menor conviva con el padre (...)* El beneficio de Bartolomé exige, más que un cambio de custodia, de la pacificación de las relaciones de sus procreadores, quienes vienen moralmente obligados a crear, en torno al mismo, un clima de cordialidad, al menos aparente, que evite las tensiones a las que injustamente se está sometiendo aquél, lo que podría en un futuro próximo, desembocar en un régimen de alternancia en su cuidado, como solución idónea».

Especialmente revelador es que se reconozca la aptitud de uno y otro progenitor para el desempeño de la función de custodia teniendo en consideración la necesidad del menor de disfrutar de ambas figuras parentales.

no puede aceptar la Sala la propuesta de una guarda y custodia compartida que se ha revelado como permanente fuente de conflictos con repercusión perniciosa en el estado de los hijos menores, según se desprende tanto del informe del Equip D'Assessorament Judicial, como de las propias manifestaciones de los hijos y de la comprobación directa de la juzgadora de instancia que se ha visto obligada a intervenir en el cumplimiento de dicha medida ante las discrepancias y conflictos surgidos. Consecuentemente, se descarta por la Sala la sustitución de la guarda y custodia individualizada que otorga a los hijos un referente tranquilizador y una identificación del hogar familiar, que la compartida diluye y provoca en los menores una situación de confusión y desorden que hasta ellos mismos reprueban pese a su corta edad de nueve y once años respectivamente; circunstancia que aún se agrava más con la postura rígida de los padres ante una situación que si algo requiere es flexibilidad y comprensión».

30. JUR 2005\221066.

Apuntes sobre la referencia expresa al ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos en la Ley 15/2005

c) *Custodia compartida*

Hasta la reforma de 2005 la custodia compartida era una medida que la jurisprudencia⁽³¹⁾ entendía como de *carácter excepcional*⁽³²⁾ esencialmente, por la falta de previsión legal expresa⁽³³⁾, las especiales circunstancias que han de concurrir para que pueda entenderse como la medida más favorable para los hijos, así como por el peso de la práctica anterior⁽³⁴⁾.

Teniendo presente que nos hallamos ante un tipo de custodia poco admitido por nuestros tribunales, podemos afirmar que, al menos desde este punto de vista jurisprudencial se revelan como imprescindibles para su articulación ciertas condiciones de tipo material (de orden económico⁽³⁵⁾) y personal (relación de colaboración entre los progenitores prácticamente análoga a la existente antes de la ruptura⁽³⁶⁾). En relación con esto último, la SAP de Valencia 343/2005 (Sección 10.ª), de 7 de junio⁽³⁷⁾, desestima el recurso de apelación interpuesto por el padre de la menor por el que se solicitaba la atribución de la guarda compartida de ésta. Especialmente queremos destacar

31. V. H. CAMPUZANO TOMÉ, «La custodia compartida. Doctrina jurisprudencial de las Audiencias Provinciales», *Aranzadi Civil*, núm. 22, abril de 2005, bib 2005\563.

32. Encontramos datos porcentuales en Cataluña que sitúan entre el 1,53 y 3,35% los casos de guarda compartida. V. F. RIVERO HERNÁNDEZ, «Efectos de la crisis matrimonial respecto de los hijos. Estudio judicial (juzgados de Catalunya)», *Revista Jurídica de Catalunya*, 2003 núm. 3, p. 674.

33. Esto no ha sido óbice para que *de facto* existan pronunciamientos jurisprudenciales que sí la hayan considerado viable al hacerse primar ante todo el beneficio del menor, puesto que presenta perfecta cabida en una interpretación adecuada del antiguo artículo 92 Cc.

34. De los tres factores arriba expuestos, es la determinación de si se trata o no de la medida más favorable de cara a la satisfacción del principio del *favor filii* el que mayores debates suscita. Una vez más, no existe una regla universalmente válida, de tal suerte que sólo el examen del caso concreto y sus circunstancias pueden llevarnos a valorar si se trata de la modalidad de custodia *correcta*.

35. Debemos tener presente que la adopción de una custodia compartida eliminaría la posición del deudor de alimentos, por lo que haría necesario un mayor esfuerzo de jueces y tribunales encaminado al establecimiento de mecanismos dirigidos a distribuir entre los progenitores todos los gastos que genere el compartimiento. La SAP de Barcelona (Sección 12.ª), de 22 de julio de 2004 [JUR 2004\217560] establece en su FD 2.º que «*la guarda compartida genera inseguridad en los efectos económicos y en la identificación de la persona responsable en primera instancia del seguimiento de los avatares de la menor, máxime cuando, como en el presente caso, se trata de una adolescente*».

36. La falta de esta actitud positiva de cooperación ha sido el principal punto de apoyo de los pronunciamientos contrarios a su adopción por la existencia de relaciones de conflicto, de enfrentamiento e intransigencia entre los progenitores.

37. JUR 2005\199827.

María Paz García Rubio y Marta Otero Crespo

que la Sala, aunque considera que existen circunstancias «*parcialmente favorables*» para el establecimiento de la custodia compartida, no acoge la pretensión paterna por entender que es necesaria para su efectividad «*la actitud positiva de ambas partes*» (padre y madre) «*porque la compartida es una forma de guarda muy exigente en cuanto a sus presupuestos de adopción*» [FD 2.º]. De este modo, la actitud reticente de la madre es causa suficiente, a juicio del tribunal juzgador, para rechazar esta modalidad de custodia, lo que choca frontalmente con el posicionamiento de nuestro Tribunal Constitucional en su STC de 15 de enero de 2001⁽³⁸⁾.

El mayor obstáculo que vienen expresando nuestros tribunales para la adopción de este régimen es la existencia de una relación conflictiva entre los padres de los menores y las repercusiones que a nivel emocional ésta pueda plantear a los hijos⁽³⁹⁾. Traemos aquí a colación la SAP de Baleares 358/2004 (Sección 5.ª) de 17 de septiembre de 2004⁽⁴⁰⁾, que confirma la decisión del Juez de primera instancia que otorgaba la custodia compartida de la hija menor tras decretar la separación conyugal de sus padres. A pesar de la mala relación que mediaba entre los progenitores, las consideraciones contenidas en el informe del Servei d'Infancia, Adolescència i Família del Consell Insular de Menorca⁽⁴¹⁾ resultaron determinantes en la decisión adoptada por el Juez.

Por último, nos gustaría destacar la SAP de Castellón 112/2003 de 10 de abril de 2003⁽⁴²⁾, y no por el establecimiento cuidado de los tiempos de convivencia derivados de la adopción de la custodia compartida, sino por el detallismo y rigor con el que se tratan las relaciones económicas derivadas de ésta. Siguien-

38. STC 4/2001 (Sala Segunda), de 15 de enero. RTC 2001\4. V. las consideraciones reflejadas más adelante.

39. Existen también resoluciones un tanto *exóticas* que deniegan la custodia compartida por considerar que restringe el derecho constitucional de los progenitores a fijar su residencia y a disponer de libertad de movimientos. V. SAP de La Rioja 16/2004 (Sección 1.ª) de 30 de enero [JUR 2004\81267].

40. JUR 2004\287192.

41. El Informe se había confeccionado tras mantenerse una serie de entrevistas con los padres de la menor, sus abuelos y ésta misma. «*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 al acuerdo de ambos padres, régimen que fue recogido en la sentencia de primera instancia precisamente porque había sido propuesto por peritos públicos imparciales y porque se había basado en el acuerdo entre los litigantes*» [FD 2.º].

42. AC 2003\846.

Apuntes sobre la referencia expresa al ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos en la Ley 15/2005

do lo asentado por el juzgador de instancia, se impone a ambos progenitores la contribución por mitad a la alimentación de los hijos menores («*los alimentos estrictos relativos a la pura subsistencia y poco más corren a cargo del progenitor en cuya compañía estén en cada momento los menores como consecuencia de la custodia compartida*»), la creación de un fondo en el que participarán igualmente ambos pero en proporción a sus posibilidades económicas (en este punto se revoca parcialmente la sentencia de instancia, por cuanto se considera que el padre asumirá el 60% de la dotación, mientras que la madre, por su nivel inferior de ingresos, el 40%), y que será objeto de administración por ambos, debiendo abonar por mitad el resto de gastos extraordinarios.

III. LA MODIFICACIÓN DEL ART. 92 CC EN LA LEY 15/2005

1. EL LIMITADO ALCANCE DE LA REFORMA

Ya se ha dicho más arriba que la custodia compartida ha sido el tema estrella en la tramitación parlamentaria de la Ley 15/2005, a pesar de que, tanto por su ubicación como por su significado normativo real, su verdadera importancia haya sido, al menos desde un punto de vista estrictamente técnico, muy relativa.

En realidad la modificación en este punto se ha limitado a dar una nueva redacción al art. 92 del Cc, sin que se haya alterado no sólo, como ya se expuso, los artículos 156 y 159 del Cc, sino ni siquiera el art. 96 Cc relativo al uso de la vivienda en caso de crisis matrimonial, omisión esta última que, como se verá más adelante, va a producir más de un quebradero de cabeza a los aplicadores del Derecho.

Poco tiene que ver este planteamiento con la admisión generalizada de un régimen de autoridad parental compartida e igualitaria como el que se ha producido en los últimos años en el Derecho comparado que nos es más cercano y con los planteamientos de los tratados internacionales que velan por los derechos de los niños⁽⁴³⁾, muestra de lo cual son los arts. 7, 9 y 18 de la

43. Si bien la Corte Europea de Derechos Humanos, en el Asunto 31061/96 (*Cernecki V. Austria*) consideró que una disposición del Derecho austriaco que impedía la custodia compartida de los padres separados,

María Paz García Rubio y Marta Otero Crespo

Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño firmada en Nueva York el 26 de junio de 1990.

En estas condiciones no debe extrañar, como se ha anticipado, que siguiendo los criterios imperantes en la moderna psicología y psiquiatría familiar, los ordenamientos de los países más avanzados hayan ido estableciendo progresivamente un régimen de custodia compartida o ejercicio conjunto e igualitario, también en el plano personal, de la patria potestad, lo que suele ser reconocido en el ámbito comparado con el término «*joint custody*»⁽⁴⁴⁾. Así, por ejemplo, la mayor parte de los Estados de Estados Unidos han ido evolucionando desde un sistema de custodia unilateral, imperante en los años setenta, a la progresiva implantación, a partir de los ochenta, de la custodia compartida, incluso, en muchos casos, aunque los padres no estén de acuerdo⁽⁴⁵⁾. Por su parte, en los estudios del Ministerio de Justicia alemán que condujeron a la reforma de las relaciones entre padres e hijos (*Reform zum Kindschaftsrecht*) de 1997, por la que se estableció la autoridad parental compartida, tanto en los aspectos personales como patrimoniales⁽⁴⁶⁾, se puso de relieve que entre padres separados esta modalidad era más adecuada que la unilateral para reducir la tensión entre los padres, limitar los efectos negativos del divorcio para los hijos y favorecer el contacto futuro entre los hijos y ambos padres. Un criterio similar mantiene la Ley de 4 de marzo de 2002 sobre ejercicio de la autoridad parental, que dio el paso definitivo en el establecimiento de la autoridad parental conjunta de los padres separados, al suprimir toda referencia a una residencia habitual del hijo⁽⁴⁷⁾, pudiendo establecerse, incluso sin el acuerdo entre los padres, una residencia alternada

incluso con el acuerdo de éstos, no era contraria al art. 5.2 del Protocolo núm. 11 de la Convención Europea de Derechos Humanos, lo que posteriormente confirmó en el Asunto 36222/97, (*R.W. and C.T.G.W. V. Austria*), No obstante, la mencionada ley austriaca se modificó, para establecer un régimen general de custodia compartida que entró en vigor el 1 de julio de 2001.

44. Señala A. I. SCHEPARD, *Children, Courts, and Custody. Interdisciplinary Models for Divorcing Families*, Cambridge University Press, 2004, p. 45, que con el término «*joint custody*» se quiere simbolizar la igualdad de género y emocional de los dos padres del niño.

45. Lo que sucede, por ejemplo, en California (I. SCHEPARD, ob. cit., pp. 46 y ss. y p. 80).

46. En vigor desde el 1 de julio de 1998.

47. Con precedentes ya en leyes de 1987 y 1993, como señala M. MESTROT, «Aspects consensuels et conflictuels de la résidence alternée dans la loi relative à l'autorité parentale», *Petites affiches*, núm. 162, 13 de agosto de 2004, pp. 3-11.

Apuntes sobre la referencia expresa al ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos en la Ley 15/2005

del hijo ⁽⁴⁸⁾. La llamada custodia compartida se ha implantado también en países tan cercanos como Portugal, de suerte que puede decirse que es el régimen general imperante hoy en Europa, no sólo en la letra de la ley, sino en muchos casos también en el plano estadístico.

Inicialmente, parece que la intención del legislador español de 2005 ha sido la de seguir la senda normativa de estos sistemas jurídicos, si bien, como veremos a continuación, los pasos dados han sido muy tímidos y no siempre han seguido la mejor dirección.

2. LA COMPLICADA TRAMITACIÓN PARLAMENTARIA

La exacta comprensión del texto final del art. 92 del Cc, tal y como ha salido de la reforma de 2005, exige una breve explicación de su compleja y azarosa tramitación parlamentaria, para lo que vamos a partir de lo que fue el texto contenido en el Proyecto de Ley inicial ⁽⁴⁹⁾. Por lo que afecta al objeto de nuestro estudio este decía así:

«[...] 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 conjuntamente.

No procederá la guarda conjunta cuando cualquiera de los padres esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos. Tampoco procederá cuando el juez advierta, de las alegaciones de las partes y de las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica.

48. Cf. art. 373.2.9 Code civil francés, residencia alterna que el juez decretará en principio con carácter provisional y que posteriormente, valorando sus efectos, se puede señalar con carácter definitivo (M. MESTROT, loc. cit., p. 8).

49. BOCG, Congreso de los Diputados, VIII Legislatura, 1 de diciembre de 2004, Serie A, núm. 16-1.

María Paz García Rubio y Marta Otero Crespo

Cuando a petición de parte el juez acuerde la guarda conjunta, deberá fundamentar su resolución en la mejora protección del interés del menor. Además deberá adoptar las cautelas procedentes para el eficaz cumplimiento del régimen de guarda.

En todo caso se procurará no separar a los hermanos.

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 un facultativo relativo a la idoneidad del modo de ejercicio de la patria potestad y del régimen de custodia de los menores».

No sin parar mientes en la escasa técnica legislativa del precepto y en su más que farragoso texto, se debe destacar que según el primer párrafo reproducido —sin perjuicio de que después volvamos sobre algún otro— ambos padres en la propuesta de convenio regulador, o uno de ellos sin el consentimiento del otro, podrán solicitar del juez que otorgue la guarda de los hijos a uno exclusivamente o a ambos conjuntamente. La decisión final corresponde en exclusiva al juez, que deberá solicitar informe al Ministerio Fiscal y decidir previa audiencia de los hijos y en interés exclusivo de éstos⁽⁵⁰⁾. Estas dos últimas apreciaciones resultan hasta cierto punto superfluas, pues tanto la una como la otra responden a principios generales de nuestro Derecho, dimanantes del art. 39 de la CE y de las obligaciones internacionales contraídas por el Estado español⁽⁵¹⁾ y están reiteradamente expresadas en nuestro Derecho interno⁽⁵²⁾, si bien es cierto que en relación con la audiencia del menor se utiliza una fórmula que, de conformidad con aquellas otras normas, parte de su configuración como derecho del menor y no como la obligación o imposición que parecía contener la anterior versión del art. 92 Cc⁽⁵³⁾.

50. Sorprende la reiteración contenida en el antepenúltimo párrafo de que el juez fundamente su resolución en la mejor protección del interés del menor cuando el juez acuerde la guarda conjunta «a petición de parte»: ¿es que podrá fundamentarlo en algún otro interés en caso de que ambos padres estén de acuerdo en este régimen?

51. Muy especialmente de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989, ratificada por España el 30 de noviembre de 1990.

52. Por su particular relevancia debe destacarse la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor y de modificación parcial del Código civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, inspirada toda ella en el principio de protección máxima del interés del menor, como ya se explicita en la Exposición de Motivos y a lo largo del articulado [así, por ejemplo, art. 2 y 11.2 a)].

53. En tal sentido, C. GUILARTE MARTÍN-CALERO, ob. cit., p. 131.

Apuntes sobre la referencia expresa al ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos en la Ley 15/2005

En cualquier caso, el texto del precepto resultaba coherente, entre otras, con la exigencia contenida en el art. 90 Cc que impone a la autoridad judicial la imposibilidad de homologar convenios reguladores «dañosos para los hijos», como con lo previsto en el art. 158 del Cc, que autoriza al juez, de oficio o a instancia del propio hijo, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal a adoptar, dentro de cualquier proceso civil o penal o de cualquier procedimiento de jurisdicción voluntaria

«[...] las demás disposiciones que considere oportunas, a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios».

A lo largo del proceso de tramitación parlamentaria el texto sufrió varias alteraciones, la mayor parte de ellas derivadas de la preocupación sentida por nuestros representantes políticos por la situación producida en el caso de que ambos cónyuges no estuviesen de acuerdo en el establecimiento de la guarda conjunta. En efecto, varias fueron las enmiendas presentadas en el Congreso de los Diputados en relación con este punto concreto, bien para resaltar el necesario acuerdo de ambos padres para que el juez pudiera decretar la guarda conjunta unas ⁽⁵⁴⁾, bien para señalar, en sentido contrario al indicado, que el papel decisorio en este asunto, como en cualquier otro que atañe a los menores, corresponde a la autoridad judicial, incluso por encima o en contra del acuerdo de los padres, las otras ⁽⁵⁵⁾.

Tras apasionadas discusiones de los parlamentarios en uno y otro sentido, y algunas declaraciones contradictorias de los máximos responsables políticos, el texto remitido por el Congreso de los Diputados al Senado ⁽⁵⁶⁾ y aprobado en el pleno del Congreso ⁽⁵⁷⁾ contenía algunas variaciones importantes respecto del proyecto inicial. Las principales novedades estaban contenidas en lo que eran los párrafos 5, 6 y 8 del reiterado art. 92 Cc y decían así:

54. Enmienda núm. 30, del Grupo Parlamentario Mixto; Enmienda núm. 40 del Grupo Parlamentario Vasco; Enmienda núm. 81 del Grupo Parlamentario Popular en el Congreso.

55. Enmienda núm. 42, Grupo Parlamentario de Iniciativa per Catalunya els Verds; Enmienda núm. 48 del Grupo Parlamentario Socialista del Congreso (cuyo texto pasó a ser el del Dictamen de la Comisión, BOCG, Congreso de los Diputados, VIII Legislatura, 19 de abril de 2005); Enmienda núm. 59 del Grupo Parlamentario de Coalición Canaria.

56. BOCG, Senado, VIII Legislatura, Serie II, 5 de mayo de 2005, núm. 14 (a).

57. BOCG, Congreso de los Diputados, VIII Legislatura, Serie A, 6 de mayo de 2005, núm. 16-13.

«5. Se acordará el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador o cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento. El Juez, al acordar la guarda conjunta y tras fundamentar su resolución, adoptará las cautelas procedentes para el eficaz cumplimiento del régimen de guarda establecido procurando no separar a los hermanos.

6. En todo caso, antes de acordar el régimen de guarda y custodia, el Juez deberá recabar informe del Ministerio Fiscal, 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.

[...].

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 fundándola en que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés del menor».

De este tenor textual se deriva el mantenimiento como regla general (recuérdese que para nada se incide en los arts. 156 y 159 del Cc) la del ejercicio unilateral con el conviviente de la patria potestad. En consecuencia, el ejercicio conjunto se contempla como excepción y, en principio, sólo para el caso de que ambos padres estén de acuerdo y así lo manifiesten, bien en el convenio regulador —y no en la propuesta del mismo, como equivocadamente se dice en la norma, pues lo que los cónyuges presentan al juez es un convenio que puede o no ser homologado, pero en ningún caso una propuesta—, bien a lo largo del procedimiento de separación o divorcio. Aun con ese acuerdo, y puesto que el juez debe tener como norte el interés del menor, deberá recabar informe del Fiscal y, en su caso, los demás requisitos que se señalan. Si no hay acuerdo, y como excepción aún más restringida, el juez, a instancia de una de las partes, previo informe favorable del Ministerio Fiscal, podrá acordar la guarda y custodia compartida fundándola en que sólo así se protege el interés del menor. De esta suerte, se da un giro impor-

Apuntes sobre la referencia expresa al ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos en la Ley 15/2005

tante a lo previsto hasta entonces y una circunstancia curiosa, pues en caso de desacuerdo de los padres sobre el ejercicio conjunto de la patria potestad la decisión final sobre su idoneidad ya no corresponde al juez, que deberá atenerse a lo dicho por el Ministerio Fiscal en su informe —vinculante— si esa modalidad de guarda es solicitada por uno de los padres, y que nada en principio parece poder hacer en caso de que ninguno de los padres la solicite, aun cuando a su juicio ese modo de ejercicio de la patria potestad sea el más conforme con el principio de protección del interés del menor.

En estas condiciones y tras las oportunas Enmiendas, además de otras variaciones de menor calado en el tema que nos ocupa, el texto aprobado por el Senado resultado de una enmienda conjunta de la mayor parte de los miembros de la Cámara Alta ⁽⁵⁸⁾ volvió a cambiar de modo notable la regulación de la llamada custodia compartida en caso de desacuerdo de los padres sobre su procedencia, al dar al párrafo 8 del art. 92 Cc el siguiente contenido:

«8. Excepcionalmente, aun cuando no se den los supuestos del apartado 5 de este artículo, 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».

Por consiguiente, según esta versión del precepto si falta el acuerdo de los padres el Juez, atendiendo al interés del menor, será quien, en su caso, establecerá un régimen de ejercicio compartido de la patria potestad, si bien sólo podrá hacerlo a instancia de uno de los padres ⁽⁵⁹⁾, previo informe preceptivo,

58. BOCG, Senado, VIII Legislatura, Serie II, 29 de junio de 2005, núm. 14 (f).

59. No se alcanza a ver la trascendencia de la exigencia de que la solicitud de parte deba producirse siempre que la otra haya reclamado la custodia para sí en exclusiva, pues aunque sea la situación más frecuente no se debe descartar que uno no reclame el ejercicio y el otro lo pida de modo conjunto; entender que entonces no se puede establecer uno compartido parece querer decir que se otorgará a quien lo pida, lo que es tanto como aceptar una renuncia del otro a las funciones inherentes a la patria potestad, lo cual no es en absoluto lícito.

María Paz García Rubio y Marta Otero Crespo

pero no vinculante, del Ministerio Fiscal y según se recogía expresamente en el párrafo 9 del mismo artículo, previo dictamen, también preceptivo, del equipo psico-asistencial adscrito a la Administración de Justicia.

En este punto es oportuno introducir un par de precisiones. La primera para poner de manifiesto los vaivenes y la falta de claridad de nuestros parlamentarios en un tema en el que aparentemente —y resaltamos el adverbio— el único interés en liza es el interés del menor. La segunda, el hecho incontestable de que a pesar de su reconocimiento expreso y de su teórica promoción al insertarse en el texto legal, la llamada custodia compartida es vista con prevención y hasta con desconfianza por el legislador, por lo que su acogida está llena de cautelas que no parecen muy coherentes con aquella teórica promoción.

Pues bien, el último texto reproducido, resultado del acuerdo de todos los grupos parlamentarios excepto del Partido Popular era, según todos los indicios, el destinado a convertirse en el definitivo tenor de la nueva ley. Ocurrió, sin embargo, que un error en la votación del Congreso de las enmiendas del Senado al proyecto de Ley por parte del Grupo Socialista⁽⁶⁰⁾ propició el rechazo de la que se acaba de señalar y, consiguientemente, que el texto publicado en el BOE haya sido el que salió del Congreso en el primer debate, sin más variación que la mención en el párrafo sexto a que el juez, para otorgar el ejercicio compartido de la guarda y custodia haya de valorar, además de las relaciones que mantengan los padres entre sí, las que mantengan con sus hijos.

3. LA INTERPRETACIÓN DEL NUEVO TEXTO LEGAL Y SU DIFÍCIL ENCAJE EN EL SISTEMA

Según lo expuesto hasta ahora, a partir de la entrada en vigor de la Ley 15/2005, de 8 de julio, la patria potestad de los hijos habidos de una relación matrimonial que entra en crisis —y también, por lo ya dicho, la de todos los hijos cuyos padres no convivan entre sí— se regirá por las siguientes reglas contenidas en el art. 92 Cc.

60. La explicación del «error» fue la que apareció en todos los medios de comunicación del día 1 de julio de 2005 y la que han dado los responsables del grupo en cuestión.

Apuntes sobre la referencia expresa al ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos en la Ley 15/2005

Intentaremos seguidamente destacar las derivaciones más importantes de la nueva regulación, haciendo una valoración crítica de éstas y un intento de encaje en el sistema. Asimismo introduciremos algunas reflexiones sobre el posible desarrollo futuro de la llamada custodia compartida.

Cumple comenzar señalando que, puesto que nada ha cambiado en las normas sobre relaciones paterno-filiales, la regla general en el Código civil en caso de que los padres vivan separados entre sí sigue siendo la del ejercicio de la guarda y custodia por parte del padre o madre con quien el hijo conviva, tal y como se deriva de los arts. 156 y 159, ambos del Cc, y de la formulación conjunta del art. 92 Cc⁽⁶¹⁾. Esto no se corresponde ni con la teórica igualdad de los padres en sus relaciones con los hijos ni, según entendemos, constituye la mejor manera de salvaguardar el interés del menor. Con carácter general, lo mejor para el desarrollo integral de los hijos es el mantenimiento de las relaciones con ambos progenitores (o padres adoptivos) de la manera más plena e intensa posible; así lo reconocen los estudios psicológicos más avanzados y recientes, y así lo han consagrado tanto los textos internacionales destinados a la salvaguarda de los derechos de los niños como los ordenamientos jurídicos de los países de nuestro entorno jurídico. Desde esta perspectiva, un régimen de guarda que garantiza el contacto con los dos padres en forma conjunta o alterna es, en los casos en los que sea posible⁽⁶²⁾, más conveniente que otro que privilegie el contacto con uno de ellos en detrimento del otro⁽⁶³⁾. En coherencia con todo ello, si de verdad se quiere generalizar un sistema respetuoso con el interés del menor y con la igualdad en los roles de los padres, lo lógico sería modificar los preceptos relativos a la patria potestad (mejor autoridad parental) y establecer como regla general el ejercicio simétrico

61. Lo que también confirma la nueva redacción, operada también por la Ley 15/2005, del art. 103.1.º Cc, relativa a las medidas provisionales.

62. Es evidente que no siempre lo será; como punto de partida se requerirá, en la mayor parte de los casos, un entendimiento mínimo entre los padres, la proximidad geográfica de los dos y unos recursos financieros también mínimos. No obstante, debe señalarse, en relación con la valoración de la relación existente entre los propios padres —que el juez está obligado a valorar, según el propio art. 92.6— que, como se reconoce en la doctrina y la jurisprudencia de algunos estados norteamericanos, los padres no necesitan ser amigos para corresponsabilizarse del cuidado de sus hijos; basta con que toleren los derechos del otro (I. SCHEPARD, ob. cit., p. 47).

63. Como dice C. GUILARTE MARTÍN CALERO, ob. cit., p. 156, en relación con la que denomina «guarda alterna» *«Este sistema consiste en la alternancia de los progenitores en la posición de guardador y beneficiario del régimen de comunicación y estancia que, en abstracto, les coloca en pie de igualdad y que garantiza el derecho del menor a ser educado y criado por sus dos padres»*.

María Paz García Rubio y Marta Otero Crespo

por ambos padres y, como excepción, el ejercicio asimétrico o incluso unilateral, cuando así se justificase judicialmente en aras al interés del menor⁽⁶⁴⁾. Si el ejercicio conjunto y compartido es la regla cuando los padres viven juntos, debe procurarse que también lo sea cuando los padres viven separados, salvo que el interés del hijo aconseje otra cosa.

Confirma esta primera idea sobre la falta de decisión del legislador de 2005 la incomprensible omisión por su parte de cualquier referencia al art. 96 del Cc, destinado a regular uno de los temas más polémicos en cualquier procedimiento de separación o divorcio: la vivienda familiar. Por razones difíciles de explicar y fáciles de adivinar, este precepto ha sido totalmente soslayado en la reforma de la separación y el divorcio, manteniendo un tenor literal que, con aparente fin protector del miembro más débil de la pareja, contiene una norma absolutamente obsoleta en el ámbito comparado, y muchas veces profundamente injusta: la de otorgar el uso de la vivienda familiar tras la crisis, no a su titular, sino a los hijos y a aquel de los cónyuges en cuya compañía queden⁽⁶⁵⁾. Se sigue pensando, pues, que la convivencia será las más de las veces con uno y no con el otro.

Obsérvese, no obstante, que el precepto relativo a la vivienda tiene un alcance general y, en consecuencia, también ha de aplicarse en los casos de custodia compartida. Es más, en buena medida la modalidad significa básicamente un nuevo régimen de residencia para el menor caracterizado por la alternancia con uno y otro padre de modo aproximadamente equivalente⁽⁶⁶⁾. Siendo así, el mantenimiento del tenor literal del art. 96 Cc sin retoques significa que, a falta de acuerdo de los cónyuges sobre el uso de la vivienda, éste corresponderá a los hijos, por lo que en la hipótesis de ejercicio conjunto de la guarda y custodia el uso de la vivienda familiar se otorgará a los hijos y serán los padres los que tendrán que mover su domicilio en función del concreto régimen de convivencia, lo cual, evidentemente, no siempre es posible

64. Como se hace en el art. 373.2.1 del Code civil francés, cuyo primer párrafo viene a decir que «*Si el interés del hijo lo pide, el juez puede confiar el ejercicio de la autoridad parental a uno solo de los dos padres*».

65. Sobre la discutida naturaleza de este derecho de uso sobre la vivienda cuando el padre conviviente con los hijos no es el titular del inmueble, M. T. MARTÍN MELÉNDEZ, «Reflexiones en torno a la naturaleza del uso de la vivienda familiar atribuido en sentencia de nulidad, separación o divorcio y sus consecuencias, en especial, respecto a los actos de disposición», AC, núm. 19, 2005, pp. 2309-2356.

66. Lo cual no significa que tenga que ser exactamente equivalente a un reparto al 50%.

Apuntes sobre la referencia expresa al ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos en la Ley 15/2005

ni desde la perspectiva económica ni, a veces, desde un punto de vista meramente práctico.

Para evitar esos inconvenientes, y al igual que se ha hecho en otros ordenamientos cercanos al nuestro, debería desligarse de una vez el uso de la vivienda y el ejercicio de la patria potestad. Según nuestro criterio, la vivienda deja de ser familiar —cuando menos, deja de ser de esa familia— con el divorcio y, por ello, con carácter general debería corresponder a su titular, salvo en casos excepcionales y transitorios en los que el otro estuviese especialmente necesitado de protección y en los que pudiera otorgarse algún derecho de uso que, como regla, debería ser a cambio de un precio⁽⁶⁷⁾.

En principio, según el nuevo tenor del art. 92 Cc el régimen de guarda y custodia compartida entre los padres separados se reserva para las situaciones en las que ambos estén espontáneamente de acuerdo y así lo plasmen en el convenio regulador⁽⁶⁸⁾ o hayan llegado a él en el curso del procedimiento. Aun en este caso, el juez para acordarla deberá valorar distintas circunstancias, como la procura de la no separación de los hermanos, las alegaciones de las partes y del propio menor, en su caso, los resultados de la prueba y las relaciones entre los padres y con sus hijos.

Pues bien, como ya hemos anticipado, a nuestro juicio la modalidad de ejercicio conjunto e igualitario de la patria potestad es, como regla, el que mejor salvaguarda el interés del menor, por lo que no comulgamos con la idea del necesario acuerdo entre los padres para establecerla. Este punto de vista, además de considerar las disputas sobre el régimen de custodia como un asunto meramente privado y evocar planteamientos de justicia rogada no procedentes cuando de menores se trata, significa tanto como otorgar a uno de los progenitores (o padres adoptivos) un derecho de veto sobre una con-

67. Como señala M.T. MARTÍN MELÉNDEZ, loc. cit., p. 2339, en su configuración actual el derecho sobre la vivienda del cónyuge no titular que permanece en la misma ex art. 96 Cc es la mayoría de las veces, aunque no siempre, gratuito.

68. Con lo que, a primera vista, el texto legal no permite que el juez otorgue valor alguno al eventual acuerdo previo a la separación o el divorcio, o incluso al nacimiento de los hijos, en los que los cónyuges se comprometían, en su caso, a compartir la custodia de sus hijos. En su momento estimamos que, siendo compatible con el interés del menor, este tipo de acuerdos deberían ser considerados válidos y eficaces (M.P. GARCÍA RUBIO, «Acuerdos prematrimoniales. De nuevo la libertad y sus límites en el Derecho de Familia», en *Nous reptes del Dret de família. Materials de les Tretzenes Jornades de Dret Català a Tossa, 23 i 24 setembre de 2004*, pp. 95-121, esp. p. 115).

creta modalidad de guarda, a pesar de que esa sea precisamente las más de las veces la modalidad más adecuada para salvaguardar el interés del menor. Con todo, la vigente configuración de una regla que parte del acuerdo de los padres para el otorgamiento del ejercicio conjunto e igualitario de la patria potestad nos lleva a señalar que en el curso del procedimiento, y aun partiendo de una inicial situación de discrepancia entre los padres, se debe procurar por todos los medios el logro del mentado acuerdo, siempre importante en los procesos de separación y divorcio y más que conveniente en situaciones de simetría absoluta en el ejercicio de la patria potestad. Para ello resulta de gran utilidad el recurso a la mediación familiar, introducida en la tramitación parlamentaria de la ley, recogida finalmente en la disposición final tercera de la Ley 15/2005⁶⁹⁾ y de cuyo fomento y desarrollo caben esperarse buenos resultados en la búsqueda de soluciones a las crisis familiares. No obstante, la configuración legal de la mediación como un instrumento de carácter voluntario desactiva enormemente sus posibilidades, pues permanece incólume el derecho de veto por parte del padre o madre que *a priori* no quiera moverse de su posición de desacuerdo⁽⁷⁰⁾.

Ha de añadirse, por otro lado, que según el texto final del art. 92 Cc, aun en caso de acuerdo entre los padres, el juez no puede establecer un régimen de custodia compartida en una serie de casos previstos en el párrafo séptimo del art. 92 Cc, los cuales básicamente se refieren a la situación en que uno de ellos «*esté incurso*» en un procedimiento penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos, así como en los casos en los que existan indicios fundados, derivados de las ale-

69. De conformidad con la cual «*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*». Con ominosa falta de previsión, lo que no se garantiza es la gratuidad.

70. A título de ejemplo cabe resaltar que en Estados Unidos un estudio reciente, citado por I. SCHEPARD, ob. cit., p. 58, ha concluido que la mediación familiar en materia de custodia es obligatoria en trece estados, con excepción de las situaciones en las que exista alegación de violencia familiar; otros trece estados carecen de reglas en este sentido, mientras que veinticuatro estados dan discrecionalidad al juez para imponer a los padres el recurso a la mediación. Por su parte, el art. 373.2.10 del Code civil francés, introducido por la ley de 4 de marzo de 2002, se queda en un punto medio entre la voluntariedad y la imposición, pues si bien el párrafo segundo del artículo parece requerir la adhesión voluntaria de las partes, en el párrafo tercero se dispone que el juez puede imponerles —sin posibilidad de recurso— un mediador a fin de que les informe sobre el objeto y desarrollo de esta medida.

gaciones de las partes y de las pruebas practicadas, de violencia doméstica. Este párrafo séptimo no sufrió variaciones desde el inicial Proyecto de Ley, lo que no deja de ser curioso si se tiene en cuenta su absoluta falta de rigor técnico y las muchas dudas interpretativas que puede acarrear. Para empezar no existe ningún concepto jurídico-penal que pueda denominarse «estar incurso en un procedimiento». Parece evidente que no se ha querido equiparar la situación con la de estar presente en un procedimiento penal, puesto que se puede estar en él de muchas maneras, como imputado, como víctima, como testigo, como perito, etc. Se debió aludir a «estar condenado» o, la que más parece haber sido la probable voluntad del legislador, «estar imputado», puesto que el texto menciona el procedimiento, pero no la necesidad de sentencia. Siendo ésta la interpretación de la fórmula cabe plantear dudas respecto a su legitimidad, ya que a quien aún no ha sido condenado y puede resultar absuelto se le está imponiendo una pena indirecta restringiendo el contacto con sus hijos, lo cual no parece muy conforme con el principio de presunción de inocencia.

Es evidente que la plausible intención de la norma es la de evitar que personas presunta o probadamente violentas tengan para sí la guarda de sus hijos, pero entonces tampoco se entiende por qué la violencia relevante es únicamente la ejercitada sobre el cónyuge y los hijos convivientes y no la ejercitada sobre otras personas que también pueden ser próximas e incluso pertenecer al mismo nicho familiar. Pero, sobre todo, lo que a nuestro parecer resulta incomprensible es que se hayan considerado incompatibles con el ejercicio compartido de las funciones derivadas de la patria potestad una pluralidad de delitos diversos, algunos tan «curiosos» desde la perspectiva que nos ocupa como la asistencia al suicidio o los relativos a la manipulación genética, y no se tomen para nada en consideración a aquellos efectos los derivados de los derechos y deberes familiares, cuya violación sí podrá resultar *ex ante* compatible con la participación equitativa en el ejercicio de la patria potestad.

Finalmente, en este punto séptimo, es asimismo problemática la alusión concreta a la violencia doméstica. Sin dejar de reconocer los peligros que la violencia en el seno de la familia puede acarrear y, consecuentemente, la necesidad de proteger a los miembros más vulnerables, el tenor literal del precepto ahora analizado suscita bastantes reparos. Primero porque no se precisa una condena en firme para impedir la guarda conjunta, lo que vuelve a suscitar

María Paz García Rubio y Marta Otero Crespo

las dudas sobre el respeto al principio de presunción de inocencia, además de que en este caso ni siquiera se pide la imputación (si es que eso es «*estar incurso*»), bastando para impedir esta modalidad de guarda con la existencia de meros «*indicios*», término que tampoco ofrece garantías suficientes de certeza y seguridad jurídicas. Sobremanera, no resulta obvio si el precepto se está refiriendo a una situación correspondiente al tipo contenido en el art. 173.2 del Código penal⁽⁷¹⁾, en cuyo caso parece que la restricción en el ejercicio de la patria potestad puede producirse aun cuando la hipotética violencia se ejerza sobre cualquiera de las personas que en ese precepto aparecen como posibles víctimas, en evidente desacuerdo con lo previsto en el punto primero, según ya hemos señalado. La otra posibilidad es que haya habido una descoordinación entre la tramitación de este Proyecto de Ley y el que concluyó con la publicación de la Ley Orgánica 1/2004 de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género, de suerte que, en realidad, el art. 92.7.º *in fine* se estaría refiriendo a una situación de violencia de género. En todo caso, de conformidad con lo previsto en el art. 57 de la mentada LO 1/2004, el Juez Civil que esté entendiendo del procedimiento matrimonial y tenga conocimiento de una situación de violencia contra la mujer deberá inhibirse y remitir los autos en el estado en que se hallen (salvo que se haya alcanzado la fase de juicio oral) al Juez de Violencia sobre la mujer que resulte competente, si ya se ha iniciado el proceso penal o la orden de protección, o citar a las partes a una comparecencia, a fin de decidir si procede o no la solicitud de la orden de protección. En este tipo de casos el Juez de Violencia sobre la mujer será quien, de considerar que efectivamente se ha producido un delito de violencia de género, resultará competente para conocer de todo lo relativo a las relaciones paterno-filiales [ex art. 44.2 c) LO 1/2004], no pudiendo acordar la guarda compartida a favor de quien resultase haber cometido uno de los delitos mencionados en la antedicha ley⁽⁷²⁾.

La ulterior reflexión ha de estar necesariamente referida a la situación sobreexcepcional contenida en el párrafo octavo del art. 92 del Cc, que como

71. Modificado por el art. 1.ocho de la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre [RCL 2003\2332], redacción en vigor desde el 1 de octubre de 2003.

72. Parece que, con mayor razón, el Juez de violencia no puede otorgar el ejercicio exclusivo de la patria potestad al inculpado. Estará además legitimado para suspender el ejercicio, unilateral o compartido, que le hubiese sido otorgado en algún proceso anterior, en los términos del art. 65 de la LO 1/2004.

Apuntes sobre la referencia expresa al ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos en la Ley 15/2005

más arriba se señaló constituyó el verdadero caballo de batalla de la tramitación parlamentaria: el posible establecimiento de un régimen de guarda y custodia compartida aun en caso de desacuerdo de los padres.

Ya hemos tenido ocasión de señalar que, según la dicción definitiva del precepto, el juez, para decretar esta modalidad de guarda sin acuerdo de los padres, precisa que uno de ellos la inste y que el Ministerio Fiscal emita informe favorable. De esta suerte, según el texto citado, aun cuando estime que es lo mejor para la salvaguarda del interés del menor, el juez no podrá establecerla si ninguno de los padres lo solicita —por ejemplo, porque cada uno la pide para sí— y/o si el Fiscal no lo estima oportuno en su informe, lo cual sorprendentemente traslada el derecho de veto al que aludíamos en relación con uno de los padres en el párrafo quinto, al Ministerio Público. A nuestro entender, ambas cosas son inconvenientes y refuerzan además la idea de la prevención con la que nuestro legislador ve la modalidad de custodia más justa y extendida en los Derechos modernos. Constituye, por lo demás, un curioso paso atrás del legislador de 2005 en lo que ya era Derecho vigente con anterioridad a la comentada reforma: la imposición, incluso de oficio, de la custodia compartida cuando ello fuese según el criterio judicial lo más adecuado para el interés del menor. Así lo declaró en su día la STC 4/2001, de 15 de enero ⁽⁷³⁾, resultado de un recurso de amparo que tuvo su origen en la SAP de Valencia de 1 de septiembre de 1997 y en el que la posterior sentencia de la Audiencia había modificado de oficio el régimen de guarda exclusiva establecida a favor de la madre, sustituyéndolo por uno de custodia compartida. La madre había considerado esta última decisión, inmotivada, causante de indefensión, contraria al art. 14 de la CE e incongruente, por resolver sobre la guarda y custodia cuando no había sido solicitado a la Audiencia pronunciamiento al respecto. Por su parte, el Tribunal Constitucional estimó correcta la sentencia de la Audiencia, al apreciar que actuó por el interés público y, sobre todo, en beneficio del menor. En el Fundamento Jurídico núm. 4 el máximo intérprete de la Constitución estima, respecto de lo alegado por la madre, lo siguiente:

«El razonamiento expuesto trasluce una concepción del proceso matrimonial y de las funciones atribuidas por el Juez de familia que no se pue-

73. RTC 2001/4.

María Paz García Rubio y Marta Otero Crespo

de compartir, pues se presenta como un simple conflicto de pretensiones privadas que ha de ser decidido jurisdiccionalmente dentro de los límites objetivos y subjetivos propuestos por los litigantes, como si de un conflicto más de Derecho privado se tratara. [...]

Y precisamente [...] la ley atribuye al Juez que conozca de un proceso de separación, divorcio o nulidad matrimonial potestades de tutela relacionadas con determinados efectos de la crisis matrimonial que han de ejercitarse en defecto e, incluso, en lugar de las propuestas por los litigantes [...]

Bastaría lo expuesto para justificar la desestimación de la 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 es que, además de contradecir la doctrina del Tribunal Constitucional, esta nueva regulación contenida en el art. 92.8.º Cc contradice los principios generales del sistema de protección del menor y ocasiona alguna antinomia en el seno del propio Código civil. En relación con lo primero, porque el principio general básico en esta materia ha de ser el de la protección del interés del menor el cual, como señala el art. 2.º de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, «*primará [...] sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir*». Lo segundo porque en nuestro sistema ha sido el Juez, y no el Fiscal ni los padres, el supremo garante del mencionado interés y ello sigue siendo así en normas vigentes que no han sido modificadas por la Ley 15/2005 y cuya coherencia con el párrafo octavo del art. 92 Cc no resulta óptima. El propio artículo 92 Cc en su párrafo cuarto establece, tras la reforma de la Ley 15/2005, que

«Los padres podrán acordar en el convenio regulador o el Juez podrá decidir, en beneficio de los hijos, que la patria potestad sea ejercida total o parcialmente por uno de los cónyuges».

Lo que literalmente autoriza al juez a decretar tanto un ejercicio unilateral como uno conjunto y compartido. Piénsese además en el art. 158.4.º del Cc, que en sede de relaciones paterno-filiales autoriza al juez para dictar en cualquier proceso civil o penal —por tanto también en uno de nulidad, separación o divorcio— o en cualquier procedimiento de jurisdicción voluntaria

Apuntes sobre la referencia expresa al ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos en la Ley 15/2005

«[...] las demás disposiciones que considere oportunas, a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios».

Pues bien, este precepto ha servido de fundamento para que el juez otorgase potestades de guarda a los abuelos en detrimento de los padres⁽⁷⁴⁾, lo que nos induce a pensar que, con mayor razón, es fundamento más que suficiente para que el juez —incluso de oficio— otorgue también guardas compartidas entre los progenitores, aun en el caso de falta de acuerdo entre ellos. De ser así resultará que ambos preceptos, art. 92.8.º Cc y 158.4.º Cc, contienen mandatos que pueden llegar a ser contradictorios.

Tomando en consideración la aparente excepcionalidad de la situación de ejercicio compartido y simétrico de las funciones derivadas de la patria potestad, no es de extrañar que el legislador haya omitido toda referencia a la resolución de problemas jurídicos que la práctica de esta modalidad va a plantear. Sirva a título de ejemplo, además de las cuestiones relativas al «reparto» del uso de la vivienda ya mencionadas más arriba, los problemas derivados de las eventuales pensiones alimenticias o de la concreción de la responsabilidad civil dimanante del art. 1903 en su párrafo segundo del Cc. Este último precepto⁽⁷⁵⁾ tampoco ha sido tocado por la reforma de 2005, lo que nos invita a pensar si en los supuestos de la llamada custodia compartida los hijos se hallan en cualquier situación y a esos efectos bajo la guarda de ambos padres —quienes serían siempre solidariamente responsables—⁽⁷⁶⁾ o habrá de considerarse la situación fáctica de guarda en el momento en el que el menor ha cometido el ilícito civil, y declarar responsables al guardador (compartido) que en ese momento de hecho ostente la «tenencia» del menor.

74. V. la jurisprudencia citada por M. CARBALLO FIDALGO, «El "derecho de visita" de los abuelos y la atribución de la guarda de sus nietos tras la Ley 42/2003, de 21 de noviembre. Aspectos sustantivos y procesales», nota 102 (pendiente de publicación en la *Revista de Derecho de Familia*).

75. Según el cual «*Los padres son responsables de los daños causados por los hijos que se encuentren bajo su guarda*».

76. En tal sentido se pronuncia el art. 1384 del Code civil francés, también retocado por la Ley de 4 de marzo de 2002, sustituyendo la referencia a la guarda del padre responsable por la del ejercicio de la autoridad parental, lo que viene a significar que cualquier padre que ejerce en común la autoridad parental es potencialmente responsable de los hechos dañosos de sus hijos menores, lo que constituye un medio eficaz para responsabilizar al padre y a la madre, según L. GARELL, *L'exercice de l'autorité parentale*, LGDJ, París, 2004, p. 258.

IV. REFLEXIÓN FINAL

La aportación fundamental de la Ley 15/2005 en lo relativo a la llamada «custodia compartida» ha sido la de hacer visible una modalidad de ejercicio de la patria potestad que, como regla general, es la que mejor protege el interés del menor posibilitando las relaciones en condiciones de paridad con ambos padres y la que, consecuentemente, respeta en mayor medida el principio de igualdad entre ellos.

Siendo ya una modalidad posible tras las reformas operadas en nuestro Derecho de familia en 1981, la práctica judicial de casi veinticinco años pone de relieve las dificultades con las que ha venido topándose, si bien es cierto que con el curso de los años el reparto o la alternancia en las facultades y deberes derivados del ejercicio de la patria potestad ha sido cada vez más frecuente.

En esa línea, y para formalizar como regla lo que debe ser tal, y al igual que se ha hecho en los ordenamientos más cercanos, el legislador de 2005 debió ser más valiente y abordar de modo directo las normas relativas al ejercicio de la patria potestad, a fin de garantizar que, puesto que, como regla general, la relación paritaria y simétrica con ambos padres protege mejor el interés del menor que cualquier tipo de relación privilegiada con uno de ellos, la norma jurídica general fuera la cotitularidad y el coejercicio de todas las funciones tuitivas, tanto si los padres viven juntos, como si están separados. Lejos de tomar esa opción, la Ley 15/2005 se ha conformado con mantener como criterio de normalidad el ejercicio unilateral de la potestad de guarda, limitándose a hacer posible la conjunta cuando ambos padres estén de acuerdo en esa modalidad, lo que otorga al disconforme un derecho de veto inadmisibles desde la perspectiva del interés del menor. Es cierto que, con carácter absolutamente excepcional, se admite la posibilidad de que a instancia de uno de los progenitores (o padres adoptivos) el juez acuerde la guarda y custodia compartida, previo informe favorable del Ministerio Fiscal, lo cual constituye una novedad perturbadora en nuestro sistema y de dudoso encaje en el seno del propio Código. Puesto que el Gobierno ha anunciado la intención de enmendar este «error» a la primera ocasión que se le presente, tal vez debería aprovechar para enmendar también su cicatería e igualarse en este punto con los ordenamientos de nuestro entorno cultural y jurídico. La percepción social de las relaciones de familia han cambiado mucho en las últi-

Apuntes sobre la referencia expresa al ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos en la Ley 15/2005

mas décadas; la modificación de las leyes que las regulan no pueden limitarse a seguir a cierta distancia estos cambios; si los cambios son para mejor debe, además, incentivarlos, tanto más cuanto que el fomento de las relaciones de los hijos con ambos padres no es sólo algo emocionalmente precioso, es también un valor constitucionalmente reconocido ⁽⁷⁷⁾.

77. Como señala, en relación con el Derecho americano, A. I. SCHEPARD, ob. cit., p. 6. La afirmación es igualmente válida en el Derecho español, donde el art. 39 de la CE le otorga respaldo constitucional.