

La Custodia compartida de los Hijos tras el Divorcio.

Por Francisco de Asís Serrano Castro, Magistrado del Juzgado de 1ª Instancia, nº 7 (Familia) de Sevilla. *Este artículo ha sido publicado en los Boletines "Derecho de Familia", el 1 de enero y el 1 de febrero de 2011.*

La Custodia compartida

La guarda y custodia compartida es aquélla en la que ambos progenitores se encargan de forma conjunta, periódica o rotatoria del cuidado, atención y educación de los hijos.

Por tanto supone la distribución de las funciones y responsabilidad parental que ambos progenitores separados asumen sobre sus hijos, bien rotando en el ejercicio de esas funciones y responsabilidad (cuidado y atención directa) bien alternándoles según su disponibilidad y en interés del menor.

Con respecto a los requisitos necesarios para el establecimiento de la guarda y custodia compartida, se destacan:

1º.- **La razón jurídica principal**, se insiste, ha de ser el beneficio e interés supremo del menor, que ha de ser preferentemente tutelado, tal y como viene contemplado en la Convención de los Derechos del Niño de la ONU, en el art. 39 CE (EDL 1978/3879) y en diversos preceptos del CC, arts. 92, 93, 94, 151, 154, 158 y 170.

2º.- **La dinámica familiar anterior a la ruptura**, ya que es crucial determinar la participación, implicación o presencia en la vida del menor de cada uno de los progenitores para acordar el sistema de guarda y custodia que más se parezca, si ello es posible.

La Ley exige que se valore la relación que existe de los padres entre sí y con los hijos.

La sentencia de AP Barcelona, Secc. 18ª, de 12 de enero de 2006 (EDJ 2006/13223), ponía de manifiesto que para resolver lo que el interés de los hijos menores requiere, deben tenerse en cuenta otras circunstancias, como la relación de los progenitores con los menores antes de la ruptura de pareja.

En el mismo sentido se pronuncia **la sentencia de la misma Secc. de 4 de julio de 2007**. Por su parte, el TS ha enumerado los criterios para facilitar la determinación del interés del menor en la atribución de la custodia compartida en sentencias de 9 octubre de 2009 y 11 de marzo de 2010.

3º.- **La organización familiar posterior a la ruptura y la anterior al proceso**.

Se postula la conveniencia de preservar la continuidad de las rutinas y hábitos de relación familiar. Así se observa una tendencia de los Tribunales a acordar la custodia compartida en procesos contenciosos cuando es el sistema que se ha desarrollado de forma consensuada, de forma expresa o tácitamente consentida, y se ha comprobado que esa gestión de la ruptura con respecto a los hijos, ha favorecido a estos últimos.

En esta línea jurisprudencial son exponentes las sentencias de la AP Barcelona de 21 de diciembre de 2001, AP Granada de 16 de octubre de 2001, AP Girona de 28 de febrero de 2001 y 20 octubre de 2004, AP Jaén de 9 de mayo de 2005 y AP Barcelona de 9 de noviembre de 2005.

4º.- A fin de preservar la estabilidad del menor, resulta conveniente la proximidad del domicilio paterno y materno, ya que si se encuentran en poblaciones distintas y distantes se puede ver perturbada la rutina diaria del menor.

5º.- Que los horarios laborales permitan el cuidado de los menores.

6º.- ***Coincidencia, armonía o cohesión de los criterios educativos y de estilos de vida de los progenitores.***

La existencia del conflicto o grave enfrentamiento puede perturbar el buen funcionamiento de una custodia compartida, pero sin olvidar que dicha conflictividad también puede resultar lesiva para el menor en un sistema de custodia exclusiva.

Por lo que se ha de valorar la no coincidencia en valores y principios del modelo educativo, como una dificultad pero no como una causa definitiva para excluir esa modalidad de custodia cuando se dan el resto de requisitos favorables, pudiendo esa disparidad, en todo caso, servir para que en su caso, la decisión de custodia exclusiva se decante a favor del progenitor partidario de la custodia compartida y no del contrario a la misma.

Con respecto a ***las ventajas de la custodia compartida***, son numerosas las publicaciones que recogen las mismas:

1º.- Se garantiza a los hijos la posibilidad de disfrutar de la presencia de ambos progenitores, pese a la ruptura de las relaciones de pareja. Es el modelo de convivencia que más se acerca a los vínculos de apego de los hijos durante la relación familiar.

2º.- Se evitan determinados sentimientos negativos, interferencias parentales, en los menores: miedo al abandono, conflictos de lealtad, sentimiento de negación y suplantación.

3º.- Se fomenta una actitud más abierta de los hijos hacia la separación de los progenitores que permite una mayor aceptación de la nueva situación de ruptura y se evitan situaciones de manipulación consciente o inconsciente por parte de padre o madre frente a los hijos. Se evita que se materialice el Síndrome de Alienación Parental o cualquier otro tipo de interferencia parental lesiva.

En cuanto a ***las ventajas desde la perspectiva de los progenitores:***

1º.- Se les garantiza la posibilidad de seguir ejerciendo sus derechos y obligaciones inherentes a la potestad o responsabilidad parental y de participar en igualdad de condiciones en el desarrollo y crianza de los hijos.

2º.- Se evita el sentimiento de pérdida que tiene el progenitor cuando se atribuye la custodia al otro progenitor.

3º.- Se consigue una mayor concienciación de ambos en la necesidad de contribuir a los gastos de los hijos.

4º.- No se cuestiona la idoneidad de ninguno de los progenitores.

5º.- Hay una equiparación de tiempo libre en ambos progenitores tanto para su vida personal como profesional.

6º.- Se evitan dinámicas de dependencia en la relación con los hijos, pues muchas veces el sentimiento de vacío, dolor y soledad que produce una separación se tiende a suplir con la compañía del hijo que se convierte en la única razón de vivir, convirtiendo una relación y vinculación positiva y saludable en otra de tipo enfermizo y patológico.

7º.- Los padres han de cooperar, por lo que se favorecen la adopción de acuerdos, lo que se convierte, asimismo, en un modelo educativo de conducta para el menor.

8º.- Desaparecen problemas relacionadas con privilegio vinculados a la atribución de la guarda y custodia: Atribución exclusiva del uso y disfrute de la vivienda familiar, régimen visitas fijación de pensiones alimenticias.

Por último, es de destacar, como ya se ha apuntado, la importante novedad, desde una perspectiva de progreso social, introducida en la Ley aragonesa de Igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres.

En definitiva, en momento de crisis, dicho modelo de ejercicio de responsabilidad parental resulta especialmente indicado:

1º.- Cuando ambos progenitores están en situación de desempleo y disponen de tiempo para asumir el cuidado de los hijos

2º.- Cuando el progenitor que se ha quedado en paro, normalmente el padre, está dispuesto a compensar la pérdida de empleo con el reparto de esa crucial obligación familiar.

3º.- Cuando ambos progenitores se han preocupado de atender durante la convivencia familiar a los hijos de forma paritaria.

4º.- Porque ambos progenitores, de esa manera, también van a hacer una distribución más equitativa del uso y disfrute de los bienes comunes, especialmente, como se ha visto, del domicilio familiar, asumiendo con sus escasos recursos, la carga que implica el cuidado y educación de los hijos.

5º.- Porque con ello se garantiza la real y necesaria implicación de otros parientes, especialmente los abuelos paternos y maternos, que son quienes en esos momentos coyunturales de precariedad económica, socorren a los hijos y a los nietos, acogiéndolos en sus propios domicilios y cubriendo o complementando sus necesidades.