

LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA DE LOS HIJOS SOMETIDOS A PATRIA POTESTAD

Ángeles Pérez Vega

SUMARIO.- 1.- La guarda y custodia compartida de los hijos sometidos a patria potestad. 2.- La guarda y custodia compartida de los hijos sometidos a patria potestad como medida consensuada en los procedimientos matrimoniales de separación y divorcio. 2.1. La guarda y custodia compartida en el convenio regulador de los efectos de la separación o el divorcio. 2.2. Adopción judicial de la guarda y custodia compartida por acuerdo de los padres. 2.3. Adopción judicial de la guarda y custodia compartida a petición de uno de los padres. 3.- Presupuestos para la adopción de la guarda y custodia compartida. 4.- Cautelas a adoptar en relación con la guarda y custodia compartida. 5.- Prohibición legal de adoptar la guarda y custodia compartida. 6.- Suspensión de la guarda y custodia acordada en sentencia.

1.- LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA DE LOS HIJOS SOMETIDOS A PATRIA POTESTAD.

En el marco de las recientes reformas legislativas operadas en el ámbito del Derecho de Familia hay que situar la Ley 15 /2005 de 8 de julio, por la que se modifica el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio (BOE núm. 163 9 julio 2005), dándole una nueva redacción al art. 92 del Código Civil en el que se recoge la medida de guarda y custodia compartida por los padres sobre los hijos sometidos a patria potestad, sean estos menores o incapaces, como medida definitiva¹ a adoptar en los procedimientos matrimoniales de nulidad, separación o divorcio, se hayan tramitado estos dos últimos de mutuo acuerdo o de forma contenciosa.

Queda de esta forma, definitivamente, zanjada la polémica cuestión suscitada en la doctrina científica, en la jurisprudencia y en las distintas asociaciones especialmente vinculadas con temas de Derecho de familia, acerca de la admisibilidad o inadmisibilidad en nuestro Ordenamiento jurídico de esta institución a quien a nadie deja indiferente, surgiendo detractores, defensores y escépticos.

El art. 92, nº 5 CC en su primera parte, expresamente, dispone: “*Se acordará el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos cuando así lo soliciten los*

¹ El párrafo primero de la medida 1ª del art. 103 del CC, relativo a medidas provisionales a adoptar por el juez una vez admitida a trámite la demanda de nulidad, separación o divorcio, a falta de acuerdo entre las partes, fue objeto de modificación por la Ley 15/2005 de 8 de Julio teniendo la siguiente redacción: “*Determinar, en interés de los hijos, con cuál de los cónyuges han de quedar los sujetos a la patria potestad de ambos y tomar las disposiciones apropiadas de acuerdo con lo establecido en este Código y, en particular, la forma en que el cónyuge que no ejerza al guarda y custodia de los hijos podrá cumplir el deber de velar por éstos y el tiempo, modo y lugar en que podrá comunicar con ellos y tenerlos en su compañía*”.

padres en la propuesta de convenio regulador o cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento.”

En el nº 8 de este precepto se puede leer: “*Excepcionalmente, aun cuando no se den los supuestos del apartado cinco de este artículo, el Juez, a instancia de una de las partes, con informe favorable del Ministerio Fiscal, podrá acordar la guarda y custodia compartida fundamentándola en que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor*”.

Se reconoce, así, la posibilidad legal de que, decretada la nulidad, separación o el divorcio matrimonial, ambos padres puedan alternarse en el ejercicio de la guarda y custodia de los hijos sometidos a patria potestad, compartiendo con ellos determinados periodos de convivencia y asumiendo la parte de responsabilidad que ello conlleva².

En la Exposición de Motivos de esta Ley 15/2005 de 8 de julio ya se pone de manifiesto un hecho constatado en la práctica judicial diaria, que no es otro que el preterido modelo de custodia atribuida en exclusiva a uno de los padres, «impedía que, en muchos casos, tras la separación o el divorcio, los hijos continúen teniendo una relación fluida con ambos. La consecuencia de esta práctica ha sido que los hijos sufran innecesariamente un perjuicio que puede evitarse. Así pues, cualquier medida que imponga trabas o dificultades a la relación de un progenitor con sus descendientes debe encontrarse amparada en serios motivos, y ha de tener por justificación su protección ante un mal cierto, o la mejor realización de su beneficio e interés. Consiguientemente, los padres deberán decidir si la guarda y custodia se ejercerá sólo por uno de ellos o bien por ambos de forma compartida. En todo caso, determinarán, en beneficio del menor, cómo éste se relacionará del mejor modo con el progenitor que no conviva con él, y procurarán la realización del principio de corresponsabilidad en el ejercicio de la potestad»³.

El modelo de custodia exclusiva, que la reforma legislativa trata de superar, aunque no de defenestrar, lógicamente, es el seguido, hasta la actualidad, por la jurisprudencia mayoritaria apoyándose en la normativa vigente con anterioridad a la reforma operada por la Ley 15/2005 (arts. 90, 92 y 94 del CC), concediendo la custodia de los hijos a uno de los cónyuges, con carácter exclusivo, fijando a favor del otro cónyuge un régimen de visitas, más o menos amplio⁴ y la condición de deudor de la pensión de ali-

2 No prosperó la enmienda presentada por los senadores del Grupo Mixto al art. 92 cuyo apartado c) pretendía tuviese el siguiente redacción: “*En la sentencia se acordarán medidas en relación con los siguientes extremos: c) Que la guarda de los hijos sea ejercida por uno de ellos o conjuntamente ejercida de forma alterna... En caso de guarda conjunta ejercida de forma alterna, se deberá fijar con precisión el modo en que se armonizará la actuación de ambos progenitores, y si procede, determinará los sucesivos periodos temporales en que cada progenitor deberá guardar a los hijos*”. Se defendía que resultaba más adecuado emplear los términos “guarda conjunta ejercida de forma alterna”, porque pone el énfasis en la permanente corresponsabilidad de los progenitores sobre todas las incidencias de los hijos comunes y refleja el hecho de que físicamente la guarda o la permanencia es alterna. BOLETÍN OFICIAL DE LAS CORTES GENERALES, SENADO, núm. 14, 26 de mayo de 2005.

3 En el dictamen emitido por la Comisión de Justicia sobre el Proyecto de Ley por la que se modifica el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil también se hacía hincapié en el inconveniente que en este punto presentaba el modelo de custodia atribuida en exclusiva a uno de los padres. BOLETÍN OFICIAL DE LAS CORTES GENERALES, Congreso de los Diputados, nº 16-12, 19 de abril de 2005, pág. 71.

4 Los Tribunales de Justicia ante la verificación de que ambos padres resultan idóneos para ejercer la guarda sobre sus hijos, optan por una vía intermedia, atribuyen la custodia en exclusiva a uno de ellos, otorgando al otro un amplio derecho de visitas superior al ordinario de fines de semana alternos y tiempos vacacionales, vid. en ente sentido, entre otras, SAP Barcelona, 26 abril 2004 (JUR 2004, 150769), 1 junio 2004 (JUR 2004, 209241): «Un régimen de comunicación y contacto amplio puede resultar fructífero y estimulante o coadyuvante a un relación normal y enriquecedora de la personalidad de los menores, ya que no puede desconocerse que cuanto más profundas sean las relaciones paterno-filiales, mayor será la contribución a que los hijos no sólo no pierdan, sino que acrecienten más aún el cariño hacia su padre, quien puede

mentos (art. 92 CC); al cónyuge custodio también, se le atribuye el uso del domicilio familiar junto con los hijos que queden en su compañía (art. 96 CC) ⁵.

Los Tribunales de Justicia se venían mostrando reticentes hacia la concesión de la medida de custodia compartida, tal vez por alejarse del esquema legal tradicional aplicando una medida que, aunque no estaba prohibida en nuestro Ordenamiento Jurídico, carecía de regulación. Si bien no es menos cierto también, que la custodia compartida no era una medida demasiado solicitada, se pedía en un 22% de los casos de procedimientos contenciosos que son, aproximadamente, un 10% del total de divorcios, entre el 80 y el 85% de los casos la custodia de los hijos menores no es objeto de discusión en el seno de un procedimiento matrimonial.

Los detractores de la adopción en el procedimiento matrimonial de la medida de guarda y custodia compartida esgrimen entre los inconvenientes que puede presentar los siguientes: a) el régimen compartido no es ideal, porque desestabiliza la vida de los menores, en cuya temprana edad es conveniente configurar una rutina ordenada favorecedora del adecuado desarrollo infantil; b) la articulación del reparto de los periodos de convivencia va a exigir que los hijos se trasladen, periódicamente, de domicilio, implicando un auténtico “peregrinaje” para el menor, esto le produce una auténtica inestabilidad física que redundará en perjuicio de su equilibrio emocional⁶; c) el esquema familiar a partir de la crisis matrimonial no puede ser otro que el de la atribución exclusiva de la custodia a uno de los padres⁷ y, d) la atribución de la custodia compartida representa una situación irregular, que sólo contribuirá a desestabilizar a los menores y esto «sin olvidar que esta situación podría suponer con mucha probabilidad un incremento de la crispación entre los progenitores»⁸.

Reconociendo que en algunos supuestos tales inconvenientes pueden manifestarse toda vez que en Derecho de familia no hay dos casos exactamente iguales y las medidas que en una situación se presentan como beneficiosas para el menor en otras, pueden erigirse en generadoras de resultados gravemente perjudiciales, no puedo ocultar que la custodia compartida me parece atractiva y dejar de aplaudir su consagración legislativa. Porque, la ruptura conyugal no debe suponer, a la vez, la ruptura de las relaciones de los hijos con sus padres. El matrimonio se ha disuelto, anulado o simplemente los cónyuges se encuentran separados pero, esto no significa que a los hijos se les tenga que privar del derecho a convivir con sus padres, con los dos, relación imprescindible para el buen desarrollo de su personalidad, la custodia ejercida por ambos padres contribuye, notablemente, a afianzar los lazos de unión de los hijos con sus

potenciarles con un buen hacer los valores necesarios para su desarrollo integral...». SAP Baleares 13 abril 2004 (JUR 2004, 171523). Es más, en ocasiones constatamos que el reparto de los periodos de convivencia del hijo con el padre no custodio es tan amplio que, en la práctica, se produce una auténtica convivencia con ambos pero, manteniendo la custodia, nominalmente, a uno de ellos de forma exclusiva y el calificativo de visitante para el otro.

5 La Audiencia Provincial de Alicante en sentencia de 7 julio 1997 a pesar de mencionar los posibles beneficios que, con carácter general, el régimen de custodia compartida pudiera conllevar para la menor en orden a la igualdad posición entre los progenitores y a la no discriminación de la relación personal de los hijos con uno de ellos, tal opción fue rechazada en base a que: «el legislador es contrario a este tipo de soluciones y así lo pone de manifiesto, por todos, el art. 90, a) CC que trata de la “determinación de la persona a cuyo cuidado hayan de quedar los hijos y el régimen de visitas, comunicación y estancia con el progenitor que no viva con ellos”, mostrando así que éstas son las medidas que estima deseables para atender a un grave y delicado conflicto personal intrínseco a la separación matrimonial».

6 SS AP Cuenca, 30 septiembre 1996 (AC 1996, 2457), AP Albacete 1 diciembre 2003 (JUR 2004, 51020).

7 SAP Valladolid, 13 julio 2004 (JUR 2004, 243901)

8 (SAP Córdoba 16 diciembre 2003 (JUR 2004, 20303)

padres, aunque éstos ya no sean cónyuges. Esta medida encuentra su fundamento en la idea, de que la separación o el divorcio ponen fin al matrimonio, pero no a los vínculos familiares; ello implica que los derechos y las responsabilidades de cada uno de los padres con respecto a sus hijos, una vez sobrevenida la crisis matrimonial, deben ser iguales a los derechos y responsabilidades que tenían contraídos, legalmente, en una situación de normalidad matrimonial. La custodia sobre los hijos es un derecho que nace de la familia y que hay que respetar antes, durante y después del matrimonio, el derecho de los hijos y los padres a seguir teniendo una relación paterno filial y materno filial igualitaria, sobre la que seguir desarrollando la afectividad y el cariño, al margen de las relaciones contractuales entre sus padres, que acaban con el matrimonio

A mi juicio, la custodia compartida presenta una serie de ventajas para los padres y puede resultar, sumamente, beneficiosa para el menor. El principio de *favor filii*, es el principio guía en todos los procedimientos matrimoniales de los que se deriven algún tipo de efecto o consecuencia para ellos.

Desde el punto de vista afectivo, de educación y formación del menor. Me parece esencial que los hijos a pesar de la disociación de sus padres sigan manteniendo un contacto fluido con ellos, el desarrollo integral del menor se consigue a través de un periódico y habitual contacto con ambos⁹. La custodia compartida, por implicar la presencia física de ambos padres, favorece la íntima y necesaria relación del menor con cada uno de ellos. Los hijos tienen derecho a ser educados por sus padres, con independencia de la situación familiar en la que se encuentren.

En la sentencia dictada por la Sala 2ª del Tribunal Supremo de fecha 2 octubre 2003 (RJ 2003, 6400) se confirma la privación de la patria potestad de un padre que resultó condenado en sentencia firme penal por haber causado dolosamente la muerte de su esposa y madre de los menores. El Alto Tribunal, entre otras consideraciones que no son objeto de atención en este momento, señala: «el esposo al haber privado de la vida a su esposa y madre de su hijo, le había cercenado a su hijo uno de sus más trascendentales derechos, al romper definitivamente el marco natural, aun previa la ruptura de la convivencia de sus progenitores».

En opinión de la Sala, el *marco natural* del menor, con independencia de la existencia o inexistencia de comunidad de vida entre sus progenitores sigue siendo la familia. Es ella el reducto de seguridad, el lugar común, el ámbito donde el menor se desarrolla y es, donde se desenvuelve su vida cotidiana.

Desde un punto de vista económico. Adoptando la custodia compartida cabe la posibilidad de que cada padre se haga cargo de los alimentos ordinarios (art. 142 del CC) de los hijos en proporción al tiempo que los tenga en su compañía. En cuanto a los extraordinarios, puede pactarse o el juez acordar que sean satisfechos por mitad o en proporción a su caudal respectivo. De esta forma, se contribuirá a disminuir el impago de pensiones alimenticias al desaparecer el deudor de la misma, y a la vez, la litigiosidad que en este punto se viene planteando.

Desde un punto de vista socio-jurídico. La custodia compartida contribuye a reafirmar la igualdad de derechos entre los cónyuges ya disociados, en relación con los hijos sometidos a custodia, se equiparan los derechos y deberes de unos y de otros, res-

⁹ Vid. SAP de las Palmas 17 mayo 2004 (JUR 2004, 205252) «aunque la familia atravesase por una crisis quiere la Ley que se cumplan, en la medida de lo posible, los fines asignados al núcleo familiar, entre ellos el del pleno desarrollo de la personalidad de sus miembros. Y el pleno desarrollo de los hijos menores de edad no se alcanza sin el mantenimiento del mayor contacto posible con ambos progenitores»; SAP Ciudad Real 3 mayo 2004 (JUR 2004, 200095) «Hoy se tiende a la custodia compartida como mejor forma de implicación de los padres en el desarrollo de sus hijos, sin que éstos se vean perjudicados por tal régimen».

pecto de sus hijos. Carece de sentido hablar de primar el derecho de la mujer por ser madre y, por esa condición, convertirse en acreedora de la custodia excluida sobre los menores, como se venía haciendo en el 90% de los procedimientos matrimoniales y, en consecuencia, de discriminación de sexos a la hora de hablar del cuidado y educación habitual de los hijos.

Con la ruptura matrimonial, los ex esposos tienden a rehacer su vida, con una custodia compartida cada uno dispondrá de más tiempo para dedicarlo por ejemplo, a prepararse para acceder al mercado laboral, a formarse para mejorar en el puesto de trabajo, a rehacer su vida desde el punto de vista afectivo, ya no tendrá que dedicar 11 meses al año al cuidado de los hijos, porque al otro padre también le corresponde su cuidado. Se contribuye de esta forma a propiciar el desarrollo profesional, personal y social de los ex cónyuges¹⁰.

Un tema que también resulta preocupante, es el relativo a la relación de los hijos de los padres disociados con sus abuelos “y otros parientes y allegados”, reproduciendo los términos del art. 160 del CC en la redacción dada por la Ley 42/2003, de 21 de noviembre, de modificación del CC y la LEC en materia de relaciones familiares de los nietos con los abuelos. El art. 160 se dispone en tal sentido: “*No podrán impedirse sin justa causa las relaciones personales del hijo con sus abuelos, y otros parientes y allegados. En caso de oposición, el Juez, a petición del menor, abuelos, parientes o allegados, resolverá atendidas las circunstancias. Especialmente deberá asegurar que las medidas que se puedan fijar para favorecer las relaciones entre abuelos y nietos, no faculden la infracción de las resoluciones judiciales que restrinjan o suspendan las relaciones de los menores con alguno de sus progenitores*”.

Uno de los argumentos que esgrimió el Gobierno para emprender la citada reforma del CC en este punto fue que de las 115.049 separaciones y divorcios que se produjeron en el año 2002, el 36% fue sin acuerdo entre los cónyuges, lo que originó un distanciamiento claro de las relaciones entre abuelos y nietos.

A nadie si le escapa que cuando los cónyuges ponen fin a su matrimonio, en la mayoría de los casos, también ponen fin a la relación con la familia del que fue su esposo o esposa. Al atribuirle la custodia en exclusiva a uno solo de ellos, el otro convivirá con los hijos en períodos concretos (fines de semana alternos y la mitad de las vacaciones), tiempo que, generalmente, aprovechará para disfrutar de su compañía y, en un acto de egoísmo, más o menos, justificado, no compartirá con el resto de la familia: abuelos, tíos, primos, etc., con lo que, los niños acaban perdiendo el contacto con toda una parte de la familia.

Resulta un hecho constatado que las relaciones personales de los abuelos con los nietos, tanto en las situaciones de crisis matrimonial, como en situaciones familiares no problemáticas son, *a priori*, muy beneficiosas para el menor. El cariño que *por natura* los ascendientes profesan hacia sus descendientes; la ayuda y los consejos que, en base a la experiencia de los abuelos, puedan ofrecerle, favorecen su desarrollo personal, afectivo y social.

De lo que se trata es de no gravar al nieto con las secuelas de las separaciones y conflictos familiares de los que no es culpable ; de que no se vea privada su vida del

10 «La práctica consuetudinaria de los tribunales españoles de conceder la guarda y custodia monoparental es perjudicial y discriminatoria para los niños al desequilibrar la relación con sus padres, para el progenitor no custodio al impedirle ejercer su función, y para el progenitor custodio al responsabilizarle del cuidado y educación de los hijos, limitando su desarrollo profesional, personal y social, lo que va en contra del principio de igualdad», PLATAFORMA POR LA CUSTODIA COMPARTIDA, “Declaración del derecho de los niños y las niñas a la custodia compartida”, 20 noviembre 2002, Día Internacional de los Derechos del Niño.

cariño, el contacto, la relación y comunicación con personas que le son muy próximas, humana y afectivamente.

El fundamento del derecho a las relaciones personales de los nietos con los abuelos no es otro que el interés del nieto y el beneficio que le reporta. Derecho que pueden exigir su efectividad en la vía judicial a tenor de lo dispuesto en el art. 250. 12º de la LEC.

Como dice un refrán africano, «para criar a un niño hace falta toda una tribu».

2.- LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA DE LOS HIJOS SOMETIDOS A PATRIA POTESTAD COMO MEDIDA CONSENSUADA EN LOS PROCEDIMIENTOS MATRIMONIALES DE SEPARACION Y DIVORCIO.

2. 1. La guarda y custodia compartida en el convenio regulador de los efectos de la separación o divorcio.

Cuando se produce la crisis matrimonial los cónyuges pueden estar de acuerdo en que la guarda y custodia de los menores se ejerza de forma compartida por ambos y los hijos convivan en determinados períodos de tiempo con cada uno de sus padres, y así lo plasmen en la propuesta de convenio regulador de los efectos de la separación o el divorcio.

En este sentido, el art. 90 del CC en la redacción dada por la Ley 15/2005 de 8 de julio dispone: “*El convenio regulador a que se refieren los arts. 81 (relativo a la separación matrimonial judicialmente decretada) y 86 (que se ocupa de la disolución del matrimonio por divorcio) deberá contener, al menos, los siguientes extremos: a) El cuidado de los hijos sujetos a la patria potestad de ambos, el ejercicio de ésta y, en su caso, el régimen de comunicación y estancia de los hijos con el progenitor que no viva habitualmente con ellos*”.

En el convenio regulador de los efectos de la separación o el divorcio que acompaña a la demanda presentada por ambos cónyuges o por uno de ellos con el consentimiento del otro (arts. 81.1, 86 CC y 777.2 LEC), podrán decidir si la custodia sobre los hijos se ejerce en exclusiva por uno de ellos, fijándose para el cónyuge no custodio el correspondiente régimen de visitas. O bien, acordar el ejercicio compartido de la custodia de los hijos sometidos a patria potestad, haciendo constar en dicho convenio los periodos de tiempo que el menor residirá con cada uno de sus padres (que pueden ser muy variados según las circunstancias de cada caso).

Cuando los padres alcance este acuerdo, la ley le impone de forma imperativa al juez que recoja como medida definitiva en la sentencia que dicte, sea de separación o de divorcio, el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos, tal y como el apartado 5 del art. 92 “*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...*”.

2.2.- Adopción judicial de la guarda y custodia compartida por acuerdo de los padres.

En el supuesto de que en el momento de la redacción del convenio regulador los cónyuges no hayan sido capaces de alcanzar el acuerdo acerca de esta medida de guarda y custodia compartida, por las razones que sean, iniciándose el procedimiento familiar

de forma contenciosa, la ley les permite acordarla en un momento procesal distinto al de la presentación de la demanda, esto es, a lo largo del procedimiento, así se dispone en el nº 5 del art. 92 “*Se acordará el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos... cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento*”.

Constituye una constante en los procedimientos matrimoniales, la idea del legislador de que las partes lleguen a un acuerdo y que el juez pueda resolver sobre cuestiones ya consensuadas, reservando su intervención para la adopción de medidas que no fueron consensuadas o que, aun siéndolo, no amparan suficientemente el interés de los hijos o de uno de los cónyuges y no fueron sustituidas por otras, en el momento procesal oportuno.

Este afán “consensuador” se advierte, por ejemplo, en la comparecencia celebrada para la adopción de medidas previas a la demanda de nulidad, separación o divorcio (art. 771.3 LEC) y su modificación posterior a la admisión a trámite de dicha demanda (art. 772.2 LEC) y en la posibilidad de que los cónyuges puedan consensuar las medidas definitivas que se adoptarán en la sentencia que ponga fin al procedimiento de familia, una de ellas puede ser la custodia compartida sobre los menores. El acuerdo pueden alcanzarlo antes de la celebración de la vista del juicio verbal, durante la celebración de la misma e, incluso una vez concluida¹¹.

- Acuerdo de guarda compartida alcanzado antes de la celebración de la vista del juicio verbal.

Cuando los cónyuges llegan a un acuerdo respecto de todas las medidas definitivas a adoptar, el procedimiento contencioso se transformará en consensual del art. 777 de la LEC, con presentación del convenio regulador, cuando se trata de la separación o el divorcio de los cónyuges (arts. 770.5ª y 774.1 LEC), siguiendo la tramitación legal correspondiente.

Cuando el acuerdo se circunscriba a la guarda y custodia compartida de los hijos lo someterán a consideración judicial “*proponiendo la prueba que consideren conveniente para justificar su procedencia*” (art. 774.1 LEC). Conviene puntualizar que los acuerdos a los que hace referencia el art. 744 no pueden confundirse con el convenio regulador cuyo contenido, mínimo, se establece en el art. 90 CC; porque mientras aquél ha de referirse a todos los extremos que en dicho precepto se relacionan, el acuerdo del art. 774 de la LEC puede versar sobre todas o algunas de las medidas que han de adoptarse en cada caso concreto para regular los efectos de la nulidad, separación o divorcio de forma que, los cónyuges pueden convenir respecto de unos efectos o medidas y no respecto a otros, el convenir en alguna de las medidas y diferir en otras no transforma la naturaleza del procedimiento

- Acuerdo de guarda compartida alcanzado durante la celebración de la vista del juicio verbal.

En la vista del juicio verbal los cónyuges podrán someter al tribunal los acuerdos a que hubiesen llegado para regular las consecuencias de la nulidad, separación o divorcio y proponer las pruebas de que pretendan valerse para fundamentarlo (art. 774.1 LEC) y entre ellas también, la guarda y custodia compartida sobre los hijos sujetos a patria potestad.

El Tribunal resolverá en la sentencia sobre las medidas solicitadas de común acuerdo por los cónyuges (art. 774.3 LEC).

11 Vid. PÉREZ VEGA, A.: “Las medidas previas, provisionales y definitivas en los procesos de nulidad, separación o divorcio matrimonial en el nueva Ley de Enjuiciamiento Civil”, *Actualidad Civil*, nº 13 marzo 2002, pág. 471 y 472.

- Acuerdo de guarda compartida alcanzado después de la celebración de la vista del juicio verbal.

Existe la posibilidad legal de que los cónyuges lleguen a un acuerdo sobre la guarda y custodia de los hijos sometidos a patria potestad con posterioridad a la celebración de la vista del juicio y antes de que por el juez se dicte sentencia en las que se recojan las medidas definitivas. Así lo entendemos teniendo en cuenta, en primer lugar, lo dispuesto en el art. 774.3 de la LEC cuando señala: “*el Tribunal resolverá en la sentencia sobre las medidas solicitadas de común acuerdo por los cónyuges, tanto si ya hubiesen sido adoptadas, como provisionales, como si se hubieran propuesto con posterioridad*”; en segundo lugar, en el apartado 4 del art. 770 se introduce el plazo máximo de 30 días para la práctica de las pruebas que no pudieron practicarse en la vista. Durante este plazo puede, incluso de oficio el Tribunal, acordar las pruebas que estime necesarias que se *refieran a hechos de los que dependan los pronunciamientos sobre medidas que afecten a los hijos menores o incapacitados, de acuerdo con la legislación civil aplicable*; en tercer y último lugar, la regla 5ª del art. 770 permite que *en cualquier momento del proceso las partes podrán solicitar que continúe por los trámites del procedimiento de mutuo acuerdo*.

2.3.- Adopción judicial de la guarda y custodia compartida a petición de uno de los padres.

El supuesto que con más frecuencia nos encontramos en la práctica judicial es el de que los cónyuges no se pongan de acuerdo respecto de las medidas definitivas a adoptar y, en particular, respecto de la delicada cuestión de la custodia de los hijos. No podemos olvidar que, de acuerdo con la legislación vigente, del otorgamiento de la custodia se hacen depender otras medidas de gran trascendencia económica y generadoras de un alto grado de conflictividad entre los cónyuges, como es la atribución de la vivienda familiar y la designación del cónyuge deudor de la pensión de alimentos, previstas en los arts. 94 y 96 CC que no han sido modificados. De forma que, el cónyuge que queda al cuidado de los hijos se le atribuye la vivienda familiar mientras que el otro, además de no poder residir con sus ellos, privándosele del uso de la vivienda que constituyó el domicilio conyugal, aunque sea privativa, resulta designado deudor de la pensión de alimentos.

A falta de acuerdo, el Tribunal en la sentencia fijará las medidas “*en relación con los hijos, la vivienda y ajuar familiar, las cargas del matrimonio, disolución del régimen económico y las cautelas o garantías respectivas, estableciendo las que procedan si para alguno de estos conceptos no se hubiera adoptado ninguna*”, disponen en este sentido los arts. 91 del CC y 774.4 de la LEC.

Por lo que al tema que ahora nos ocupa, la nueva redacción dada al art. 92 del CC en su apartado 8 permite que a pesar de la falta de acuerdo de los padres, la medida de custodia compartida pueda, excepcionalmente, adoptarse por el juez, “*excepcionalmente, aun cuando no se den los supuestos del apartado cinco de este artículo, el Juez, a instancia de una de las partes, con informe favorable del Ministerio Fiscal, podrá acordar la guarda y custodia compartida fundamentándola en que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor*”.

Atendiendo al tenor literal del precepto para que el juez acuerde la medida de custodia compartida han de cumplirse las condiciones que se recogen en el nº 8 de este precepto, a saber:

a) la primera, la petición de la adopción de esta medida ha de proceder de una de las partes litigantes¹². Cualquiera de los cónyuges, esto es, el demandante puede solicitarla en el escrito de demanda pero, también la petición puede provenir del demandado instando en el escrito de reconvencción que la custodia sea ejercida por ambos. Esto sucederá cuando el actor ha reclamado la custodia para sí en exclusiva (art. 770 regla 2ª letra d) de la LEC en la redacción dada por la Ley 15/2005 de 8 de julio)¹³;

b) la segunda condición, que por parte del Ministerio Fiscal se emita un informe favorable a la adopción de dicha medida y;

c) la tercera, que el juez alcance el convencimiento de que sólo con la adopción de la custodia compartida se protege, adecuadamente, al interés superior del menor

En mi opinión, si concurren la primera y la tercera de las condiciones expuestas y por el Ministerio Público se emite un informe desfavorable a la adopción de la medida de custodia compartida, el Juez puede acordarla, porque por un lado, a este informe la ley no le atribuye carácter vinculante para el órgano judicial y por otro, hay que tener en cuenta lo dispuesto en el nº 9 del art. 92 al que me referiré más adelante.

La excepcionalidad en el establecimiento por parte del juez del régimen de guarda y custodia compartida se imponía, teniendo en cuenta la presión que desde las asociaciones feministas se estaba haciendo, cuando se tramitaba la reforma de la ley, petitionando que, en ningún caso, se pueda imponer la custodia compartida si no es por voluntad y mutuo acuerdo de las partes¹⁴.

Incluso, desde algún sector de la doctrina científica se llegó a afirmar que con la posibilidad de la imposición por parte del juez de la custodia compartida a petición de una de las partes «el sistema de convertirá en una poderosa arma contra las mujeres. Los maridos o ex maridos podrán amenazarlas más creíblemente con luchar por la cocustodia de los hijos, erosionando una posesión que antes se aseguraba la madre merced a la certeza de que el asunto de la custodia no podía ser usado creíblemente como una amenaza a su fuente real de poder sobre los aspectos domésticos de la relación de pareja (especialmente los hijos), que le garantizaba su especialización histórica como gestora del hogar. Como la madre valora casi siempre mucho más que el padre la custodia de

12 En la actualidad el nivel de petición de la custodia por los padres varones es muy bajo tanto en separaciones de mutuo acuerdo como en procedimientos contenciosos, apenas alcanza un 8%. “El Periódico feminista de Mujeres en Red”, 6 junio 2005.

13 La Ley 15/2005 de 8 de Julio le ha dado a la regla 2ª del art. 770 nueva redacción, disponiendo: “La reconvencción se propondrá con la contestación a la demanda. El actor dispone de 10 días para contestarla. Sólo se admitirá reconvencción: d) Cuando el cónyuge demandado pretenda la adopción de medidas definitivas, que no hubieran sido solicitadas en la demanda, y sobre las que el tribunal no deba pronunciarse de oficio”.

14 «Solamente si ambos progenitores negocian y acuerdan las condiciones en que esta nueva forma de convivencia va a producirse... la imposición judicial de la custodia, sólo contribuirá a elevar el nivel de conflicto y a poner en peligro el bienestar y la estabilidad emocional de los menores», “El periódico feminista de Mujeres en Red”, 6 junio 2005. Desde la Asociación de Mujeres Juristas Themis. Desde estas asociaciones se rechaza la imposición judicial de la custodia compartida en un proceso contencioso o ante una petición efectuada solo por uno de los padres porque, entre otras razones, resulta imprescindible que exista además de muy buena comunicación entre ambos progenitores, un mutuo intercambio de puntos de vista para unificar pautas de conducta hacia el menor; ofrecer una estabilidad emocional al menor; que exista libertad para pactar el compromiso de corresponsabilidad que adquieren ambos progenitores; cuando una ex pareja acude a la vía contenciosa en muchos casos no existe comunicación entre ellos y si existe, se encuentra totalmente deteriorada y en ningún caso son capaces de unificar pautas de conducta hacia el menor; fácilmente lo utilizarán como arma arrojadiza desestabilizándole emocionalmente; la custodia compartida impuesta judicialmente a unos cónyuges que tienen una relación profundamente deteriorada, podría ocasionar grandes conflictos. Vid. El periódico feminista de Mujeres en Red, 6 junio 2005, Asociación de Mujeres Juristas Themis, entre otros.

los hijos, acabará estando dispuesta a renunciar a todo (pensión, alimentos, bienes matrimoniales) antes que perder al hijo, hundiendo con ello su posición negociadora»¹⁵.

Como puso de relieve el Consejo General del Poder Judicial en el informe al anteproyecto de ley de modificación del Código Civil en materia de separación y divorcio: «El legislador tiene muy presente que, en relación con la custodia de los hijos sometidos a patria potestad sean los padres quienes decidan acerca de la forma de ejercicio de la misma, a falta de acuerdo debe ser el juez quien en cada caso valore la conveniencia o no de la custodia compartida, teniendo en cuenta conjuntamente el interés del menor en especial en lo que se refiere al desarrollo de su personalidad, con una educación que contemple valores y principios no discrepantes en un modelo educativo y afectivo que no ofrezca sobresaltos continuos y la concreta situación real entre los padres siempre con la idea de que el régimen de custodia que se establezca puede ser modificado en cualquier momento, en cuanto a su concreto contenido y límites, en atención a la alteración de las circunstancias que dieron lugar a su adopción o cuando se acredite un ejercicio abusivo o inadecuado de las facultades concedidas. En definitiva, la custodia compartida debe establecerse de tal forma que se respete la vida separada de cada cónyuge y se prevea la forma de actuación y gestión de los actos de la vida ordinaria, haciéndola lo menos compleja posible»¹⁶.

Por ello, el legislador ha remarcado la excepcionalidad en la adopción judicial de tal medida. Así, en ausencia de acuerdo de las partes, el juez puede establecer la custodia compartida sólo en casos excepcionales, si una de las partes litigantes lo pide y el Ministerio Fiscal informa favorablemente la adopción de tal medida y, además, ésta es la única forma a través de la cual se protege, adecuadamente, el interés superior del menor, cuya salvaguarda debe prevalecer en todo caso¹⁷; fundamentándolo adecuadamente en la sentencia que ponga fin al procedimiento matrimonial.

No podemos olvidar el carácter de orden público que tiene el régimen de guarda y custodia de los menores por ello, el modelo de custodia compartida sólo se adoptará si implica un beneficio para el menor, de lo contrario se rechazará.

La protección del interés del menor, el principio de *favor fillii*, justifica que el juez pueda adoptar la medida de guarda compartida aunque no exista acuerdo entre sus padres, el interés del menor debe de estar por encima del interés de sus padres. Es el faro directriz de todas las medidas que los Tribunales de Justicia adopten en relación con los hijos, como no podía ser menos teniendo en cuenta no sólo los textos internacionales como la Declaración de los Derechos del Niño proclamada por la Asamblea General de Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989, ratificada por España, BOE 31-12-1990, que establece: “*En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades*

15 CARRASCO PEREA, A., “Custodia compartida”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 648, 2004.

16 CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, *Informe al anteproyecto de ley de modificación del Código civil en materia de separación y divorcio*, Madrid, 31 diciembre 2004, págs. 21 y 22.

17 RIVERO HERNANDEZ, F., *El interés del menor*, edto. Dykinson, 2000, pág. 111. El interés del menor puede inicialmente identificarse con la dignidad de la persona, los derechos que le son inherentes y el libre desarrollo de su personalidad y demás derechos fundamentales, en cuanto que su respeto garantiza una protección suficiente al menor, desde un punto de vista personal y humano pero no puede limitarse a esa instancia formal (...) es necesaria una vida exenta de tensiones y problemas que le exceden, con un equilibrio emocional y afectivo, que tanto pueden contribuir a la formación y desarrollo de su personalidad, positiva y negativamente (frustraciones, complejos): porque ni el interés ni la personalidad son algo abstracto o aséptico, sino que se refieren a una realidad humana enormemente rica y compleja, tangible y pluridimensional, donde junto a las libertades públicas y otros valores importan su salud, y su bienestar psíquico, su afectividad comprendida, amén de otros aspectos de tipo material, aunque sea con subordinación de éstos a aquéllos.

administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del menor”), sino también en la propia normativa interna española el art. 39 de la Constitución consagra el principio de *favor filii* y la Ley Orgánica 1/1996 de Protección Jurídica del Menor.

Y en la nueva redacción dada al art. 92 CC la preocupación del legislador de velar por el *favor filii* se plasma en varios pasajes del precepto, a saber:

En el apartado 4º cuando señala que “*el Juez podrá decidir, en beneficio de los hijos*”. En el apartado 6º al declarar: “*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 comparencia y la prueba practicada en ella, y la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos para determinar su idoneidad con el régimen de guarda*”. Igualmente, en el apartado 9 viene a reproducir el último párrafo de la anterior redacción del art. 92 del CC, haciendo hincapié en que “*el Juez, antes de adoptar algunas de las decisiones a que se refieren los apartados anteriores, de oficio o a instancia de parte, podrá recabar dictamen de especialistas debidamente cualificados, relativo a la idoneidad del régimen de custodia de los menores*”.

No se prevé en la nueva redacción dada al art. 92 del CC, que la custodia compartida pueda ser acogida de oficio por el juez que conozca el procedimiento matrimonial. Sin embargo, examinando algunas de las sentencias en las que los Tribunales se decantaban por esta medida comprobamos que antes de su adopción se tomaban una serie de cautelas o precauciones muy similares a las recogidas, actualmente, en el texto legal.

Así por ejemplo en una sentencia dictada por la Audiencia Provincial de A Coruña de fecha 14 de febrero de 2005 (Recurso de apelación nº 298/2004, proc. Separación contenciosa nº 979/2002), por la que se puso fin a la controversia suscitada por los esposos, ambos recurrentes en alzada, en cuyos escritos impugnando la sentencia dictada por el juez *a quo*, solicitaban además de su separación conyugal (pretensión que ya había sido acogida en primera instancia y fue confirmada en alzada), la guarda y custodia de su único hijo, que contaba con 7 años de edad. Cada uno de los progenitores pretendía que se le atribuyese la custodia del menor, en exclusiva y al objeto de que fueran estimadas sus pretensiones que valieron en juicio de todas las armas de que dispusieron, en aras de acreditar la inidoneidad del otro progenitor para ejercer una custodia responsable sobre el menor (desde descalificaciones personales que mejor no reproducir, contratación de un detective privado que espiaba al otro cónyuge, hasta la aportación a autos del diario personal de uno de ellos cuyas anotaciones descontextualizadas puede llegar, en el mejor de los casos, a ridiculizar a su autor).

En el momento de resolver el recurso de apelación, el menor se encontraba viviendo con su padre, a quien se le había atribuido la custodia, tanto en el auto de medidas provisionales como en la sentencia de separación recurrida.

Así las cosas, resultó del conjunto de la prueba practicada (declaraciones de las partes, informes periciales, exploración del menor) que, ambos padres disponían de vivienda propia en la misma ciudad, contaban con medios económicos para hacer frente a la manutención del menor; se encontraban en condiciones de brindarle un medio organizado y estable, cuidados, afecto y atención; que ambos se implicaban de manera muy activa en la educación del niño, indistintamente se encargaban de recogerlo a la salida del colegio o de las actividades extraescolares; que, indistintamente, acudían a las reuniones escolares, a las citas con el tutor; se preocupaban por su salud; se encargaban del cuidado personal del niño, (adquiriendo ropa, material escolar, etc.); que ambos

podían acudir a terceras personas de confianza en los momentos que no pudieran ocuparse del niño (el padre tenía una asistenta interna viviendo en la casa y la madre había alquilado un piso en el mismo edificio en el que vivían sus padres); que el menor mantenía una buena relación con sus abuelos y demás familia tanto materna como paterna.

Se constató, en definitiva, que la situación del hijo en relación con cada uno de sus padres era similar.

A mayor abundamiento, la exploración del menor reveló que era un niño muy despierto, feliz, que su educación se estaba llevando por los cauces adecuados, en la que participan ambos progenitores que, tanto uno como otro, merecían ostentar la guarda y custodia, sin encontrar razón para desequilibrar tal merecimiento.

Ninguno de los padres había solicitado la custodia compartida, al contrario, la pretendían cada uno en exclusiva con la fijación de un amplio régimen de visitas para el padre que no lo tuviera en su compañía. La Sala estimó que lo que debe prevalecer es el interés supremo del menor frente al particular e interesado de los padres y les concedió la custodia a ambos, fijando los períodos de tiempo que el menor va a permanecer con cada progenitor.

3.- PRESUPUESTOS PARA LA ADOPCIÓN DE LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA.

La decisión judicial de adoptar la medida de custodia compartida tiene una especial trascendencia a nivel personal y económico por ello, el legislador ha querido que se cumplan una serie de presupuestos con carácter previo a su acogimiento de los que, hasta ahora, no teníamos noticia cuando se trataba de la custodia otorgada, en exclusiva, a uno de los padres.

Dispone en tal sentido el art. 92 en el nº6: *“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 comparencia y la prueba practicada en ella, y la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos para determinar su idoneidad con el régimen de guarda”*.

Se impone, con carácter imperativo, al juez que *“en todo caso, antes de acordar el régimen de guarda y custodia compartida,”* es decir, tanto en el supuesto de que la medida de custodia compartida se recoja en la propuesta de convenio regulador de los efectos de la separación o divorcio o, los cónyuges hayan alcanzado el acuerdo de adoptarla a lo largo del procedimiento; como en el caso de que la solicite uno de ellos en el escrito de demanda o en el de reconvencción, el juez con carácter previo a la adopción de la misma, deberá:

a) *“recabar informe del Ministerio Fiscal”*. El Ministerio público emitirá el correspondiente informe en el que se pronunciará acerca de la conveniencia o no, de adoptar tal medida en el caso concreto que se está enjuiciando. Esto es, el informe puede ser favorable o desfavorable a la adopción de la custodia compartida, teniendo en cuenta que lo que se tutela y debe prevalecer es el interés del menor. Esto hay que ponerlo en relación con el apartado 5 del art. 777 de la LEC en la redacción dada por la Ley 15/2005 que dispone: *“Si hubiera hijos menores o incapacitados, el Tribunal recabará informe del Ministerio Fiscal sobre los términos del convenio relativos a los hijos”*.

A diferencia del supuesto a que hace referencia el nº 8 del art. 92 CC cuando, excepcionalmente, el juez acuerde la custodia compartida a instancia de tan sólo una de las partes, el informe del Ministerio Fiscal ha de ser favorable a la adopción de la medida.

b) *“Oír a los menores que tengan suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, las partes o miembros del Equipo Técnico Judicial, o del propio menor”*. En coherencia con lo dispuesto en el nº2 del art. 92 CC en el que se impone la obligación de cumplimiento inexcusable para el juez, cuando deba adoptar cualquier medida relativa a la custodia de los hijos menores, de velar por el cumplimiento de su derecho a ser oído¹⁸.

En este punto trataremos de dar respuesta, brevemente, a las siguientes cuestiones: por qué ha de oírse a los menores, qué requisitos han de concurrir en el menor, -que ha de ser oído-, cuándo y quién puede pedir la exploración del menor y cómo se va a llevar a cabo dicha explotación.

A la primera cuestión hemos de responder necesariamente, porque el menor es titular del derecho a que se lo oiga en el juicio antes de adoptar una medida que le va a afectar, a manifestar su opinión fundada y libremente concebida, conforme a lo establecido en el art. 9 nº1 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección jurídica del Menor, *“el menor tiene derecho a ser oído, tanto en el ámbito familiar, como en cualquier procedimiento administrativo o judicial en que esté directamente implicado y que conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social”*.

La audiencia del menor se encuentra en estrecha relación con el desarrollo de su personalidad (art. 10 CE), de esta forma se siente partícipe, como miembro de la familia. La posibilidad de exteriorizar su opinión en los asuntos que le afectan ha de redundar en al configuración integral de su persona¹⁹.

En cuanto a las características y requisitos que han de concurrir en el menor que va a ser explorado. La ley, suprimiendo toda referencia a la edad, (los mayores de 12 años era preceptivo escucharlos), dice que *“ha de tener suficiente juicio”*, esto es, capacidad natural de querer y entender o unas condiciones de madurez adecuadas para comprender lo que se le pregunta.

La práctica judicial demuestra que no puede sentarse una regla general en cuanto a la edad a partir de la cual deba ser oído el menor, pues ello dependerá de su madurez psicológica y desarrollo intelectual y emocional. Por esta razón, el legislador no tiene en cuenta el dato objetivo de la edad del menor que va a ser explotado y atiende a que tenga suficiente juicio, esto es, el menor ha de poseer un grado de madurez, independencia y criterio propio para formar una voluntad razonada y razonable y ser capaz de expresarla con coherencia.

Cuándo hay que oír a menor: *“cuando se estime necesario”* dispone el precepto. A juicio de los especialistas en psicología infantil, la exploración judicial de forma sistemática de los menores en un juzgado, salvo cuando sea imprescindible para formar criterio sobre la custodia o el régimen de visitas, produce unos efectos negativos en el

¹⁸ A diferencia de que hasta ahora disponía el párrafo 5 del art. 777 de la LEC relativo a la separación o divorcio solicitados de mutuo acuerdo o por uno de los cónyuges con el consentimiento del otro en el que se disponía que el juez, antes de aprobar las medidas contenidas en el convenio regulador relativas a los hijos *“los oíría a éstos, si tuvieran suficiente juicio y siempre a los mayores de doce años”*, la actual redacción se dispone que los hijos sólo se les oírán si se cumplen dos condiciones, por un lado, si tienen suficiente juicio y por otro, cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, partes o miembros del Equipo Técnico Judicial o del propio menor”.

¹⁹ FONSECA GONZÁLEZ, R., *“El deber de oír a los hijos”*. La tutela de los derechos del menor, 1º Congreso Nacional de Derecho Civil, Córdoba, marzo 1984, pág. 133 y ss.

menor, por tanto esta exploración debe reservarse para los casos en que exista una necesidad real de conocer su testimonio, por existir un acuerdo entre los padres que claramente se aprecia que puede perjudicar al menor, resulte extravagante o se disponga de información que justifique tal intervención, cuando hay un desacuerdo entre los padres sobre su cuidado o guarda. En el resto de los casos, no aporta nada a la causa y genera efectos negativos sobre el menor.

Tanto en los procedimientos matrimoniales tramitados de forma contenciosa (art. 770 regla 4ª) como los tramitados de mutuo acuerdo (art. 777 apartado 5) se dispone en la LEC que el juez oirá a los menores si tuviesen suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, partes o miembros del Equipo Técnico Judicial o del propio menor.

Así pues, la presencia del menor en el procedimiento matrimonial en que se resolverán cuestiones que le afecten, puede llevarse a cabo de oficio o a petición del Ministerio Fiscal, o incluso de los padres, de los miembros del Equipo Técnico Judicial, pudiendo también el propio menor solicitar ser oído por el Juez.

En cuanto a cómo se practicará la prueba de la exploración del menor, la Ley 15/2005 añade un nuevo párrafo al final de la regla 4ª del art. 770 LEC, con la siguiente redacción: *“En las exploraciones de menores en los procedimientos civiles se garantizará por el Juez que el menor pueda ser oído en condiciones idóneas para la salvaguarda de sus intereses, sin interferencias de otras personas, y recabando excepcionalmente el auxilio de especialistas cuando ello sea necesario”*.

La audiencia debe practicarla siempre y directamente el juzgador, solo o con la persona, a lo sumo, el Ministerio Fiscal. Al mismo tiempo podrá recabar la opinión de especialistas, entre los que se encuentran los psiquiatras, psicólogos, asistentes sociales y educadores, que como dice el precepto citado auxilian al juzgador para formar una mejor opinión al respecto.

Hay que señalar también, que en la exploración del menor se debe huir de fórmulas especialmente crueles de manipulación como por ejemplo “y tú a quien quieres más”; hay que conversar en un ambiente distendido, porque de lo que se trata es de conocer la opinión del menor sin interrogarle, descartando las preguntas directas “escoge entre vivir con papá o mamá”.

Aunque el resultado de la misma no resulte vinculante para el juzgador, en orden a la atribución de la custodia de los hijos, siempre resultará útil en cuanto puede proporcionarle una valiosa información a la hora de adoptar un régimen de custodia idóneo para ellos.

Ahora bien, no debemos perder de vista que las declaraciones del menor si bien constituyen un dato relevante para el juzgador en el momento de comprobar el grado de afectividad que les une con cada uno de sus padres, han de ser puestas en relación con su situación personal y familiar y las declaraciones de las partes prestadas en el proceso. Así por ejemplo el caso resuelto por la SAP de Barcelona de 22 julio 2004 (JUR 2004, 217508), en el que se debatía la custodia sobre un hijo adolescente de 17 años que declaraba que no deseaba vivir con su madre porque no mantenía con ella una buena relación y prefería hacerlo, de forma exclusiva, con su padre. De las declaraciones de las partes se concluyó que era la madre la que se preocupaba por la educación del hijo, la que ejercía control sobre su persona y por el contrario, el padre desconocía las actividades que realizaba el menor durante el día, sobre si estaba o no acudiendo a un centro de estudios o con qué amigos se relacionaba, con el consiguiente descontrol sobre su persona.

c) *“Valorar las alegaciones de las partes vertidas en la comparecencia”*. El Juez ha de poner especial atención a lo manifestado por las partes, pues lo alegado en rela-

ción a concretas circunstancias vividas en la familia, tiene suma importancia por lo que después se dirá en relación con la prohibición legal de acordar la medida de guarda conjunta, en los casos de violencia de género y de violencia doméstica.

d) “*Valorar la prueba practicada en la comparencia*”. El juez deberá entrar a valorar las condiciones tanto de carácter objetivo como subjetivo, que presentan ambos padres, en orden a alcanzar el convencimiento de que la medida de custodia compartida es la más idónea para el menor. De tal forma que, los padres deberán contar con una vivienda adecuada para acoger al menor, adaptada a sus necesidades y exigencias; disponer de tiempo para dedicarse al cuidado del menor, etc. También, deberán ser tenidas en cuenta circunstancias tales como por ejemplo: el padecimiento de enfermedades psíquicas por alguno de los padres. Como regla general, los tribunales tienden a no conceder la custodia al padre enfermo, si bien se viene suavizando este criterio en aquellos casos en que el progenitor enfermo se encuentre controlado por especialistas, es decir, bajo tratamiento médico y con expectativas de una favorable evolución, o compensado de su afección; la dependencia al alcohol; el consumo de drogas o sustancias estupeficientes (se valora negativamente por nuestros tribunales en orden a la atribución del derecho que tratamos, en la medida en que el comportamiento del adicto a las drogas puede ser imprevisible, pudiendo presentar episodios incluso, en ocasiones, violentos); la dedicación a la prostitución, lo que resulta objetivamente desfavorable para los menores.

e) “*La relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos para determinar su idoneidad con el régimen de guarda*”. En buena lógica, el éxito de la custodia compartida dependerá no sólo de circunstancias de tipo objetivo, como pueden ser las condiciones materiales óptimas sino también, de condiciones de tipo subjetivo, como por ejemplo que los padres mantengan una actitud positiva y un necesario grado de colaboración y de cooperación entre ellos. Han de demostrar un consenso sobre las cuestiones relativas a la educación y formación de los hijos, deben mantener una relación fluida y concorde, por lo que debe excluirse esta posibilidad de custodia compartida porque entiendo existen muchas posibilidad de que resulte inoperante en la práctica, cuando las relaciones que mantengan los padres sean tan tensas o, las que existan, sólo sean originadoras de más conflictos, o cuando se vivan, reiteradamente, situaciones de intransigencia y de enfrentamiento continuo²⁰.

Incluso debe ser excluida la medida cuando de la prueba practicada revele que no existe una buena relación entre los padres y los hijos, o simplemente, aquélla no existe, bien porque nunca ha existido o bien porque han dejado de tener contacto paterno-filial.

20 CAMPUZANO TOMÉ, H., “La custodia compartida. Doctrina jurisprudencial de las Audiencias Provinciales”, *Aranzadi Civil*, núm. 22, 2004 (BIB 2005/563) «La buena relación entre los progenitores constituye uno de los factores de mayor relevancia al momento de optar por la custodia compartida. Es por ello por lo que, en la práctica, no sería suficiente para el Juzgador el que los padres manifestaran de común acuerdo su intención de querer repartir la custodia de los hijos comunes, si observara que tal manifestación no encuentra reflejo en una actitud de cooperación real de entendimiento diario entre ellos... sin su colaboración podría derivar en fuente permanente de conflictos con repercusiones negativas para los menores que obligaría a rechazar su acogimiento». No obstante, para esta autora a pesar de que la relación entre los padres sea conflictiva no por ello debe acogerse, sistemáticamente el régimen tradicional de custodia individualizada y otorgamiento de un derecho de visitas al cónyuge no custodio porque se ha visto en la práctica que este sistema, en ocasiones, contribuye a dificultar aún más la relación entre ellos debido a la desigualdad que genera tanto en las relaciones con los hijos como en el orden económico. Es por lo que, con buen acierto, recoge la ley, la relación que los padres mantengan entre sí debe ser tomada en consideración como circunstancia a valorar al momento de decidir si la custodia va a ser ejercitada por uno de ellos o por ambos de forma compartida. Vid. LÓPEZ TENO, A., “Reformas Civiles: el matrimonio entre personas del mismo sexo. Separación y divorcio”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 655 (BIB 2005/152); SAP de las Palmas, 15 abril 2004 (JUR 2004/152448) «... como la experiencia enseña la buena relación entre los cónyuges es lo que permite la observancia del régimen entre quienes son capaces de postergar su desencuentro personal, por beneficio del hijo/a común».

Las cautelas legales en orden a la adopción de la medida de custodia compartida, se extienden hasta el punto de que, con carácter general, el nº 9 del art. 92 CC faculta al Juez para que antes de adoptar la medida de guarda y custodia compartida recabe de oficio o a instancia de parte, *“un dictamen de especialistas relativo a la idoneidad del régimen de custodia de los menores”*. Prueba pericial que correrá a cargo de los psicólogos, asistentes sociales, que si por un lado nos parece adecuada para favorecer el acierto en las decisiones de los Tribunales, por otro, resulta criticable que el legislador no hubiese dispuesto que los dictámenes fueran realizados, en exclusiva, por profesionales de la propia Administración de Justicia y esto para evitar el peregrinaje de padres e hijos por centros y gabinetes de especialistas al objeto de alcanzar una opinión pericial que les sea favorable.

4º. CAUTELAS A ADOPTAR EN RELACIÓN CON LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA.

“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”, dispone el art. 92 en el nº 5 en su último párrafo.

El legislador no ha querido imponer un modelo general de custodia compartida, sino que recoge la institución, dejando al Juzgador o los padres vía libre para repartir el tiempo de permanencia de los hijos con ambos padres, teniendo en cuenta las circunstancias que cada caso, en particular, presenta. Así, el reparto del tiempo en que van a convivir los hijos con cada uno de los padres puede hacerse semestralmente, mensualmente o semanalmente. Cabe la posibilidad también, cuando la buena relación de los padres lo permita, fijar un régimen de custodia compartida sin delimitar los periodos de convivencia con base en la libre relación de los menores con el progenitor con el que no convivan.

Considero que un período de permanencia adecuado con cada uno de los padres puede ser el de seis meses, tiempo que parece óptimo para proporcionar al sujeto de la medida estabilidad física y afectiva, fijando un régimen de visitas a favor del padre que en dicho período no lo tenga en su compañía.

Por lo que respecta al hogar familiar (el hogar conyugal desaparece al producirse la crisis matrimonial, art. 68 CC) donde se va a materializar la convivencia con cada uno de los padres, también aquí se presentan dos posibilidades: que sean los hijos los que alternen su permanencia en los hogares de ambos padres o que, sean éstos los que vayan rotando en el domicilio de los hijos sometidos a guarda según el período de tiempo que se le asigne. La posibilidad de atribuir el domicilio conyugal a los hijos y a aquel de los cónyuges que en cada período de tiempo los tenga en su compañía puede ser factible desde el punto de vista de mantener a los hijos siempre en el mismo hogar y que sean los padres los que cambien de domicilio, a los efectos de ofrecerle estabilidad material que tanto preocupa a los detractores de la custodia compartida, haciéndose cargo de los gastos derivados de la vivienda el padre custodio en cada período de tiempo que tenga atribuido.

Otra medida cautelar puede ser la necesidad de contar con autorización judicial o del otro padre para trasladar a los menores al extranjero o, para cambiar de colegio, de forma que la variación de colegio necesitará causa justificada que será examinada por la autoridad judicial, entre otras medidas a adoptar.

Otra cuestión que ha de ser tenida en cuenta en la atribución de la guarda y custodia de los hijos, dada su formulación legal expresa, es la de procurar no separar a los

hermanos, con el claro designio de no agravar más, aún, la situación afectiva y de ruptura o desintegración de los lazos familiares, que de por sí genera la separación de los padres, mediante la separación de los hijos, la cual, en principio y salvo circunstancias excepcionales que la hagan necesaria, debe ser evitada con carácter general (SAP Toledo 11 noviembre 1999 (AC 1999/ 2407).

Como es sabido, las relaciones entre los hermanos constituyen uno de los pilares básicos de la familia y del normal desarrollo de los mismos.

5º.- PROHIBICIÓN LEGAL DE ADOPTAR LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA.

El legislador ha establecido, para un caso concreto, la prohibición legal de adoptar la guarda y custodia compartida de los hijos sometidos a patria potestad, en el supuesto de que por cualquiera de los padres se haya cometido un acto de violencia doméstica o de violencia de género sobre el otro cónyuge o sobre los hijos que convivan con ambos.

Hago mención a los actos de violencia doméstica y violencia de género pues, merced a la modificación del Código Civil operada por la Ley 13/2005 de 1 de julio (BOE 2 julio 2005) admitiendo el matrimonio entre personas del mismo sexo con los mismos requisitos y efectos que el matrimonio entre heterosexuales, es legalmente posible que dos personas del mismo sexo puedan contraer matrimonio y por tanto, separarse o divorciarse y también, tener hijos. Por lo que dependiendo del sexo de los cónyuges tendremos que hablar de violencia de género (supuestos de violencia en el seno de un matrimonio contraído entre un hombre y una mujer, con o sin hijos) o de violencia doméstica, (categoría más amplia que engloba los supuestos de violencia en un matrimonio formado por dos hombres o dos mujeres, violencia de los padres sobre los menores, violencia de los menores sobre los padres y violencia entre hermanos, por lo que ahora nos interesa).

El nº 7 del art. 92 CC dispone en tal sentido: “*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 las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica”.

Como establece el primer párrafo del precepto transcrito, la custodia compartida entre los cónyuges que pretendan la separación o el divorcio, se excluye de forma imperativa, “*no procederá*” cuando cualquiera de los padres estén 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*”.

En este punto varios supuestos pueden plantearse en el práctica judicial, enumeramos a título de ejemplo algunos de ellos:

Pensemos en un matrimonio formado por una mujer y un hombre, con hijos menores. En una situación de normal convivencia familiar el esposo comete actos de violencia definidos en el art. 1.3 de la LO 1/2004 de 28 de diciembre de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, sobre la mujer o sobre la mujer y los hijos. En ambos casos se tratará de actos de violencia de género, competencia de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, según lo dispuesto en el art. 44.1 de esta Ley.

La esposa, víctima de la agresión, presenta la correspondiente denuncia ante la policía o querrela ante el Juzgado de Violencia sobre la Mujer o el Juzgado de Guardia, iniciándose las correspondientes actuaciones penales por delito o falta (el único supuesto que queda son las injurias o vejaciones de carácter leve, ya que las coacciones y amenazas leves son consideradas delitos cuando se trata de la esposa del autor del hecho o mujer que haya estado ligada a él por análoga relación de afectividad aún sin convivencia).

Incoado el correspondiente proceso penal por un acto de violencia de género, la esposa inicia también, la tramitación de un procedimiento matrimonial con la presentación de la demanda de separación o divorcio. En el seno de este procedimiento civil, se excluye por el legislador la posibilidad de adoptar la medida de custodia compartida, independientemente de los acuerdos a los que lleguen las partes litigantes, el precepto legal dispone imperativamente: “*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*”.

Por lo que fácil es atisbar que en la sentencia que ponga fin al procedimiento matrimonial la guarda y custodia de los hijos menores se le atribuirá, en exclusiva, a la esposa y esto con independencia por un lado, de la suerte que corra el procedimiento penal, pues el juez puede acordar el archivo de la causa, por estimar que el hecho no es constitutivo de infracción penal o que no aparece debidamente justificada su perpetración (arts. 637, 641 y 779 LECrim) o puede dictar auto de sobreseimiento incluso de forma provisional y por otro, de la solución a la que se llegue en el proceso penal; por ejemplo, se que dicte una sentencia absolutoria.

En el supuesto de que el procedimiento matrimonial haya seguido una tramitación más rápida, la medida de custodia compartida no pudo ser adoptada en su seno, por impedírselo la ley expresamente, por lo que, al esposo absuelto del delito o falta que le había sido imputado por la esposa, no le queda otra alternativa, si quiere obtener la custodia de los hijos, que iniciar el correspondiente procedimiento civil de modificación de medidas definitivas, de acuerdo con lo que dispone el art. 775 de la LEC.

Un segundo supuesto que nos puede plantear el mismo matrimonio antes referenciado es el siguiente: los esposos deciden disolver su matrimonio, bien de mutuo acuerdo o forma contenciosa presentado la correspondiente demanda de divorcio. Estando en curso este procedimiento civil, la esposa presenta una denuncia imputando al esposo la comisión de un acto de violencia doméstica.

El art. 92 en su número 7 indica claramente “*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*” ¿Cuándo se entiende iniciado el proceso penal? A los efectos de tenerlo en cuenta para la adopción de una medida tan importante cual es la de decidir con cuál de los padres van a vivir los hijos, a sabiendas que en este tema viven entremezcladas cuestiones no sólo afectivas sino también económicas, pues como hemos señalado, la decisión de determinar cuál de los progenitores ejercerá la custodia sobre los hijos, lleva de la mano otras medidas, sumamente importantes, como son la atribución del domicilio familiar, la pensión de alimentos, etc., hay que entender que la mera presentación de una denuncia o querrela, si no va seguida de su admisión a trámite, no supone la iniciación del proceso penal, deben de haberse incoado diligencias previas o juicio de faltas o haberse dictado auto de admisión de la querrela.

Somos conscientes del peligro que representan en este punto las denuncias falsas, interpuestas por aquéllos que quieren evitar la custodia compartida.

Pero el legislador ha querido ir más lejos, entiendo que en el loable deseo de tratar de cohesionar todos los intereses en conflicto y de acoger las posturas, diametralmente opuestas que sobre este espinoso tema existen y que en la tramitación de la ley se expusieron por las asociaciones de padres separados, asociaciones de feministas, etc., estableciendo en el segundo párrafo del nº 7 del art. 92: “*Tampoco procederá cuando el Juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica*”.

Hay que entender que cuando de los escritos de demanda o de contestación, de las manifestaciones de las partes vertidas en la comparecencia o en el acto de la vista del procedimiento, de la conducta de los cónyuges, de las manifestaciones de terceros que declaren en calidad de testigos por haber observado datos de interés para apreciar la existencia de un acto de violencia doméstica, de la prueba documental o pericial (consistente en la presentación de informes médicos o policiales que hayan sido fruto de una labor de investigación). Si la valoración conjunta de todas estas pruebas ponen de manifiesto la existencia de indicios fundados de violencia doméstica, tampoco procederá la adopción de la custodia compartida. Esto es, deben existir unos datos mínimamente sólidos que sugieran que se está en presencia de un acto de violencia doméstica, sin necesidad de que el delito o la falta se hayan probado.

Un supuesto que encaja en este precepto es el de que se haya dictado una orden de protección en el marco de la Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la *Orden de Protección de las Víctimas de Violencia Doméstica*, a raíz de los episodios violentos perpetrados por el esposo.

Como sabemos, en la orden de protección pueden adoptarse medidas de naturaleza civil, de carácter cautelar y provisional²¹, previas a la demanda iniciadora del juicio de familia, siempre que no hubieran sido previamente acordadas por un órgano del orden jurisdiccional civil y sin perjuicio de las medidas previstas en el art. 158 del CC. Estas medidas pueden consistir en la atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar a la víctima del acto de violencia doméstica, determinar el régimen de custodia, visitas, comunicación y estancia con los hijos, el régimen de prestación de alimentos, etc. (art. 544 ter. 7 último párrafo LECrim).

Cuando concurren los presupuestos que la ley señala para la adopción de la orden de protección, el juez podrá incorporar la medida de atribuirle la custodia de los hijos al progenitor sujeto pasivo de la violencia de doméstica. Presentada la correspondiente demanda que da lugar a la iniciación del procedimiento de familia, esta medida puede ser ratificada, modificada o dejada sin efecto por el juez que conozca, posteriormente del proceso civil. En la mayoría de los casos, esta medida de atribución en exclusiva de la guarda y custodia a uno de los padres, ya provisional en el seno del proceso de separación y divorcio, puede estar vigente a lo largo de toda la tramitación del procedimiento civil, hasta que sea sustituida por la correspondiente medida definitiva, recogida en la sentencia de primera instancia, sino es recurrida y si lo es, puede ser modificada o confirmada por la de alzada.

21 Vid. sobre la vigencia temporal de las medidas civiles adoptadas en la orden de protección, una vez presentada la demanda del proceso de familia, que se limita a los treinta días siguientes (art. 544 ter. 7 LECrim) y el régimen establecido en los art. 771.5 y 772 de la LEC, conforme a los cuales, una vez presentada la demanda, la matrimonial, la eficacia de las medidas previamente adoptadas permanece sin límite temporal específico, salvo lo que se pudiera resolver al admitir la demanda sobre su confirmación o modificación, TASENDE CALVO, J.J. “Aspectos civiles de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 664, 14 abril 2005.

6.- SUSPENSIÓN DE LA MEDIDA DE CUSTODIA COMPARTIDA ACORDADA EN SENTENCIA.

En el supuesto de que se haya tramitado un procedimiento matrimonial al margen de toda relación con actos de violencia de género y de violencia doméstica y en la sentencia que el puso fin se haya acordado la custodia compartida de los hijos, si en un momento determinado el marido, por ejemplo, protagoniza un acto de violencia de género sobre la todavía esposa, en el supuesto de que no hayan disuelto el vínculo matrimonial o sobre la que ha quejado de serlo, el juez puede por auto suspender para el inculpado por violencia de género el ejercicio de la guarda y custodia respecto de los menores concedida en el procedimiento civil anteriormente tramitado, de acuerdo con lo dispuesto en los arts. 61 y ss de la Ley de Medidas de Protección Integral Contra la Violencia de Género, no es necesario que el menor, respecto del que se suspenda la guarda y custodia, sea la víctima del acto de violencia de género y ello por cuanto la prohibición se acuerda respecto del inculpado por la violencia de género.

Esta medida cautelar que resulta compatible con cualesquiera de las medidas cautelares y de aseguramiento que se puedan adoptar en los procedimientos civiles y penales que se incoen (art. 158 CC) puede estar vigente, como medida de seguridad, tras la sentencia definitiva y durante su ejecución e, incluso, durante la tramitación de los eventuales recursos que correspondan, no debe contemplarse como una sanción al maltratador, sino como una medida que debe adoptarse para proteger el supremo interés del menor. Por ello, debe de ser proporcional al hecho cometido respetando los principios de contradicción, audiencia y defensa (art. 68 Ley de Medidas de Protección Integral Contra la Violencia de Género).