



TRABAJO DE FIN DE GRADO

FACULTAD DE DERECHO

LA GUARDA Y CUSTODIA DE LOS HIJOS EN LAS CRISIS MATRIMONIALES

Área: Derecho Civil

Autor: Miguel Guerrero Cobo

Curso: 4º E1-BL

Tutor: Prof. Dr. D. Alberto Serrano Molina

Madrid

Abril, 2017

ÍNDICE

Abreviaturas

1- Introducción	7
2- La guarda y custodia de los hijos	9
2.1 – Aspectos generales	9
2.1.1- La patria potestad. Concepto.	
2.1.2- Ejercicio compartido de la patria potestad. Excepciones.	
2.2 - Guarda y custodia. Aproximación al concepto y relación con la patria potestad .	16
2.3 - Evolución histórica	18
2.4 - Marco legal de la guarda y custodia	21
2.5 - Criterios legales de atribución de la guarda y custodia de los hijos	22
2.5.1- La necesidad de la orientación de las medidas en beneficio de los hijos.	
2.5.2- El acuerdo de los progenitores.	
2.5.3- El derecho del menor a ser oído.	
2.5.4 - El dictamen de especialistas.	

2.5.5- La no separación de hermanos.	
2.6 - Criterios judiciales de atribución de la guarda y custodia de los hijos	28
2.6.1- Interés superior del hijo.	
2.6.2- Predisposición de cada progenitor a facilitar o permitir la relación del hijo con el otro progenitor.	
2.6.3- Existencia de enfermedades mentales y psíquicas que impidan o dificulten el correcto ejercicio de la guarda y custodia.	
2.6.4- Drogadicción o alcoholismo de uno de los progenitores.	
2.6.5- Disponibilidad de tiempo de cada progenitor para ejercer la guarda y custodia.	
2.6.6- Pertenencia a determinados grupos ideológicos o sectas.	
2.6.7- Relación de alguno de los progenitores con terceras personas que no sean aceptadas por los hijos.	
2.7 - El informe del Ministerio Fiscal	35
2.8 - Tipos de guarda y custodia	38
2.8.1- Guarda y custodia ejercida por uno solo de los progenitores.	
2.8.1.1- Régimen de visitas del progenitor no custodio. Fundamento. Contenido. Limitación o suspensión.	
2.8.1.2- Pensión de alimentos. Problemática de los gastos extraordinarios.	
2.8.1.3- Uso y disfrute de la vivienda familiar.	

2.8.2- Guarda y custodia compartida.

2.8.3- Guarda y custodia ejercida por una tercera persona. Requisitos.

3- La guarda y custodia compartida	49
3.1 - Concepto. Origen. Fundamento	49
3.2 – Regulación	50
3.2.1- La regulación en la Ley 15/2005 de 8 de julio.	
3.2.2- Regulaciones autonómicas.	
3.3 - Principios inspiradores de la guarda y custodia compartida	54
3.4 - Tipos de guarda y custodia	56
3.4.1. Custodia compartida simultánea.	
3.4.2- Custodia compartida a tiempo parcial sin cambio de domicilio para los hijos.	
3.4.3- Custodia compartida a tiempo parcial con cambio de residencia para los hijos.	
3.4.3- Custodia compartida sin tiempo igualitario de estancia de los hijos con ambos progenitores.	
3.5 - Exclusión de la guarda y custodia compartida	59
3.6- El futuro de la guarda y custodia: Anteproyecto de Ley sobre el Ejercicio de la	

Corresponsabilidad Parental en caso de Nulidad, Separación y Divorcio	61
4- Conclusiones	62
5- Bibliografía	68

Abreviaturas

Abreviatura	Significado
CE	Constitución Española
CC	Código Civil
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial
LOPJM	Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
TS	Tribunal Supremo
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
AP	Audiencia Provincial
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
TC	Tribunal Constitucional
CCAA	Comunidad Autónoma
BOE	Boletín Oficial del Estado

“El futuro de los niños es siempre hoy. Mañana será tarde.”

Gabriela Mistral

1- Introducción

En la actualidad el número de crisis matrimoniales que acaban en divorcio, nulidad o separación, ha aumentado enormemente desde la aprobación de la Ley 15/2005, también conocida como Ley del divorcio exprés (según el Instituto Nacional de Estadística, el número de divorcios en el año 2006 fue de 126.952, lo que supuso un incremento de más de un 70% con respecto al año anterior, aumentando también el número de separaciones y disoluciones matrimoniales). Una de las decisiones más importantes y con mayor trascendencia será el cuidado de los hijos, así como la toma de decisiones, tanto cotidianas como de mayor importancia, con respecto a ellos.

En el presente trabajo de fin de grado se analiza el régimen jurídico de la guarda y custodia, así como los diferentes criterios empleados tanto por el legislador como por los tribunales para proceder a la decisión más beneficiosa para el menor.

Hasta hace pocos años, el régimen general consistía en la atribución monoparental, esto es, que sólo uno de los progenitores, estadísticamente más la madre, quedaba a cargo de la custodia del menor. Sin embargo, esta regla cambió con la entrada en vigor de la Ley 15/2005, por la que se estableció que el modelo preferente de guarda y custodia, sería el compartido, por varias razones. En primer lugar, se presupone más conveniente para el desarrollo del menor, mantener contacto por igual con ambos progenitores. Por otro lado, estos tienen un derecho-deber para con sus hijos: están obligados a cuidarles y asistirles, y

tienen el derecho a tenerlos en su compañía.

A lo largo del trabajo veremos y compararemos los distintos sistemas de guarda y custodia, analizando en profundidad el modelo actual. Pondremos especial interés en ver sus ventajas y desventajas, así como su futuro.

PALABRAS CLAVE: guarda y custodia, menor, progenitores.

1- Abstract

Nowadays, the amount of marital crisis that end up in divorce, marriage annulment or separation has increased considerably since the law 17/2005, also known as the law of express divorce, was adopted (according to the National Statistical Institute, the number of divorces in 2006 reached 126.953, 70% more than the previous year and separation and marital dissolution figures also increased). One of the most important decisions and with higher repercussions are related with the caring of the children and the decision-making processes that affect them, both in everyday and transcendental issues.

The present end-of-degree project will analyse the legal regime of the custody proceedings as well as the different criteria employed by the legislators and tribunals when deciding on the most beneficial option for the minor.

Until recently, the general regime consisted on single-parent custody which meant that only one parent, usually the mother, will become the legal guardian of the minor. Nonetheless, since the law 15/2005 took effect, shared custody was established as the preferred model for various reasons. On the one side, this model is presupposed as more convenient for the minor

as it favours an equal ongoing relationship of the child with both parents. On the other side, both have rights and duties towards their children: they are obliged to care for them and assist them and have the right of an ongoing relationship with them.

Throughout this project different custody systems will be presented and compared providing a deep understanding of the current one. Special attention will be paid to its advantages and disadvantages as well as its future perspectives.

KEY WORDS: Care and custody, minor, parents.

2- La guarda y custodia de los hijos.

2.1 – Aspectos generales.

2.1.1- La patria potestad. Concepto.

Según el diccionario de la Real Academia Española, el término “potestad” alude al poder o autoridad, socialmente reconocido, que alguien tiene sobre una persona o una cosa.

Su origen lo encontramos en el Derecho Romano. Consistía en un poder sobre los hijos y sus descendientes, ya sea por haber nacido dentro de legítima unión o por adopción plena, que era ejercido de forma exclusiva por el varón ascendiente de más edad, es decir, el paterfamilias. Diversas fuentes equiparan esta potestad a la potestad que se tenía con respecto de la mujer y los esclavos. El paterfamilias tenía la consideración de cabeza, de jefe de la familia, y en tal calidad, se consideraba el titular de dicha potestad, pudiendo incluso

rechazarla a conveniencia. Sus facultades comprendían tanto los bienes de los hijos como la propia persona, pudiendo así disponer libremente de ellos, independientemente de que dicha disposición beneficiase, o no, a los hijos. Paulatinamente, esta libertad de disposición se fue matizando y suprimiendo, no pudiendo ya el paterfamilias, durante el Imperio, decidir sobre la vida y la muerte de los hijos, o su abandono. Asimismo, en la época del emperador Justiniano (483-565) desaparece el abandono noxal, que consistía en que, a decisión del paterfamilias y para reparar una ofensa, el hijo era dejado en poder de la víctima quedando en una situación de cuasi esclavitud.¹

Hoy en día la institución de la patria potestad solamente comparte el nombre con la institución romana anteriormente mencionada.

En el plano internacional, la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, aprobada por las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, y ratificada por España el 30 de noviembre de 1990 establece en su preámbulo que *"el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento"*. De enorme interés resultan los artículos 18 y 27 del mismo texto. El primero afirma que *"Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño"*, estableciendo en su apartado segundo que los Estados habrán de asistir a los padres y/o representantes legales *"para el desempeño de sus funciones en lo que respecta a la crianza del niño y velarán por la creación de instituciones, instalaciones y servicios para el cuidado de los niños"*. El artículo 27 por su parte establece que *"A los padres u otras personas encargadas del niño les incumbe la responsabilidad primordial de proporcionar, dentro de sus posibilidades y medios económicos, las condiciones de vida que sean necesarias para el desarrollo del niño"*.

¹ Suárez Blázquez, G., "La patria potestad en el derecho romano y en el derecho altomedieval visigodo", *Revista de estudios histórico-jurídicos*, n. 36, Valparaíso, 2014.

En nuestro ordenamiento jurídico, encontramos diversas interpretaciones sobre el significado de patria potestad.

La patria potestad viene recogida en la Constitución Española, que en su artículo 39 establece que los padres habrán de prestar asistencia a los hijos, tanto matrimoniales como extramatrimoniales, hasta la mayoría de edad y en los demás casos marcados por la ley. Asimismo se indica que los poderes públicos tienen que asegurar la protección integral de los hijos.²

Precisamente, y dado que los diferentes poderes públicos habrán de intervenir para asistir a los padres, queda claro que la figura de la patria potestad como institución esencial del orden social-familiar, es de orden público.³

Lo que llama la atención del presente artículo es su localización en el Capítulo III del Título I, siendo por tanto objeto de debate si debería, por su capital importancia, haberse incluido dentro del Capítulo II del Título I, otorgándole así rango de derecho fundamental.

Ahora bien, los padres son los encargados de asistir a los hijos, siendo estos auxiliados por los poderes públicos. No obstante, ¿esta doble protección es complementaria o

² Artículo 39 CE:

“1 - Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia.

2 - Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad.

3 - Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en los que legalmente proceda.

4 - Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos”

³ Díez-Picazo L., y Gullón Ballesteros A., *Sistema de Derecho Civil, vol. IV, Derecho de Familia. Derecho de Sucesiones*, 10ª ed., Tecnos, Madrid, 2006, p. 256.

subsidiaria? A priori, y aunque nuestra norma suprema no indique nada, se sobreentiende complementaria y compatible; sin embargo, hay autores que defienden la necesidad de establecer una acción subsidiaria de los poderes públicos con respecto a la que le corresponde a los padres ⁴

A nivel jurisprudencial, una aproximación la encontramos en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 27 de julio de 2005, que define a la patria potestad como *“una función en la que se integran un conjunto de derechos que la ley concede a los padres sobre las personas y bienes de los descendientes, con el fin de asegurar el cumplimiento de los deberes que a los primeros incumbe respecto al sostenimiento, educación, formación y desarrollo, en todos los órdenes, de los segundos, ya se trate de menores de edad, ya de mayores incapacitados; en definitiva, lo que prima en tal institución es la idea del beneficio o interés de los hijos, conforme subyacen en el artículo 154 del Código Civil”* ⁵

En la doctrina también encontramos numerosas definiciones. MORÁN ⁶ afirma que es *“el conjunto de derecho y deberes que los padres tienen sobre los hijos, con el fin de procurarles las atenciones necesarias en orden a su asistencia y formación”*. ZARRALUQUI ⁷ la define como *“la función que tienen los dos progenitores, a quienes no se les haya suspendido, de determinar libremente cuanto afecta a la vida y los bienes de los menores”*

2.1.2- Ejercicio compartido de la patria potestad. Excepciones.

⁴ Gálvez Montes, F. J., *Comentario al artículo 39 de la Constitución Española*, en *Comentarios a la Constitución Española*, coordinador: Fernando Garrido Falla, 2.ª ed., Civitas, Madrid, 1985, pp. 760-761.

⁵ Sentencia de la Audiencia Provincial núm. 185/2005, de 27 de julio de 2005 (Ponente: Chamorro Valdés, José Ángel). Fecha de la última consulta: 10 de abril de 2017.

⁶ Morán González M^a I., "El Ministerio Fiscal y los Sistemas de Guarda y Custodia"; *cuadernos de Derecho Judicial II-2009*, Consejo General el Poder Judicial, Madrid, 2010, p. 77.

⁷ Zarraluqui Sánchez-Eznarriaga, L., *Temas de Actualidad en Derecho de Familia*, Dykinson, Madrid, 2006, p. 37.

El artículo 156 CC establece que, por regla general, la patria potestad se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores o por uno solo con el consentimiento expreso o tácito del otro. Serán válidos los actos que realice uno de ellos conforme al uso social y a las circunstancias o en situaciones de urgente necesidad. Ahora bien, prosigue diciendo que, en caso de desacuerdo, cualquiera de los dos podrá acudir al Juez, quien, después de oír a ambos y al hijo si tuviera suficiente madurez y, en todo caso, si fuera mayor de doce años, atribuirá la facultad de decidir al padre o a la madre. Y si dichos desacuerdos fuesen reiterados, el juez podrá establecer que la patria potestad sea ejercida en exclusivo por uno de los progenitores o distribuir las funciones entre ellos, con el límite de dos años máximo.⁸

Por desgracia, habrá casos en la que los padres no puedan ejercer la patria potestad, o que, aun ejerciéndola, no lo hagan de la manera más beneficiosa para los hijos. Para estos casos hay varios mecanismos entre los cuales destacamos los siguientes: la privación, la extinción y la suspensión judicial de la patria potestad.

El artículo 169 CC establece que la patria potestad se extingue en diversos supuestos: Por la muerte o la declaración de fallecimiento de los padres o del hijo; por la emancipación y por la adopción del hijo.

⁸ Artículo 156 CC:

"La patria potestad se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores o por uno solo con el consentimiento expreso o tácito del otro. Serán válidos los actos que realice uno de ellos conforme al uso social y a las circunstancias o en situaciones de urgente necesidad.

En caso de desacuerdo, cualquiera de los dos podrá acudir al Juez, quien, después de oír a ambos y al hijo si tuviera suficiente madurez y, en todo caso, si fuera mayor de doce años, atribuirá la facultad de decidir al padre o a la madre. Si los desacuerdos fueran reiterados o concurriera cualquier otra causa que entorpezca gravemente el ejercicio de la patria potestad, podrá atribuirle total o parcialmente a uno de los padres o distribuir entre ellos sus funciones. Esta medida tendrá vigencia durante el plazo que se fije, que no podrá nunca exceder de dos años"

El artículo 170 CC establece que los progenitores podrán ser privados total o parcialmente de su potestad por sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma o dictada en causa criminal o matrimonial. Estos deberes, recogidos en el artículo 154 CC, son: 1.º Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral y 2.º Representarlos y administrar sus bienes.

En cuanto a la suspensión judicial de la patria potestad, la encontramos en el artículo 170 CC, que dice así:

"El padre o la madre podrán ser privados total o parcialmente de su potestad por sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma o dictada en causa criminal o matrimonial.

Los Tribunales podrán, en beneficio e interés del hijo, acordar la recuperación de la patria potestad cuando hubiere cesado la causa que motivó la privación"

Asimismo, existen ciertas circunstancias, recogidas en el artículo 111 CC que determinan la exclusión, de forma directa, de la patria potestad. La primera es cuando el progenitor haya sido condenado por sentencia firme por un delito de violación o cualquier tipo de agresión sexual que tuviese como resultado la concepción del hijo sobre el que se ejerce dicha patria potestad. La segunda circunstancia es cuando la filiación se determina judicialmente con oposición de alguno de los progenitores.⁹

⁹ Artículo 111 CC:

"Quedará excluido de la patria potestad y demás funciones tuitivas y no ostentará derechos por ministerio de la Ley respecto del hijo o de sus descendientes, o en sus herencias, el progenitor:

1.º Cuando haya sido condenado a causa de las relaciones a que obedezca la generación, según sentencia penal firme.

Conviene recordar en este punto que la privación de la patria potestad no exime de la obligación del progenitor o progenitores de prestar alimentos ¹⁰. Precisamente, la Sala de lo Civil del TS en su reciente Sentencia, de fecha 9 de noviembre de 2015 ¹¹, establece que el grave y reiterado incumplimiento del deber de satisfacer la pensión de alimentos y del régimen de visitas, de un progenitor, justifica que proceda, en beneficio del menor, la pérdida de la patria potestad de dicho progenitor.

Si sólo uno de los progenitores resulta privado de la titularidad de la patria potestad los derechos y obligaciones inherentes a la misma, tanto en la esfera personal como en patrimonial del hijo, es decir persona y bienes, serán ejercidos por el otro progenitor, que podrá adoptar todas las decisiones que considere oportunas en interés del menor sin comunicárselo al progenitor que ha sido privado, y sin su consentimiento

Mención especial merece el artículo 92.3 CC, que establece la privación de la patria potestad cuando sea necesario en procesos de divorcio, nulidad o separación. En el mismo sentido se pronuncia el artículo 94 CC, que regula el derecho de visitas respecto del progenitor no custodio, estableciendo la posibilidad de limitar o suspenderse, temporal o permanentemente este derecho, subordinándose al interés y beneficio del menor, que ha de prevalecer sobre cualquier otro que pudiese concurrir. No obstante, se debe reservar la suspensión permanente para casos de extrema gravedad debido a las enormes repercusiones que puede tener para el menor verse privado de un progenitor. ¹²

2.º *Cuando la filiación haya sido judicialmente determinada contra su oposición*"

¹⁰ Artículo 110 CC: *"El padre y la madre, aunque no ostenten la patria potestad, están obligados a velar por los hijos menores y a prestarles alimentos"*

¹¹ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 621/2005, de 9 de noviembre de 2015 (Ponente: Baena Ruíz, Eduardo). Fecha de la última consulta: 10 de abril de 2017.

¹² A modo de ejemplo, la STS 7037/2005, de 21 noviembre, trataba de un supuesto en que se había condenado al padre por maltrato al propio hijo, privándole de la patria potestad, argumentando la sentencia citada que *"El derecho de visitas ha de ceder ante los supuestos de presentarse peligro concreto y real para la salud física,*

Con todo, existe la posibilidad de rehabilitar la patria potestad, en virtud del párrafo segundo del artículo 170 CC, si se demuestra el cese la causa que motivó la privación¹³. De hecho, esta posibilidad de restitución es lo que marca la diferencia entre la privación y la extinción¹⁴.

Ahora bien, el hecho de privar de la patria potestad a un progenitor ¿Implica directamente que se suspenda la relación del hijo con dicho progenitor? La cuestión es controvertida. La sentencia de la AP de La Coruña, sección 3, del 11 de febrero de 2015, establecía que un padre que había estado interno en diversos centros de desintoxicación, tenía derecho a mantener relación con su hija, considerando que eso era lo más beneficioso para el menor. Por ello se establecieron visitas progresivas en un Punto de Encuentro, que según los informes de expertos, podrían ser ampliadas hasta, finalmente, llegar a un sistema de relación normalizado.¹⁵

2.2 - Guarda y custodia. Aproximación al concepto y relación con la patria potestad.

Según el Diccionario de la Real Academia Española, "*guarda*" significa, en su

psíquica o moral del menor (Sentencias de 30-4-1991, 19-10-1992, 22-5 y 21-7-1993) y en este sentido se ha pronunciado el Parlamento Europeo el 17 de noviembre de 1992, aunque con referencia a los divorcios de parejas europeas que no tuviesen la misma nacionalidad, para establecer que el derecho de visitas ha de suspenderse cuando se pone con elevada probabilidad directa y seriamente en peligro la salud del hijo en todas sus dimensiones y lo mismo si existe una resolución incompatible ya ejecutable al respecto". Sentencia del Tribunal Supremo núm. 903/2005, de 21 de noviembre de 2005 (Ponente: Villagómez Rodil, Alfonso). Fecha de la última consulta: 10 de abril de 2017.

¹³ Artículo 170 CC: "*Los Tribunales podrán, en beneficio e interés del hijo, acordar la recuperación de la patria potestad cuando hubiere cesado la causa que motivó la privación*"

¹⁴ Ver artículo 236.7 del Código Civil Catalán (Publicado en DOGC núm. 5686 de 05 de Agosto de 2010 y BOE núm. 203 de 21 de Agosto de 2010), y artículo 77.2 de la Ley 13/2006, de Derecho de la persona de Aragón (Publicado en BOA núm. 149 de 30 de diciembre de 2006 y BOE núm. 23 de 26 de enero de 2007).

¹⁵ Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña núm. 50/2015, de 11 de febrero de 2015 (Ponente: Ruíz Tovar, María). Fecha de la última consulta: 10 de abril de 2017.

primera acepción "*Persona que tiene a su cargo la conservación de algo*". Por su parte, "*custodiar*" significa "*Guardar algo con cuidado y vigilancia*".

Si bien es cierto que en nuestro ordenamiento no hay una definición concreta de la figura de la guarda y custodia, encontramos abundantes tanto en la doctrina como en la jurisprudencia.¹⁶

Así, CAMPO IZQUIERDO, determina que es aquel "*Derecho-deber integrante de la patria potestad, que implica que un progenitor tenga en su compañía al hijo, lo cuide y tome las decisiones del día*"¹⁷; por su parte, RAGEL SÁNCHEZ, "*Situación de convivencia que tiene por objeto el cuidado, educación y formación integral del menor o incapacitado*"¹⁸. Asimismo, GARCÍA PASTOR, la define como el "*conjunto de funciones parentales que requiere el contacto constante entre el adulto y el niño*".¹⁹

Autores, como RAGEL SÁNCHEZ, que consideran que la expresión "guarda y custodia" se aplica únicamente cuando esta es ejercida por uno de los progenitores o por ambos, utilizando sólo "guarda" al referirse al cuidado por terceras personas.²⁰

También mencionar que diversos autores opinan que esta figura existe únicamente en supuestos en los que no existe convivencia entre los padres²¹; sin embargo, también se da en

¹⁶ PINTO ANDRADE (Pinto Andrade, C., *La custodia compartida*, 1ª ed., Editorial Bosch, Barcelona, 2009, p. 38) afirma que lo más indicado hubiese sido que el legislador aprovechara la ley 15/2005 para introducir un concepto y uniformar la utilización de la institución de la guarda y custodia.

¹⁷ Campo Izquierdo, A. L., "Guarda y Custodia Compartida", *Diario La Ley*, junio de 2009, nº 7206.

¹⁸ Ragel Sánchez, L. F., "La Guarda y Custodia de los hijos", *Revista de Derecho Privado y Constitución*, 2001, p. 289.

¹⁹ García Pastor, M., *La situación jurídica de los hijos cuyos padres no conviven: aspectos personales*; Editorial McGraw-Hill, Madrid, 1997, p. 74.

²⁰ Ragel Sánchez, L.F., "La Guarda y Custodia de los Hijos", *Revista de Derecho Privado y Constitución*, n. 15, enero 2001, pp. 280 y siguientes.

²¹ GARCIA PASTOR (García Pastor, M., *La situación jurídica de los hijos cuyos padres no conviven: aspectos*

casos de normal convivencia de los padres, si bien queda absorbida por la figura de la patria potestad, que entre sus funciones -recogidas en el artículo 154 CC como mencionamos anteriormente- exige tenerlos en su compañía, siendo este el contenido esencial de la guarda y custodia.²²

La principal diferencia entre ambas figuras radica en que la patria potestad se regula, con sustantividad propia, en el apartado "*De las relaciones paterno-filiales*" en el Título VII, mientras que los diversos modelos de custodia aparecen regulados en los artículos 90 y siguientes, como uno de los efectos directos de la nulidad, separación o divorcio. A efectos prácticos, se diferencia en que en estos casos ambos progenitores suelen mantener la patria potestad, no siendo así con la guarda y custodia, que estará a cargo de uno de los progenitores, salvo en la modalidad compartida, que posteriormente detallaremos en profundidad.

2.3 - Evolución histórica.

El Código Civil de 1889 establece, en el artículo 70, para los casos de nulidad matrimonial, que los hijos mayores de tres años quedarían a cargo del padre y las hijas de la madre, salvo que la culpabilidad fuese de una parte, quedando la otra a cargo de los hijos de ambos sexos²³. Si ambos fuesen hallados culpables, se atendería al párrafo segundo del

personales, Madrid, 1997, p. 74) afirma, de forma rotunda, que "*la causa del nacimiento de la institución de la guarda es la ausencia de convivencia entre los padres*".

²² En este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de abril de 1984, que afirma que la guarda y custodia es parte integrante de la patria potestad. Sentencia del Tribunal Supremo núm. 73/1984, de 16 de abril de 1984 (Ponente: De la Vega Benayas, Carlos). Fecha de la última consulta: 10 de abril de 2017.

²³ Véase artículo 70 del Código Civil de 1889: "*Ejecutoriada la nulidad del matrimonio, quedarán los hijos varones mayores de tres años al cuidado del padre, y las hijas al cuidado de la madre, si de parte de ambos cónyuges hubiese habido buena fe. Si la buena fe hubiese estado de parte de uno solo de los cónyuges, quedarán bajo su poder y cuidado los hijos de ambos sexos. Si la mala fe fuere de ambos, el Tribunal resolverá sobre la suerte de los hijos en la forma que dispone el párrafo segundo del número 2 del artículo 73. Los hijos e hijas menores de tres años estarán en todo caso, hasta que cumplan esta edad, al cuidado de la madre, a no ser que, por motivos especiales, dispusiere otra cosa la sentencia*"

artículo 73, que para los efectos disponía que:

“Si ambos fueren culpables, se proveerá de tutor a los hijos, conforme a las disposiciones de este Código. Esto no obstante, si la sentencia no hubiera dispuesto otra cosa, la madre tendrá a su cuidado en todo caso a los hijos menores de tres años.

A la muerte del cónyuge inocente volverá el culpable a recobrar la patria potestad y sus derechos, si la causa que dio origen al divorcio hubiese sido el adulterio, los malos tratamientos de obra o las injurias graves. Si fue distinta se nombrará tutor a los hijos. La privación de la patria potestad y de sus derechos no exime al cónyuge culpable del cumplimiento de las obligaciones que este Código le impone respecto de sus hijos”.

Posteriormente, la Ley de divorcio de 2 de marzo de 1932, durante la Segunda República, establecía en su artículo 17 que *“A falta de acuerdo, quedarán los hijos en poder del cónyuge inocente. Si ambos fueren culpables o no lo fuese ninguno, la sentencia, teniendo en cuenta la naturaleza de las causas del divorcio y la conveniencia de los hijos, decidirá en poder de cuál de ellos han de quedar o los mandará proveer de tutor, conforme a las disposiciones del Código civil. Si la sentencia no hubiere dispuesto otra cosa, la madre tendrá a su cuidado, en todo caso, los hijos menores de cinco años”.* Como vemos, mantiene el mismo criterio, pero estableciendo que la madre cuidaría a los hijos menores de cinco años (anteriormente 3 años)

Con la llegada del régimen franquista, esta ley fue inmediatamente derogada, suprimiéndose asimismo la figura del divorcio. En su lugar se redactó la Ley de 24 de abril de 1958, sobre de nulidad y separación matrimonial. Para el primer supuesto, el artículo 70 establecía que *“Los hijos mayores de 7 años quedará al cuidado del padre, y las hijas al cuidado de la madre, si de parte de ambos cónyuges hubiese habido buena fe. Si la buena fe*

hubiese estado de parte de uno solo de los cónyuges quedarán bajo su poder y cuidado los hijos de ambos sexos. Si la mala fe fuere de ambos, el Tribunal resolverá sobre la suerte de los hijos en la forma que dispone el párrafo segundo del número segundo del artículo setenta y tres. Los hijos e hijas menores de 7 años estarán, hasta que cumplan esta edad, al cuidado de la madre". Por su parte, en las situaciones de separación matrimonial, el artículo 73 recogía los efectos de la ejecución de la separación, estableciendo que los hijos quedaban bajo la potestad y protección del cónyuge inocente. Para el caso de que ambos fuesen hallados culpables, se otorgaba al Juez el poder discrecional de proveer de tutor a los hijos conforme a las disposiciones del Código. Asimismo se establecía que la madre tendrá a su cuidado, en todo caso a los niños menores de 7 años. Como se ve, esto dejaba al padre en una clara situación de desventaja.

Posteriormente, el 7 de julio de 1981 se aprueba la Ley 30/1981 por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en los casos de nulidad, separación y divorcio. Para acceder al divorcio era necesario cumplir ciertos requisitos, recogidos en el artículo 86 CC: *"El cese efectivo de la convivencia durante dos años ininterrumpidos o el cese efectivo de la convivencia conyugal durante al menos un año ininterrumpido desde la interposición de la demanda de separación formulada por ambos cónyuges o por uno de ellos con el consentimiento del otro, cuando aquélla se hubiera interpuesto una vez transcurrido un año desde la celebración del matrimonio"*

Esta misma ley establecía que en el convenio regulador se habría de designar a *"la persona a cuyo cuidado hayan de quedar los hijos sujetos a la patria potestad de ambos, el ejercicio de ésta y el régimen de visitas, comunicación y estancia de los hijos con el progenitor que no viva con ellos"*.

Más adelante, y debido en gran parte a la incorporación de la mujer al mundo laboral, que hacía impracticable una dedicación exclusiva a los hijos por su parte, propició la

necesidad de implicación del padre en el cuidado de los hijos, que hasta entonces había correspondido, por razones culturales y sociológicas, a la madre.

Por ello, el 8 de julio de 2005 se aprueba la Ley 15/2005 por la que se modifican el Código Civil y la ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio. Esta ley fue conocida popularmente como la ley del "divorcio exprés", que en su preámbulo indica que *"En el antiguo modelo de la separación-sanción, la culpabilidad del cónyuge justificaba que éste quedase alejado de la prole. Al amparo de la Ley 30/1981, de 7 de julio, de modo objetivamente incomprensible, se ha desarrollado una práctica coherente con el modelo pretérito, que materialmente ha impedido en muchos casos que, tras la separación o el divorcio, los hijos continúen teniendo una relación fluida con ambos progenitores. La consecuencia de esta práctica ha sido que los hijos sufran innecesariamente un perjuicio que puede evitarse"*

En esta ley, se da una nueva redacción al artículo 92 CC, que en su apartado primero establece que *"La separación, la nulidad y el divorcio no eximen a los padres de sus obligaciones para con los hijos"* y en el quinto *"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"*

2.4 - Marco legal de la guarda y custodia

El punto de partida es, nuevamente, la Constitución que, como ya mencionamos anteriormente al tratar la patria potestad, establece en su artículo 39 el deber de los padres de asistir a los hijos.

Nuestro Código Civil trata el tema en diversos sitios, (En el Título IV “Del Matrimonio”, Capítulo IX “*De los efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio*”, en el Título VII “*De las relaciones paterno-filiales*”, Capítulo I etc.) Especial mención merecen los artículos 92, 110, 154, 156 y 170. Asimismo, estas normas han de ser interpretadas conjuntamente con las disposiciones procesales establecidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil, artículos 770 y siguientes.

Quedan regidas por los preceptos contenidos en el Código Civil Común, aquellas Comunidades Autónomas que carecen de derecho civil propio (únicamente han legislado, en materia de guarda y custodia, Aragón, Navarra, Cataluña y País Vasco).

Al principio, como hemos visto anteriormente, la única forma existente de guarda y custodia, era la otorgada a un único progenitor, estableciendo la obligatoriedad de que los menores de 7 años estuviesen bajo el cuidado de la madre; situación que se prolongó hasta la entrada en vigor de la Ley 11/1990, de 15 de octubre, de reforma del Código Civil, que acabó con esta desigualdad, en aplicación del principio constitucional de no discriminación por razón de sexo. Hoy en día se presume que ambos padres están, o debieran estar, capacitados de igual forma para ejercer la guarda y custodia de sus hijos menores, quedando por tanto como único criterio el interés superior del menor. Este interés del menor estaría por encima de cualquier otro, incluido el interés de los progenitores.²⁴

2.5 - Criterios legales de atribución de la guarda y custodia de los hijos.

2.5.1- La necesidad de la orientación de las medidas en beneficio de los hijos.

²⁴ Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza núm. 86/1998, de 9 de febrero de 1998. Fecha de la última consulta: 10 de abril de 2017.

Este criterio viene recogido en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989 y en el artículo 39 de la Constitución Española, que en su apartado 4º establece que *“Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos”*. Asimismo también se fundamenta en la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor de 1996²⁵, que en su artículo 2.1 establece que *“Todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado. En la aplicación de la presente ley y demás normas que le afecten, así como en las medidas concernientes a los menores que adopten las instituciones, públicas o privadas, los Tribunales, o los órganos legislativos primará el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir. Las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva y, en todo caso, siempre en el interés superior del menor.”*. Por su parte, el apartado segundo del artículo 11, establece que el interés superior del menor será principio rector de la actuación de los poderes públicos.²⁶

JOYAL lo define como la unión entre sus necesidades y sus derechos, por lo que esta noción debe apreciarse, en cuanto a los derechos del niño, como principio de interpretación de la ley.²⁷

²⁵ Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, BOE núm. 15, de 17/01/1996; modificada por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, BOE núm. 175 de 23 de Julio de 2015.

²⁶ Artículo 11.2 LOPJM:

“Serán principios rectores de la actuación de los poderes públicos en relación con los menores:

a) La supremacía de su interés superior”

²⁷ Joyal, R., "La notion d'intérêt supérieur de l'enfant, sa place dans la Convention des Nations Unies sur les Droits de l'Enfant". *Revue Internationale de Droit Penal*, nº. 3-4, 1991.

Este interés supremo del menor, o *favor filii*, constituye un concepto jurídico indeterminado²⁸ o abstracto, que supone un principio general por el cual cualquier medida, presente o futura, ha de tomarse concibiendo al menor como persona, como sujeto de derecho, y no meramente como objeto del mismo. Sujeto de derecho que tiene capacidad jurídica, aunque no tenga, o no plenamente desarrollada, la capacidad de obrar.

2.5.2- El acuerdo de los progenitores.

Lo realmente deseable es que, tras la ruptura matrimonial, ambos progenitores, de común acuerdo, establezcan un sistema que beneficie al menor, independientemente de los propios deseos de los padres. ¿Por qué se prefiere esto? Por varias razones; la primera porque, presumiblemente, nadie conoce mejor a su hijo que sus propios padres. La segunda, porque al final, los que van a tener que cumplir el régimen van a ser los progenitores, por lo que resulta conveniente que sean estos los que fijen como establecer dicho régimen, para poder asegurar y facilitar el cumplimiento del mismo.

2.5.3- El derecho del menor a ser oído.

Este criterio se recoge esencialmente en el artículo 92, apartados 2 y 6; y artículo 159 del Código Civil y en los artículos 770.4 y 777.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. También, a nivel internacional, se recoge este derecho en la Convención sobre los Derechos del Niño, artículo 12.

²⁸ Seijas, J. A., *Las consecuencias de la separación y el divorcio: el interés del menor. Alimentos. Guarda y custodia. Régimen de visitas. Aspectos internacionales. La vía convencional como medio de solución de conflictos. Especial referencia a los Convenios de La Haya, Luxemburgo y Bruselas*, Actualidad Civil, nº 29, Julio 1997.

También destacar que el artículo 9 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor establece que el menor tiene derecho a ser oído, además de en el ámbito familiar, en cualquier procedimiento administrativo o judicial; siendo estas comparecencias adecuadas a su situación y desarrollo evolutivo.

Este derecho surge de la consideración del menor como sujeto activo de derechos, especialmente aquellos que afecten a esferas esenciales de su propia vida, pareciendo por tanto justo que este se pronuncie. En palabras de la Audiencia Provincial de Toledo, este derecho *“permite considerar la voluntad manifestada de los hijos como un criterio legal relevante de acomodación de tales medidas al principio general destinado a favorecer el interés preponderante de los niños”*.²⁹

Este derecho ha de ser respetado salvo renuncia expresa del menor, o si las circunstancias y madurez del menor lo aconsejan motivadamente. Asimismo, el artículo 159 CC, establece que *“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 oirá, antes de tomar esta medida, a los hijos que tuvieran suficiente juicio y, en todo caso, a los que fueran mayores de doce años”*. También cabe la posibilidad de que, aun teniendo el menor la madurez necesaria, se aprecien otras circunstancias que desaconsejen esta medida, como situaciones de salud, estrés o seguridad del menor.³⁰

Ahora bien, el oír al menor no significa necesariamente que la resolución judicial se base en su opinión, sino que esta constituirá un elemento más a valorar por el juez. En este sentido encontramos la Sentencia de la AP de Barcelona de 4 de marzo de 2000, que afirma que *“la resolución judicial no ha de basarse necesariamente en los deseos de los hijos,*

²⁹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo núm. 266/1998, de 17 de septiembre de 1998. Fecha de la última consulta: 16 de abril de 2017.

³⁰ Rabadán Sánchez-Lafuente, F., *Ejercicio de la Patria Potestad cuando los padres no conviven*, Editorial Aranzadi, 1ª ed., Navarra, 2011, p. 78.

*máxime cuando por ser de corta edad, no aporta fundamentos razonables acerca de sus inclinaciones, ni sobre la convivencia o utilidad de estar con un progenitor o con el otro”.*³¹

2.5.4- El dictamen de especialistas.

El artículo 92 CC, en su último apartado, establece que *“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 especialistas debidamente cualificados, relativo a la idoneidad del modo de ejercicio de la patria potestad y del régimen de custodia de los menores”*

La función de dichos dictámenes es la de suplir la ausencia de conocimientos específicos del Juez. Para ello, el Juez se ve auxiliado por especialistas debidamente cualificados, que elaborarán un informe relativo a la idoneidad del régimen de custodia de los menores y, en ocasiones, sobre el modo de ejercicio de la patria potestad.

Sin embargo, debemos detenernos en la redacción del artículo, que establece que el Juez *“podrá”*. A tenor de la literalidad del artículo, el Juez, ya sea de oficio o a instancia de parte, no se ve obligado a recabar dichos informes, siendo esto, en mi opinión, cuestionable ya que un Juez, por regla general, carece (o no está obligado a tener) conocimientos específicos en cuanto a psicología, por lo que quizá sería acertado establecer la obligatoriedad de recabar dichos informes. En el mismo sentido apunta NIETO MORALES, que afirma que *“incluso sería conveniente que el juzgador estuviera obligado por el dictamen al menos si existieran dos dictámenes de especialistas en la misma dirección...ya que para valorar correctamente el grado de responsabilidad, madurez y predisposición real de los*

³¹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona núm. 839/1999, de 4 de marzo de 2000. Fecha de la última consulta: 10 de abril de 2017.

*progenitores se necesitan conocimientos que salen del ámbito del jurista”.*³²

2.5.5- La no separación de hermanos.

Al final del artículo 92 CC, se establece que el juez adoptará las medidas necesarias para asegurar el régimen establecido, procurando no separar a los hermanos

Este criterio me parece esencial, y así ha sido entendido por la mayoría de los autores. Imaginemos que un menor tiene que sufrir la separación, divorcio o nulidad de sus padres. Si su mundo ya se ve altamente trastocado, añadámosle que además sea ve obligado a separarse de sus hermanos, si los tuviere.

En este sentido se pronunció el STSJ de Navarra, en su discutida resolución 42/2003, cuando determinó que el interés de los menores era el que establecía si se separaba o no a los hermanos, careciendo de cualquier tipo de validez la costumbre gitana de atribuir los varones al padre y las niñas a la madre.³³

No obstante, el Tribunal Supremo, en la STS, Sala de lo Civil del 25 de Septiembre del 2015, afirma que este criterio de no separación de hermanos no es de derecho absoluto. En el mismo sentido encontramos la Sentencia del juzgado de Primera Instancia de Madrid de 6 de octubre de 2016³⁴ que estableció que la guarda y custodia de la hija común se atribuía a la madre y la del hijo menor sería compartida por los dos padres en semanas alternas, de

³² Nieto Morales, C., *Las crisis en las familias, infancia y juventud en el siglo XXI*, Editorial Dykinson, 2015, p. 51.

³³ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra núm. 42/2003, de 30 de septiembre de 2003, (Ponente: Álvarez Caperochipi, José). Fecha de la última consulta: 10 de abril de 2017.

³⁴ Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Madrid núm. 313/2016, de 6 de octubre de 2016 (Ponente: Sánchez Alonso, Emilia). Fecha de la última consulta: 10 de abril de 2017.

lunes a lunes a la salida del colegio, siempre y cuando *"que el padre acredite disponer de una vivienda para poder ejercerla, toda vez que el uso de la vivienda familiar se le ha atribuido inicialmente a la madre"*

La sentencia fundamenta su decisión basándose en que *"Estamos en presencia de un padre que tiene un vínculo muy positivo con los hijos y que goza, al igual que la madre, de la aptitud necesaria para su cuidado. Los motivos alegados por la madre en cuanto a que ha sido ella la que principalmente ha cuidado de sus hijos no puede constituir un obstáculo insalvable que anule los beneficios de la custodia compartida"*

Asimismo, la SAP de Barcelona, en su resolución 526/2004, estableció que, a pesar de que la regla general es de no separación de hermanos, en el caso que trataba no era siquiera recomendable, ya que, mientras entre el hijo menor y la madre no existía ningún tipo de problema de convivencia, sí se presentaban enormes problemas en la relación entre el hijo mayor y su madre; problemas que no se apreciaban entre este hijo mayor y el padre. Por tanto se determinó que el hijo menor quedara en compañía de la madre, para no ser influenciado negativamente por su hermano mayor y el padre de ambos, con el consecuente riesgo de que el menor acabe con una predisposición contraria hacia la madre.³⁵

2.6 - Criterios judiciales de atribución de la guarda y custodia de los hijos.

2.6.1 - Interés superior del hijo.

Este punto ya ha sido desarrollado anteriormente, sin embargo reitero en él dada su

³⁵ Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona núm. 526/2004, de 9 de septiembre de 2004 (Ponente: Valdivieso Polaino, José). Fecha de la última consulta: 10 de abril de 2017.

extrema importancia, y porque actúa como eje vertebrador del resto de criterios.

2.6.2 - Predisposición de cada progenitor a facilitar o permitir la relación del hijo con el otro progenitor.

En un proceso de crisis matrimonial que conlleve el cese de la normal convivencia de los progenitores, el hijo, inevitablemente, va a tener que sufrir las consecuencias producidas por dicha ruptura. No obstante, resulta conveniente que el hijo, siempre que las circunstancias lo permitan y aconsejen, continúe relacionándose con ambos progenitores, dada la importancia del papel de ambos en su crecimiento y formación integral. Sin embargo, desgraciadamente, cada vez se encuentran más casos de progenitores que tratan de impedir que el menor tenga contacto con el otro progenitor, o lo predisponen negativamente contra él.

En este sentido encontramos la resolución nº 127/2007 de la AP de Barcelona, que denegó la custodia compartida al padre, ya que este ejercía una presión y se dedicaba a insultar a la madre cuando estaba con los niños.³⁶

2.6.3 - Existencia de enfermedades mentales y psíquicas que impidan o dificulten el correcto ejercicio de la guarda y custodia.

Lo primero, aclarar que padecer una enfermedad psíquica no implica la privación, total o parcial, de la patria potestad o de la guarda y custodia, sino que lo realmente determinante son las consecuencias de dicha enfermedad, que pueden impedir el correcto

³⁶ Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona núm. 127/2007, de 21 de febrero de 2007 (Ponente: Pérez Tormo, María). Fecha de la última consulta: 10 de abril de 2017.

cumplimiento de los deberes inherentes a ambas instituciones.

El fundamento último de este criterio es el interés del menor, intentando evitar que pueda sufrir cualquier tipo de daño o que reciba una atención inadecuada.

En este sentido encontramos la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 mayo 2005, que determina la imposibilidad de cumplir las obligaciones parentales, ya que la madre padece una enfermedad mental que la incapacita para hacerse cargo de su hija. Estableció que la hija se quedase a cargo de la Administración por carecer de apoyo de la familia extensa y el desinterés reiterado y manifiesto del padre.³⁷

En el mismo sentido se manifiesta la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 16 octubre 1998: *“No ofrece en la actualidad D^a Ana las condiciones necesarias para poder afrontar, con un mínimo de garantías, el cuidado cotidiano de su hijo, según se desprende del informe médico-forense practicado (...), y en el que se afirma que aquélla presenta un trastorno grave de la personalidad, con características de inestabilidad emocional y relaciones inestables en general, que compromete seriamente la aptitud para cuidar de su hijo, lo que, en el acto de ratificación del perito, se concretó aún más en la falta de capacidad para asumir la responsabilidad plena de cuidado de un menor, existiendo el riesgo de posibles descompensaciones futuras”*.³⁸

No obstante, hay que tener en cuenta que no todas las enfermedades mentales afectan por igual, ni tienen por qué ser permanentes, pudiendo ser restituida la guarda y custodia, o al menos, algunos de sus contenidos esenciales.

³⁷ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 384/2005, de 23 de mayo de 2005 (Ponente: Ruiz de la Cuesta Cascajares, Rafael). Fecha de la última consulta: 10 de abril de 2017.

³⁸ Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid núm. 1151/1997, de 16 de octubre de 1998 (Ponente: Hijas Fernández, Eduardo). Fecha de la última consulta: 10 de abril de 2017.

2.6.4 - Drogadicción o alcoholismo de uno de los progenitores.

Se trata de situaciones de drogodependencia o de alcoholismo que pongan en riesgo al menor, así como su pleno y adecuada desarrollo en los diferentes ámbitos. La SAP de La Rioja, de 10 de agosto de 2006, concedió la guarda y custodia al padre debido a que los informes de toxicología realizados a la madre mostraban una clara dependencia al consumo de cocaína y no a “*simples escarceos*” con dicha droga.³⁹

Al igual que en el caso anterior, si se ha superado la adicción que provocó la negación de la guarda y custodia, ésta puede ser nuevamente concedida; siempre y cuando se demuestre que, efectivamente, el progenitor afectado tiene plenas capacidades para el cuidado del hijo y no presenta ningún tipo de riesgo para el menor.⁴⁰

2.6.5 - Disponibilidad de tiempo de cada progenitor para ejercer la guarda y custodia.

El fundamento de este criterio es que el progenitor, o progenitores, custodio, pueda realizar las funciones inherentes a la guarda y custodia de manera satisfactoria; así como dedicarle el tiempo necesario al menor a su cargo. Asimismo, es importante para evitar la atribución de la guarda y custodia a un progenitor que luego pueda delegar sus funciones en terceras personas.

³⁹ Sentencia Audiencia Provincial de la Rioja núm. 102/2006, de 10 de julio de 2006 (Ponente: Fraile Muñoz, Víctor). Fecha de la última consulta: 10 de abril de 2017.

⁴⁰ Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla núm. 52/2007, de 31 de enero de 2007 (Ponente: Palacios Martínez, Andrés). Fecha de la última consulta: 10 de abril de 2017.

En este sentido se manifiesta la SAP de Tenerife, de 16 de octubre de 2006, diciendo que: *“La circunstancia del trabajo de la madre no implica que la misma no esté capacitada para desarrollar un correcto cuidado y atención de sus hijos, como ha venido haciendo, antes bien, ha venido demostrando así una capacidad de sacrificio personal considerable con el fin de procurar el bienestar de sus hijos, incluso teniéndolos en su compañía desde la terminación del horario escolar hasta la finalización de la jornada laboral, facilitándoles un lugar para la realización de sus tareas escolares, lo que, sin duda, no puede ser más que digno de encomio, y no puede interponerse como impedimento consistente a la atribución de la custodia acordada por la sentencia apelada.*

*Por otra parte, el mayor de los hijos menores manifestó, en la exploración efectuada en la primera instancia, su voluntad de permanecer bajo la custodia de la madre, con quien lleva conviviendo de hecho desde que nació, así como su hermano pequeño, lo que es decisivo, pues no se desprende que el menor esté coaccionado directa o indirectamente, y se ha tenido en cuenta no sólo la voluntad del menor, sino, lo que es más importante, la buena situación en que se encuentra, de modo que difícilmente puede cuestionarse la atribución efectuada, con la que está de acuerdo la madre”*⁴¹

2.6.6 - Pertenencia a determinados grupos ideológicos o sectas.

Aunque pueda parecer un asunto de importancia menor, la ideología de un progenitor puede afectar negativamente al cuidado del hijo. Muestra de ello es que hasta hace relativamente pocos años, la pertenencia a los Testigos de Jehová solía conllevar la

⁴¹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Tenerife núm. 356/2006, de 16 de octubre de 2006 (Ponente: Blanco Fernández del Viso, Valentín). Fecha de la última consulta: 10 de abril de 2017.

denegación de la guarda y custodia, esencialmente debido a que la ideología de dicha comunidad, rechaza las transfusiones de sangre; situación que ha provocado numerosos conflictos.

Al tratar este tema, hay que andar con mucho cuidado, debido a que la Constitución garantiza la libertad ideológica ⁴². Sin embargo, considero que, a pesar de que los progenitores tengan libertad absoluta a la hora de adscribirse a una ideología o comunidad religiosa, ello no puede derivar en riesgos para el menor, que no ha elegido, ni ha podido elegir, su pertenencia a dicha comunidad.

No obstante, este criterio no tiene carácter absoluto, ya que no todas las ideologías comportan riesgos para el menor. Así se manifiesta la AP de Barcelona, en su Sentencia de 21 de junio de 1999, cuando determinó que la pertenencia de la madre a la Gran Fraternidad Universal (contenida dentro de las organizaciones tipificadas como sectarias por la Dirección General de Seguridad Ciudadana) no era motivo suficiente para negarle la guarda y custodia.

2.6.7 - Cambio de residencia de uno o ambos progenitores

La importancia de este criterio radica en que el traslado de residencia a una localidad diferente va a afectar de manera directa al derecho de visitas, estancia y comunicación del progenitor no custodio.

De gran interés resulta la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de mayo de 2015, que

⁴² Artículo 16 CE “Se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley. Nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias.”

procedo a analizar brevemente.⁴³

La madre, debido su la precaria situación económica, se había visto obligada a trasladar su residencia de Teruel a Barcelona, al incorporarse, a media jornada, en la peluquería de su hermana debiendo trabajar de jueves a sábado. El padre por su parte, argumentaba que lo mejor para el niño es permanecer en el mismo ambiente en el que se ha venido criando estos años, donde tiene a su abuela y a sus amigos, siendo desaconsejable, en su opinión, el traslado a una ciudad desconocida, con un idioma que no habla. A esto la madre respondía que el traslado no era por mala fe, sino por una necesidad real. Como vemos, el problema estaba en determinar qué era lo mejor para el menor.

La sentencia estimó que *“No considerando posible la custodia compartida a causa de la distancia entre los domicilios de los progenitores, entiende correcta la solución adoptada, que desecha que a los seis años el niño haya establecido vínculos relevantes, y que tiene en cuenta que la madre ha sido la principal cuidadora y es capaz de asumir en solitario -frente a lo que sucede con el padre- el cuidado del menor”*

Finalmente, y por lo expuesto, la Sala estimó la conveniencia de otorgar la guarda y custodia del menor a la madre, otorgando un amplio derecho de visitas para el padre.

Ahora bien, simplemente una breve reflexión: un cambio de residencia ¿obedece a una verdadera situación de necesidad o conveniencia del menor, u obedece a una decisión unilateral de uno de los progenitores?

⁴³ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón núm. 3/2015, de 28 de mayo de 2015 (Ponente: Samanes Ara, Carmen). Fecha de la última consulta: 10 de abril de 2017.

2.7 - El informe del Ministerio Fiscal

El artículo 92.8 CC establecía que, aun cuando los padres no solicitasen la guarda y custodia compartida, el Juez, a instancia de una de las partes, con informe *favorable* del Ministerio Fiscal, podría acordarla fundamentándola en que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor.

La importancia de dicho informe la encontramos, entre otras, en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 22 de febrero de 2006, que denegó la guarda y custodia compartida por *"no haber sido interesada por ninguno de los progenitores, y además, los dictámenes del Ministerio Fiscal no han sido favorables a esta modalidad"*⁴⁴. Otro ejemplo lo hallamos en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia de 28 de enero de 2010, que también deniega la modalidad compartida al considerar que *"en el presente caso es evidente que no hay acuerdo de los padres y tampoco hay informe favorable del Ministerio Fiscal"*⁴⁵

No obstante, el Pleno del Tribunal Constitucional en su celeberrima sentencia de 17 de octubre de 2012, declaró inconstitucional, y por tanto nulo, el citado apartado octavo del artículo 92 CC⁴⁶. En cuanto a los antecedentes de dicha sentencia, la Audiencia Provincial de las Palmas de Gran Canaria planteó la cuestión al considerar que el inciso vulneraba diversos derechos constitucionales. En primer lugar, se entendía contrario al artículo 117 CE, por no ser compatible con la exclusividad judicial en el ejercicio de su potestad jurisdiccional. Asimismo, tal y como relata la sentencia, *"supeditar el examen de la idoneidad de la custodia compartida a que el Ministerio Fiscal se muestre favorable a ella no resulta razonable ni*

⁴⁴ Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia núm. 125/2006, de 22 de febrero de 2006 (Ponente: Esparza Olcina, Carlos). Fecha de la última consulta: 10 de abril de 2017.

⁴⁵ Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia núm. 46/2010, de 28 de enero de 2010 (Ponente: Jover Coy, Juan Antonio). Fecha de la última consulta: 10 de abril de 2017.

⁴⁶ Sentencia Tribunal Constitucional núm. 185/2012, de 17 de octubre de 2012. BOE nº 214, publicado el 14 de noviembre de 2012. Disponible en <https://www.boe.es/boe/dias/2012/11/14/pdfs/BOE-A-2012-14060.pdf>. Fecha de la última consulta: 10 de abril de 2017.

*deriva de la función constitucional del Ministerio Fiscal. Exigencia que entiendo contraria al derecho a la tutela judicial efectiva que consagra el art. 24.1 CE". Por otro lado, también se consideraba contrario a los artículos 24 y 39 CE, por carecer de sentido que dicho informe se exigiese en aquellos casos en los que no había acuerdo de los progenitores, sin ser exigido en aquellos supuestos en que los padres hayan pactado de común acuerdo.*⁴⁷

Es cierto que el legislador ha establecido como preceptiva la intervención del Ministerio Fiscal, que actúa como garante de los intereses y derechos del menor. Sin embargo, condicionar la decisión judicial al informe, le otorga rango de vinculante, cuando el legislador en ningún momento le ha atribuido dicha condición. De ahí que la sentencia determine que *"el papel del Ministerio Fiscal, en este sentido, consiste en una valoración de las circunstancias concretas —de control del interés general— sobre la conveniencia para el menor de determinadas formas de guarda. El juez, en este caso, está facultado ya sea para acordar la medida consensuada, ya para denegarla incluso en el caso de que el Ministerio público haya dictaminado favorablemente, porque finalmente, a la vista del conjunto probatorio practicado, ha valorado que puede resultar lesiva"*.

Uno de los fundamentos para decretar la inconstitucionalidad del precepto es el interés superior del menor. De esta forma *"una custodia compartida impuesta judicialmente debe ser excepcional conforme a la normativa vigente o, lo que es igual, porque debe obligarse a los progenitores a ejercerla conjuntamente sólo cuando quede demostrado que es beneficiosa para el menor, de modo que dicha decisión no puede quedar sometida al parecer único del Ministerio Fiscal, impidiéndose al órgano judicial valorar sopesadamente el resto de la prueba practicada"*, reiterando que *"el criterio que ha de presidir la decisión judicial, a la vista de las circunstancias concretas de cada caso, debe ser necesariamente el interés prevalente del menor"*

⁴⁷ En este sentido se manifiestan numerosos autores, como ESPARZA OLCINA (Esparza Olcina, C., *La Guarda Compartida*, en De Verda y Beamonte, J.R., *Comentarios a las Reformas de Derecho de Familia de 2005*, 1ª ed., Aranzadi, Navarra, 2006, pp. 202 y siguientes), que considera que exigir el informe favorable del Ministerio Fiscal, implica atribuir funciones jurisdiccionales a dicha institución, contraviniendo el artículo 117 CE.

Así, la sentencia terminaba estimando inconstitucional el apartado octavo del artículo 92 CC, declarando por tanto su nulidad, ya que *“la previsión normativa que exige el informe favorable del Ministerio Fiscal ex art. 92.8 CC debe ser declarada contraria a los dispuesto en el art. 117.3 CE, pues corresponde exclusivamente al Juez o Tribunal verificar si concurren los requisitos legales para aplicar el régimen excepcional y, en el caso de que así sea, valorar si, en el marco de la controversia existente entre los progenitores, debe o no adoptarse tal medida”*

2.8 - Tipos de guarda y custodia.

2.8.1 - Guarda y custodia ejercida por uno solo de los progenitores.

También llamada monoparental. Es la que se concede en exclusiva a un progenitor en detrimento del otro (que llamaremos no custodio). A este último le corresponde un derecho de visitas, estancia y comunicación, que más adelante detallaremos; correspondiendo al custodio la toma de decisiones ordinarias sobre el menor.

Hasta hace relativamente pocos años, este era, casi en exclusiva, el modelo de guarda y custodia usado y generalmente solía recaer en la madre.

1.8.1.1- Régimen de visitas del progenitor no custodio. Fundamento. Contenido. Limitación o suspensión.

El régimen de visitas es un derecho-deber que tiene el progenitor no custodio a pasar tiempo con sus hijos. Decimos “derecho-deber” porque consideramos que es igualmente

importante el derecho que tiene el progenitor de poder seguir teniendo una relación estable con su hijo, como el derecho del hijo a tener una relación con ambos progenitores (que se traduce también en un deber del progenitor de cuidar y estar con su hijo)

Este contenido del régimen de visitas encuentra su fundamento en el artículo 94 *“El progenitor que no tenga consigo a los hijos menores o incapacitados gozará del derecho de visitarlos, comunicar con ellos y tenerlos en su compañía”* y 160 del Código Civil, *“los hijos menores tienen derecho a relacionarse con sus progenitores aunque éstos no ejerzan la patria potestad”*

También se recoge en el artículo 9.3 de la Convención sobre los Derechos del Niño (*“Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño”*). La última frase nos adelanta los casos en los que no procederá este régimen de visitas: cuando sea contrario al interés del menor.

En lo que respecta a la limitación o suspensión, el artículo 94 nos indica que *“el Juez determinará el tiempo, modo y lugar del ejercicio de este derecho, que podrá limitar o suspender si se dieran graves circunstancias que así lo aconsejen o se incumplieren grave o reiteradamente los deberes impuestos por la resolución judicial”* (entre estos deberes destaca especialmente el derecho -o la obligación, según se mire- de la pensión de alimentos, que tratamos a continuación)

2.8.1.2- Pensión de alimentos. Problemática de los gastos extraordinarios.

El Código Civil regula en el Título VI los alimentos entre parientes. En su artículo

142 encontramos una primera definición de alimentos, que comprenderán aquello indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica. También incluyen los gastos de educación y formación y aquellos gastos considerados especiales, como los derivados de un embarazo.

Posteriormente, el artículo 143 CC nos detalla a qué parientes hace referencia: Cónyuges, ascendientes y descendientes, y en último término, hermanos. Es interesante la matización que ofrece LASARTE ÁLVAREZ, que afirma que el término “parientes” no es correcto del todo, ya que los cónyuges no son parientes en sentido estricto, cogiendo el término “parienta” para referirse a la mujer del lenguaje popular.⁴⁸

Los alimentos funcionan como una relación bidireccional. Los padres están obligados a prestárselos a sus hijos, y estos a su vez, a sus padres, si hubiere lugar a ello. La prestación de alimentos entre los cónyuges tiene su fundamento en la solidaridad conyugal, que implica que, aunque se haya disuelto el vínculo matrimonial, estos deben asistirse y socorrerse mutuamente.⁴⁹

En cuanto a la pensión de alimentos, hay que dejar claro que se otorga en favor de los hijos (no confundir con la pensión compensatoria, que se da entre cónyuges), ya que los padres deben siempre cuidarles y asistirles. Esta pensión de alimentos tiene una serie de características: es personalísima, indisponible e imprescriptible. Esto implica que no se puede renunciar a ella, ni ser embargada, ni transmitirla; y que el derecho a percibir los alimentos no

⁴⁸ En este sentido, LASARTE (Lasarte Álvarez, C., *Derecho de Familia: Principios de Derecho Civil IV*, Marcial Pons, 5ª ed., Madrid, 2006, p. 407) afirma que “... y de otro lado, a los cónyuges (los cuales, conviene reiterarlo, no son técnicamente parientes, aunque sea relativamente castizo referirse a la mujer en el lenguaje popular como mi parienta”.

⁴⁹ Podríamos encontrar un origen en el Código Civil, Capítulo V “de los derechos y deberes de los cónyuges”; artículo 67 CC, “*Los cónyuges deben respetarse y ayudarse mutuamente y actuar en interés de la familia*”, así como el 68 “*Los cónyuges deben... y socorrerse mutuamente. Deberán, además, compartir las responsabilidades domésticas y el cuidado y atención de ascendientes y descendientes*” ... [Con el matiz de que, tras la disolución matrimonial, el cónyuge no está ya obligado a socorrer ni ayudar a los ascendientes del otro cónyuge]

prescribe.⁵⁰

Esta obligación de prestar alimentos a los hijos es proporcional a ambos cónyuges que “están llamados a soportar esta obligación natural, de carácter primario y especial protección, tanto durante la minoría de edad como tras la mayoría, de los hijos, en tanto no alcancen la suficiencia económica y continúen viviendo en el "núcleo familiar”.⁵¹

Para fijar la pensión alimenticia, se ha de atender a los bienes de los que dispone el alimentante y a las necesidades del alimentista.⁵²

A la hora de establecer la cuantía de la pensión de alimentos, se han de tener en cuenta los gastos ordinarios y los extraordinarios. Los primeros son aquellos necesarios, previsibles y, generalmente, periódicos. Por su parte, los gastos extraordinarios son aquellos considerados como innecesarios, o que, siendo necesarios, son imprevisibles y ocasionales.⁵³

⁵⁰ No obstante, sí hay plazo para reclamar las pensiones alimenticias no abonadas y atrasadas. El artículo 1966 CC establece que: *“Por el transcurso de cinco años prescriben las acciones para exigir el cumplimiento de las obligaciones siguientes: 1.ª La de pagar pensiones alimenticias”*

⁵¹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona núm. 304/2009, de 12 de mayo de 2009. Fecha de la última consulta: 10 de abril de 2017.

⁵² En este sentido los artículo 146: *“La cuantía de los alimentos será proporcionada al caudal o medios de quien los da y a las necesidades de quien los recibe”* y 147 CC *“Los alimentos, en los casos a que se refiere el artículo anterior, se reducirán o aumentarán proporcionalmente según el aumento o disminución que sufran las necesidades del alimentista y la fortuna del que hubiere de satisfacerlos”*

⁵³ Con respecto a la necesidad de los gastos extraordinarios, hay una gran división tanto en la doctrina como en la jurisprudencia. A modo de ejemplo, la SAP de Barcelona de 25 de febrero de 2009 concluye que los gastos extraordinarios han de ser necesarios o consensuados. Ahora bien, nadie negará que el concepto “necesario” dependerá, en muchas ocasiones, del criterio personal de cada progenitor, siendo por tanto perteneciente al ámbito de la subjetividad. ¿Las clases extraescolares de inglés son necesarias? Un progenitor puede pensar que no, y que además ya se imparten clases de inglés en el colegio; pero el otro progenitor puede sostener que son imprescindibles ya que, sin un alto nivel de inglés, las posibilidades laborales se reducen considerablemente. ¿Son por tanto necesarias y convenientes? ¿Innecesarias pero convenientes? ¿Y un traje para que el menor haga la comunión? ¿E ir a una universidad privada, pudiendo estudiar la misma carrera en una universidad pública? ¿Es necesario? Como ven, el debate parece no tener una solución clara.

Hay muchas clasificaciones de gastos ordinarios y extraordinarios⁵⁴. Para poder discernir entre ambos gastos nosotros usaremos la clasificación propuesta por PÉREZ MARTÍN.⁵⁵

1 - Los gastos por enseñanza obligatoria, primaria y secundaria, cuotas de colegio y matrícula, o material escolar: previsible y periódico. (SAP, 2ª, León 17.12.2010; SAP, 4ª, Alicante 16.3.2010; SAP Castellón, 3.7.2001; SAP Palencia 2.5.2003; A°AP, 24ª, Madrid 12.12.2001; SAP, 10ª, Valencia, 30.10.2003; SAP, 4ª, Alicante 13.5.2008; SAP, 24ª, Madrid 4.6.2004; A°AP, 22ª, Madrid 6.7 y 18.12.2001)[5],

2 - Los gastos de guardería son previsibles (A°AP, 5ª, Cádiz 26.1.2010; SAP, 2ª, León 17.12.2010; SAP, 4ª, 16.3. 2010; SAP, 5ª, Cádiz 29.7.2007; A°AP, 18ª, Barcelona 15.1.2008).

3 - Las cuotas de la asociación de padres, vestuario, uniforme y ropa deportiva para las actividades de esta índole dentro de la enseñanza reglada (SAP, 2ª, Burgos 9.3.2010).

4 - La formación profesional del hijo (libros, material para realizarlo y transportes) y los cursos de idiomas o clases particulares previsibles y periódicas (AAP, 3ª, Guipúzcoa 3.11.2009).

5 - Los gastos por transporte y comedor escolares (AAP, 3ª, Guipúzcoa 3.11.2009; A°AP, 22ª, Madrid 11.10.2002 y 19.7.2003).

6 - Los desplazamiento del menor o del progenitor, para cumplir el régimen de relación. (SAP, 2ª, Sevilla 29.10.2004). No obstante, cuando estos desplazamientos son especialmente largos, complicados y costosos, con frecuencia son objeto de tratamiento especial tanto en los convenios como en las resoluciones judiciales, expresando quien y en qué proporción han de pagarse.

⁵⁴ A modo de ejemplo, se puede citar la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 96/2015, de 16 de febrero de 2015 (Ponente: Arroyo Fiestas, Francisco Javier). Fecha de la última consulta: 10 de abril de 2017.

⁵⁵ Artículo de Luis Zarraluqui, en la web www.abogacia.es, que remite a: Pérez Martín, A.J., *La ejecución de las resoluciones dictadas en procesos de familia*, Editorial Lex Nova, 2ª ed., p. 632.

7 - Las actividades extraescolares si ya tenían lugar cuando se pactó o estableció la pensión o en tal momento era previsible su devengo (A°AP, 22ª, Madrid 23.5.2008).

8 - Los gastos por matrícula y formación universitaria son en principio ordinarios, pero han de tenerse en cuenta las peculiaridades del caso (A°AP, 6ª, Vigo 295/2010) o la previsibilidad al pactar o establecer la pensión alimenticia (A°AP, 2ª, Córdoba 14.5.2008; A°AP, 24ª, Madrid, 8.11.2001 y 26.9.2002). Normalmente la formación universitaria, con sus libros y matrículas son ordinarios (SAP, 10ª, Valencia 19.2.2003).

Los gastos ordinarios, por ser previsibles y periódicos, son fácilmente cuantificables. En custodia compartida el reparto de dichos gastos suele ser al 50%. Ahora bien, volvemos al mismo problema planteado más arriba, los gastos extraordinarios. Al ser imprevisibles, es casi imposible cuantificarlos; por ello, las diferentes sentencias han ido estableciendo unos parámetros para poder determinarlos. Siguiendo al mismo autor, determinamos que son extraordinarios:

1 - La inscripción en un colegio privado por uno solo de los progenitores, cuando el otro no expresa su disconformidad (A°AP, 3ª, Granada 28.4.2003 y SAP, 12ª, Barcelona 14.7. 2009). En este supuesto cabría la duda razonable de qué pasaría si se opusiese el otro progenitor. Por regla general, si esto sucediese, la solución sería que el progenitor que inscribe en el colegio privado sufrague por sí mismo todos los gastos.

2 - Las clases de repaso o apoyo si existe necesidad o conveniencia de tales clases, a la vista del expediente académico del hijo. Este supuesto no está exento de polémica. ¿Hasta qué punto son necesarias dichas clases? Hay que tener en cuenta que en este punto entra en juego la implicación del alumno en sus obligaciones académicas. ¿El menor necesita ir a clases particulares por razones que escapan a su entero control o porque no se esfuerza lo suficiente?

3 - Las actividades extraescolares si se revelan necesarios o indispensables para el desarrollo integral del menor (SAP, 2ª, León 17.12.2010; SAP, 4ª, Alicante 16.3.2010; A°AP, 22ª,

Madrid 30.6.2008; SAP, 1ª, Ciudad Real 4.7.2003; AAP, 10ª, Valencia 24.6.2010).

4 - Los gastos médicos, terapéuticos o farmacéuticos que necesite el hijo y no estén cubiertos por la Seguridad social (AºAP, 12ª, Barcelona 12.1.2000; AAP, 3º, Almería 15.11.2007; AAP, 22ª, Madrid, 13.11.2001).

5 - Los tratamientos terapéuticos, no cubiertos por la Seguridad social que se estimen necesarios para la recuperación (AAP, 12ª, Barcelona 20.11.2008)

6 - Los producidos por el cuidado de la salud e higiene bucal y ortodoncia (AAP.22ª, Madrid 19.10.2010; AAP, 12ª, Barcelona 20.11.2008; AAP, 22ª, Madrid, 20.11.2001).

7 - La adquisición de gafas, no cubierta por la Seguridad social (SAP Asturias, 30.5.2005 y SAP, 24ª, Madrid, 26.9.2002). Este apartado también es a veces discutido. Nadie negará que, si hay algún problema o defecto visual, el menor necesita gafas. Ahora bien, ¿Qué tipo de gafas? ¿Qué montura? ¿Cristales antirreflejantes? Pueden parecer temas de importancia menor, pero a la hora de discutir un gasto, ¿es lo mismo unas gafas de 150 euros que de 600? [Mi opinión es que, si al menor, a tu hijo, le puedes dar lo mejor, hay que dárselo. El padre o madre han de esforzarse todo lo que puedan para que su hijo tenga lo máximo a lo que pueda aspirar. Desgraciadamente, y como se ve día a día en los distintos juzgados, esta opinión es minoritaria]

8 - Los viajes de estudios cuando se estiman, no sólo aconsejables, sino necesarios, por estar realizados por todo el curso y ser de difícil explicación no hacerlo por diferencias entre cónyuges, y son imprevisibles porque no tienen lugar en todos los centros ni en todos los cursos (AºAP, 10ª, Valencia 6.5. 2010).

9 - La formación universitaria y aún los cursos en el extranjero, oposiciones, *masters* en el extranjero, doctorados, y otras similares merecen el calificativo de ordinarios según las circunstancias. En especial, exige cierto grado de mérito, concienciación o esfuerzo por parte del alimentista, que ya el art. 142 CC requiere para conservar el derecho en el mayor de edad, que en la actualidad es quien, salvo casos excepcionales ha de atender a esta formación. Hay que tener en cuenta que, aun cuando el citado art. 142 CC utilice la expresión “*aún después*”, que parece conferirle cierto carácter excepcional, la misma figura en la redacción originaria,

cuando la mayoría se adquiriría a los 23 años, cuando muchos habían finalizado su formación, cosa que hoy a los 18 raramente sucede. La capacidad y voluntad del alimentista son relevantes para estimarlos necesarios, así como el posterior comportamiento dentro de la formación, que es esencial para la conservación o pérdida del derecho. El análisis de este dato, compuesto de capacidad para esos estudios (el historial escolar será importante) y de conducta del hijo, ha de ser relevante para calificar estos estudios o prácticas como incluidos en los alimentos. Naturalmente, el posterior comportamiento dentro del periodo de formación será también esencial para la conservación o pérdida. El alumno universitario que suspenda sistemáticamente sus cursos o sus asignaturas, o que no acuda a sus lecciones o actos, podrá ver que el concepto es extraído de los cubiertos por el derecho de alimentos. No menos importante para esta calificación ha de ser, como venimos argumentando, la capacidad o nivel económico familiar, que puede calificar de habitual y normal este gasto, o, por el contrario, de excepcional y muy gravoso. No obstante, el gasto puede ser ordinario si el hijo ya cursaba estudios superiores o preparaba oposiciones, o bien estaba ya programada esta parte de su formación y era, pues, previsible.

10 - El gasto de obtención del carné de conducir ha sido considerado totalmente necesario en los tiempos actuales (A°AP, 10ª, Valencia 28.2.2011).

11 - El gasto de las clases y material para el aprendizaje del inglés ha sido considerado extraordinario, en estos tiempos (A°AP, 10ª, Valencia 24.6.2010).

2.8.1.3- Uso y disfrute de la vivienda familiar.

El primer problema con el que nos encontramos es la ausencia de una definición de vivienda habitual en el Código Civil. Es interesante analizar brevemente dos artículos del Código Civil, el 40 y el 70. El artículo 40 determina que *“para el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones civiles, el domicilio de las personas naturales es el lugar de su residencia habitual y el 70 que “los cónyuges fijarán de común acuerdo el domicilio conyugal”*. Por tanto, acudimos a un criterio de habitualidad para determinar el domicilio familiar. Si se posee una única vivienda, no aparecen problemas de entidad en este aspecto,

ya que esa vivienda será la vivienda familiar. Ahora bien, surgen numerosos problemas si se poseen más de una vivienda, ya que, mientras que la vivienda familiar estará protegida, las segundas viviendas no lo estarán frente a intereses de terceros.⁵⁶

Por vivienda familiar entendemos aquel lugar de residencia habitual donde el núcleo familiar se desarrolla, comunica, convive y los cónyuges ejercen todos los derechos y obligaciones que les corresponden.⁵⁷

Asimismo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz de noviembre de 2007 define que *“vivienda familiar sólo puede considerarse aquella en la que se produce el normal y cotidiano desenvolvimiento de la vida de la familia, por ello el Cc habla en singular no pudiendo extrapolarse el concepto y la problemática derivada de dicho uso con el de las segundas viviendas y los pactos que al respecto puedan establecer al respecto los cónyuges. No existiendo pacto, habrá que acudir al régimen de liquidación a fin de determinar su suerte. En definitiva, solo puede hablarse de vivienda familiar la que normal y usualmente se usa como tal sin que el régimen de protección y uso de aquella pueda extenderse a otras máxime la finalidad que guía a la ley que no es otra que la protección de la familia y especialmente a los hijos en su entorno habitual de manera temporal, aunque esta temporalidad se extienda en el tiempo por habitarla aquellos, aun cuando sean mayores de edad, eje central de protección, con independencia de a quién pertenezca aquella”*⁵⁸

Es importante entender que la atribución de la vivienda, si bien directamente se hace a uno de los cónyuges, indirectamente el beneficiado es el menor, de ahí que pueda afirmar que la vivienda no se atribuye al progenitor y al menor a su cargo; sino al menor y por tanto al

⁵⁶ Gil Membrado, C., *La vivienda familiar*, Colección Familia y Derecho, Editorial Reus, Madrid, 2013, p. 21.

⁵⁷ Espiau Espiau, S., *La vivienda familiar en el ordenamiento jurídico civil español*, Promociones y Publicaciones Universitarias, Barcelona, 1992, p. 25.

⁵⁸ Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz núm. 577/2007, de 15 de noviembre de 2007 (Ponente: Romero Navarro, Ramón). Fecha de la última consulta: 10 de abril de 2017.

progenitor custodio⁵⁹. Si bien el resultado material es el mismo, el sentido y fundamento no lo es.⁶⁰

Si los cónyuges no han determinado en virtud del artículo 90 CC, en el convenio regulador, la atribución y uso de la vivienda familiar, acudimos al artículo 96 del Código Civil, cuyos apartados 1 y 2 establecen que “el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario en ella corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden. Cuando algunos de los hijos queden en la compañía de uno y los restantes en la del otro, el Juez resolverá lo procedente”. Por tanto habla de los dos supuestos en los que hay hijos”. Inicialmente la interpretación de este precepto se hacía de forma literal considerando que, puesto que el interés del menor era el que debía prevalecer, el cónyuge que los tuviese en compañía se queda, de forma cuasi automática, con la vivienda. Sin embargo, y debido a los problemas que surgían, se empezó a aplicar un criterio más amplio, recogido en el artículo 103 CC, por el cual se le concedía al juez, y para situaciones realmente excepcionales, tener en cuenta el interés familiar más necesitado de protección, determinando por tanto cuál de los cónyuges ha de continuar en el uso de la vivienda familiar (Siempre y cuando el menor tuviese un derecho de habitación garantizado y teniendo en cuenta criterios como la capacidad económica de los progenitores, su estado de salud, si tienen más fácil o difícil el acceso a una nueva vivienda etc.)⁶¹

⁵⁹ En este sentido se manifiesta la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid núm. 835/2005, de 29 de diciembre de 2005 (Ponente: Neira Vázquez, Carmen). Fecha de la última consulta: 10 de abril de 2017., “*Se aprecia en este supuesto que la atribución del uso de la vivienda familiar se hace, no tanto en beneficio de uno de los cónyuges, sino en el de los hijos, aunque indirectamente se vea favorecido aquel al que se le haya confiado la guarda y custodia de los mismos. Es acertada esta postura del legislador de dar preeminencia a los hijos a la hora de decidir sobre el uso de la vivienda familiar, ya que sus intereses son los más necesitados de protección*”

⁶⁰ De hecho, el Código Civil en su artículo 96, establece que “*En defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por el Juez, el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario en ella corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden*”. Consideramos que el orden “hijos y al cónyuge” no es arbitrario, sino que representa la voluntad del legislador español de que el sujeto más precisado de protección sea el menor, en cuyo favor se orienta, o debería orientar, la totalidad de las medidas.

⁶¹ A mayor abundamiento, el Código Catalán, 233-20.4 establece que “*Excepcionalmente, aunque existan hijos menores, la autoridad judicial puede atribuir el uso de la vivienda familiar al cónyuge que no tiene su guarda si es el más necesitado y el cónyuge a quien corresponde la guarda tiene medios suficientes para cubrir su necesidad de vivienda y la de los hijos*”

En el mismo sentido se pronuncia la Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba de 12 de marzo de 1998: *“se ha de tener en cuenta que cuando el legislador afronta el problema de la atribución de uso de la vivienda familiar está pensando, como principio que debe inspirar los criterios de atribución, en el "interés familiar más necesitado de protección"*, como se desprende del art. 103.2 CC. Lo que ocurre es que al abordar dicha medida el art. 96 CC presume que ese interés se halla en los hijos del matrimonio e, indirectamente, en el cónyuge al que se confía la guarda de estos, cuando todos los hijos se confían a un solo progenitor. Ahora bien, al descansar la determinación del art. 96.1 CC sobre una presunción legal, no constituye tal párrafo un obstáculo para que el uso de la vivienda familiar pueda atribuirse al cónyuge apartado de los hijos, cuando, atendidas las circunstancias, su interés resulte o llegue a ser con el tiempo, incluso bajo la minoría de edad de sus hijos, el más necesitado de protección. Puede ocurrir que la guarda y custodia de los hijos se confíe a un progenitor por ser el más adecuado, en atención al *favor filii*, pero que, sin embargo este guardador disponga de otra vivienda adecuada a sus necesidades y a la de sus hijos, mientras que el progenitor no custodio, titular de la vivienda familiar, carece de otra.⁶²

2.8.2- Guarda y custodia compartida.

GUILARTE MARTÍN-CALERO la define como *"una alternancia de los progenitores en la posición de guardador y beneficiario del régimen de visitas que les coloca en pie de igualdad y que garantiza el derecho del hijo a ser educado y criado por sus dos progenitores a pesar de la ruptura"*⁶³. Consiste en el ejercicio igualitario de los derechos y

⁶² En este sentido se pronuncia la Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba núm. 300/1997, de 12 de marzo de 1998 (Ponente: Berdugo Gómez de la Torre, Juan Ramón). Fecha de la última consulta: 10 de abril de 2017.

⁶³ Guilarte Martín-Calero, C., *Aspectos Civiles y Penales de las Crisis Matrimoniales*, 1ª ed., Editorial Lex Nova, Valladolid, 2009.

obligaciones de ambos progenitores para con sus hijos, sin que implique, necesariamente, una división al 50% del tiempo, si bien tampoco puede ser una distribución muy irregular, ya que imposibilitaría el ejercicio de dichas tareas (A pesar de esto, hay que recordar, como se comentó en el apartado correspondiente a gastos ordinarios y extraordinarios, que estos sí deberán ser al 50%)

Se tratará a fondo en el capítulo siguiente, dedicado en exclusiva a esta modalidad de guarda y custodia.

2.8.3- Guarda y custodia ejercida por una tercera persona. Requisitos.

Lo ideal es que, tras una ruptura matrimonial, los hijos vivan, o se relacionen, de manera normal con ambos progenitores. Sin embargo, hay ocasiones en las que los hijos no pueden vivir con los padres, principalmente porque estos no se comportan como tal.

Si leemos detenidamente el artículo 103 del Código Civil, vemos como en el segundo apartado se indica que *“Excepcionalmente, los hijos podrán ser encomendados a otra persona y, de no haberla, a una institución idónea, confiriéndoseles las funciones tutelares que ejercerán bajo la autoridad del Juez”*.

No obstante, hay que decir que esta situación es, como dice el artículo, excepcional, porque aunque una tercera persona -generalmente parientes cercanos- pueda hacerse cargo de forma temporal, de los hijos, la patria potestad es intransferible.⁶⁴

⁶⁴ En este sentido, SIMLER, en su obra *La notion de garde d'enfant* (RTD, 1972) afirma que *"Investido por un mandato judicial, se confía a este tercero por cuya educación debe velar. Pero sólo puede realizar los actos usuales relativos a esa educación. Para toda iniciativa importante, debe contactar con los padres. Por el contrario, cuando uno de los padres es el guardador, su poder es mucho más amplio puesto que, además de su cualidad de guardador, es cotitular de la autoridad parental"*

La SAP de Oviedo de 29 de mayo de 2002 afirma que a pesar de que la *“situación personal y económica de ambos progenitores la más halagüeña para asumir los menesteres de guarda y custodia del hijo ... no es tanto el factor económico, aunque pueda resultar importante, cuanto el nivel de relación de los padres con su hijo, el entorno familiar y la capacidad de cada uno para asumir estos menesteres, lo que va a determinar la solución que se adopte teniendo siempre en cuenta el interés superior y prevalente del menor”*. Por tanto, en este caso se le da importancia a la conveniencia de que el hijo permanezca con su abuela; eso sí, dando un amplio derecho de visitas a los padres.⁶⁵

3- La guarda y custodia compartida.

3.1 - Concepto. Origen. Fundamento.

La guarda y custodia compartida tiene un origen doble. Por un lado, el derecho que tienen los hijos a mantener la relación con ambos progenitores (Vuelvo a insistir en que en un proceso de divorcio, separación o nulidad, el mayor afectado va a ser el hijo o hijos, ya que son los únicos que no han tenido decisión y son los que más se van a ver afectados por la misma). Por otro lado, el derecho y obligación de ambos progenitores a cuidar a sus hijos.

HERNANDO RAMOS considera que este sistema es la *“asunción compartida de autoridad y responsabilidad, de derechos y obligaciones, entre los padres separados en relación a todo cuanto concierna a los hijos comunes”*⁶⁶

⁶⁵ Sentencia de la Audiencia Provincial de Oviedo núm. 259/2002, de 29 de mayo de 2002 (Ponente: Seijas Quintana, José Antonio). Fecha de la última consulta: 10 de abril de 2017.

⁶⁶ Hernando Ramos, S., "El informe del Ministerio Fiscal en la Guarda y Custodia compartida", *Diario la LEY*, 29 de junio de 2009, nº 7206.

PINTO ANDRADE define la guarda y custodia compartida como “*aquel modelo de guarda y custodia en el que ambos progenitores se encargan de forma periódica o rotatoria del cuidado, atención y educación de los hijos menores. En otro sentido, se señala que consiste en la alternancia de los progenitores en la posición de guardador y visitador (propios de la guarda exclusiva), la cual, en abstracto, les coloca en pie de igualdad y garantiza el derecho del menor a ser educado y criado por sus dos progenitores a pesar de la ruptura*”⁶⁷

Por su parte, LATHROP GÓMEZ considera que es un sistema familiar posterior a la ruptura matrimonial que está basado en el principio de la corresponsabilidad parental y que permite a ambos progenitores participar activa y equitativamente en el cuidado personal de sus hijos.⁶⁸

PEREZ SALAZAR-RESANO , señala a este respecto: “*quedémonos por tanto, como primera idea, con que guarda y custodia se identifica, en el derecho español, con el cuidado y atención diario, que se ejerce a través de la convivencia habitual con el menor, y que esa convivencia habitual se diferencia del resto de derechos y deberes que componen el ejercicio de la patria potestad y que competen a ambos progenitores, tenga quien tenga la custodia*”.⁶⁹

Asimismo, según la SAP Málaga de 27 de marzo de 2013 “*la custodia compartida o alternada consiste esencialmente en que el hijo convive con cada progenitor por periodos alternos o sucesivos, de tal forma que el guardador será el padre o la madre, dependiendo*

⁶⁷ Pinto Andrade, C., *La custodia compartida*, Barcelona, Editorial Bosch S.A, 2009, pp. 100- 106.

⁶⁸ Lathrop Gómez, F., *Custodia Compartida de los hijos*, Editorial La LEY, Madrid, 2008, p. 10.

⁶⁹ Pérez Salazar-Resano, M., *Patria potestad*, en González Poveda, P., y González Vicente, P., *Tratado de Derecho de familia. Aspectos sustantivos y procesales. Adaptado a las Leyes 13/2005 y 15/2005*, Editorial Sepín, Madrid 2005, p. 184.

*del periodo de que se trate”*⁷⁰

En cuanto a la terminología empleada, ya la Ley 15/2005, en su preámbulo habla indistintamente de “ejercicio de forma compartida”, “guarda conjunta” o “guarda y custodia compartida”. PINTO ANDRADE considera que la guarda referida ni es conjunta ni es compartida, sino que es alternativa entre los progenitores en el lugar de estancia y en el tiempo. Por eso sugiere el empleo de los términos “custodia alterna, alternada, alternativa o sucesiva”⁷¹

Por su parte, ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, defiende que el término de custodia compartida sólo sería adecuado cuando el núcleo familiar está unido. Afirma que se puede compartir la responsabilidad o la patria potestad, pero en ningún caso la custodia, pues cuando los progenitores están separados la ejerce uno u otro, pero no la comparten. Por lo que estima más exacto hablar de custodia alternativa.⁷²

3.2 – Regulación.

El régimen de guarda y custodia tiene su fundamento legislativo en la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989. En el Reglamento (CE) núm. 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) núm. 1347/2000. En la Directiva 96/34/CE del Consejo, de 3 de

⁷⁰ Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga núm. 200/2013, de 27 de marzo de 2013 (Ponente: Martín Delgado, Alejandro). Fecha de la última consulta: 10 de abril de 2017.

⁷¹ Pinto Andrade, C., *La Custodia Compartida*, 1ª ed., Editorial Bosch, Barcelona, 2009, p. 41.

⁷² Zarraluqui Sánchez-Eznarriaga, L., "La reforma del Código Civil en materia de separación y divorcio", *Revista Sepín Persona y Familia*, nº 45, junio 2005, pp. 16 y siguientes.

junio de 1996, relativa al Acuerdo marco sobre el permiso parental celebrado por la UNICE, el CEEP y la CES. En el Real Decreto de 24 de julio de 1889, texto de la edición del Código Civil mandada publicar en cumplimiento de la Ley de 26 de mayo último. En la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio. En la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. En la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras; y en la Instrucción de la Fiscalía General del Estado 1/2006, de 7 de marzo, sobre la guarda y custodia compartida y el empadronamiento de los hijos menores

3.2.1- La regulación en la Ley 15/2005 de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio.⁷³

La Ley, también conocida como la Ley del “Divorcio Exprés”, entró en vigor el 10 de julio de 2015⁷⁴, ha dividido a la doctrina. Por un lado hay autores que consideran que las innovaciones y las mejores introducidas por esta ley son notables. En palabras de GUILARTE GUTIÉRREZ: “(...) Sin lugar a duda, la normativa aprobada es la más avanzada de cuantas ofrece el derecho comparado, conteniendo soluciones a las que ni tan siquiera los antaño enviados países nórdicos han accedido aún”⁷⁵

No obstante, otros autores la han criticado abiertamente. SEISDEDOS MUIÑO se lamenta de que la nueva regulación lo que hace es bombardear al juez con una serie de

⁷³ Esta Ley dejó sin efecto los arts. 82 y 87 y modificó los arts. 68, 81, 84, 86, 90, 92, 97, 103, 834, 835, 837, 840 y 945 del Código Civil. Asimismo modifica los arts. 770, 771, 775 y 777 de la Ley 1/2000, de 7 de enero y el art. 20 de la Ley del Registro Civil, de 8 de junio de 1957.

⁷⁴ Ver «BOE» núm. 163, de 9 de julio de 2005, páginas 24458 a 24461.

⁷⁵ Guilarte Gutiérrez, V., *Comentarios a la reforma de la separación y divorcio (Ley 15/2005, de 8 de julio)*, Lex Nova, 1º ed., Valladolid, 2005, p. 440.

valoraciones redundantes e incompletas, y que de haberse mantenido el *favor filii* (el interés superior del menor) como criterio general para la atribución de un tipo de guarda y custodia u otro, la regulación sería inmensamente más sencilla.⁷⁶

GONZÁLEZ MORENO opina en el mismo sentido. Para ella, el legislador español lo que ha hecho es vacilar y acometer tímidas reformas, que establecen una regulación confusa, por presión de diversos grupos mediáticos.⁷⁷

PÉREZ GALVÁN afirma que la reforma es *“parca, timorata y da pie a que no todos los jueces accedan a entrar en el fondo del asunto cuando las partes no han alcanzado el acuerdo deseable antes de llegar al Juzgado, encontrándonos con situaciones de indefensión e impotencia en las que el Fiscal, sin haberse leído siquiera el caso ni razonar el porqué, se opone a la guarda y custodia compartida”*⁷⁸

Otra de las novedades consiste en que se admita la disolución del matrimonio sin acudir con anterioridad a una separación⁷⁹, ni esgrimir causas, quedando esta como una figura autónoma para quien la desee -eso sí, sólo con la separación no es posible contraer nuevo matrimonio⁸⁰. Asimismo, y como principal medida para el presente trabajo, se

⁷⁶ Seisdedos Muiño, A., *Las medidas relativas a los hijos en los procesos de divorcio y de Separación matrimonial*, Sección Estudio, 3ª ed., Editorial Aranzadi, Pamplona, 2006, p. 9.

⁷⁷ González Moreno, B., *El principio de igualdad ámbito del derecho*, 1ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 357.

⁷⁸ Pérez Galván, M., "Problemas Prácticos en el Régimen de Guarda y Custodia Compartida", *Diario la Ley*, 29 de junio de 2009, Sección Tribuna, Editorial la Ley, p. 2.

⁷⁹ Ya en la Exposición de Motivos de la Ley 15/2005 se trata de no obligar a permanecer juntos a quien no quiera estarlo: *“basta con que uno de los esposos no desee la continuación del matrimonio para que pueda demandar el divorcio, sin que el demandado pueda oponerse a la petición por motivos materiales, y sin que el Juez pueda rechazar la petición, salvo por motivos personales”*.

⁸⁰ Ya que para que se pueda contraer nuevo matrimonio es necesario que el anterior haya sido disuelto. En este sentido, el artículo 85 CC *“El matrimonio se disuelve, sea cual fuere la forma y el tiempo de su celebración, por la muerte o la declaración de fallecimiento de uno de los cónyuges y por el divorcio”*

incorpora la opción de la custodia compartida.⁸¹

3.3 - Principios inspiradores de la guarda y custodia compartida.

Podemos observar tres directrices generales⁸². Desde el punto de vista del menor, encontramos el ya referido principio de que las actuaciones se dirijan en interés superior del menor (y el derecho que este tiene a mantener una relación estable y adecuada con sus progenitores). Desde el punto de vista de los padres, encontramos el principio de corresponsabilidad y el principio de coparentalidad entre ambos progenitores.

· Principio de corresponsabilidad parental

Siguiendo a García Garnica, este principio consiste en que las obligaciones (y también los derechos, pero generalmente la tendencia es olvidarse de las obligaciones, de ahí que lo remarque) que tienen los progenitores para con los hijos, han de ser repartidos de forma equitativa.⁸³

Su fundamento lo encontramos en diversas fuentes. Se recoge de manera explícita en la Convención Internacional de los Derechos del Niño, que en su artículo 18 afirma que “Los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo

⁸¹ Ver artículo 92.5 *"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"*

⁸² En este sentido se manifiesta Lahtrop. Lathrop Gómez, F., *Custodia compartida de los hijos*, La ley, Madrid, 2008, p. 347.

⁸³ García Garnica, M., *La protección del Menor en las Rupturas de Pareja*; 1ª ed., Editorial Aranzadi, Navarra, 2009, p. 399.

del niño”. Como se ve, se determina que la responsabilidad será de ambos progenitores.

También viene recogido en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo ⁸⁴, que en su artículo 14 establece los criterios generales de actuación de los Poderes Públicos. En él encontramos dos párrafos muy reveladores. El párrafo 8 afirma que “El establecimiento de medidas que aseguren la conciliación del trabajo y de la vida personal y familiar de las mujeres y los hombres, así como el fomento de la corresponsabilidad en las labores domésticas y en la atención a la familia” y el párrafo 10 “El fomento de la efectividad del principio de igualdad entre mujeres y hombres en las relaciones entre particulares”. Como se ve, lo que se intenta es disponer de todas las medidas posibles para que ambos, padre y madre, puedan atender correctamente y desarrollarse también en el ámbito familiar (ya que, a la vez que se pretende aumentar la incorporación de la mujer al ámbito laboral, también se busca que el padre se incorpore al ámbito doméstico)

· Principio de coparentalidad de ambos progenitores

Partimos de la base ya mencionada anteriormente de que el niño tiene el derecho a tener una relación continuada y estable con ambos progenitores. Para ello será inevitablemente necesaria la cooperación de ambos padres. Tras una ruptura matrimonial, los padres han de ser capaces de tener la madurez suficiente para no perjudicar en la medida de lo posible al menor, y para ello han de ceder ambos y sacrificarse si así se requiriese.

Aprovecho este apartado para introducir, de forma breve, el problema del síndrome de alienación parental (En adelante SAP). El SAP es un tipo de influencia negativa que se manifiesta en múltiples formas, pero que todas ellas conducen a influir al hijo contra alguno de los progenitores. Por ejemplo, puede suceder que un padre, cada vez que está con su hijo,

⁸⁴ Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. BOE nº 71, pág. 12.611.

se dedique a menospreciar a la madre o a criticar a la nueva pareja de esta. O imaginemos que la madre le dice a su hijo que su padre no quiere verlo, cuando la realidad es que este está trabajando (Lógicamente, el uso de “padre” o “madre” para los ejemplos es indistinto e intercambiable). Comportamientos típicos de esta conducta serían desvalorar o insultar al otro progenitor; contar al hijo detalles innecesarios del divorcio para influir en él, reforzar sentimientos negativos que el menor pueda tener hacia un progenitor...

Es realmente necesario advertir sobre las consecuencias nocivas, presentes y futuras, que puede tener este tipo de comportamientos en el menor, llegando a que este rechace a uno de sus progenitores.

3.4 - Tipos de guarda y custodia.⁸⁵

3.4.1 - Custodia compartida simultánea.

Este tipo de guarda y custodia se da en aquellos supuestos en los que, tras la ruptura o disolución del vínculo matrimonial, ambos progenitores continúan viviendo y conviviendo en la misma casa (ya sea manteniendo la unidad de la vivienda o dividiéndola en dos zonas, con acceso a zonas comunes) Como se puede deducir, en la práctica es un supuesto extraordinariamente infrecuente, ya que, por regla general, tras una ruptura matrimonial, los ahora ex cónyuges suelen cambiar de domicilio al iniciar una nueva vida.

Obviamente, y pensando en el interés del menor, este tipo de guarda y custodia sería la más aconsejable⁸⁶, pero también la más difícil, y en la práctica no se suele dar ya que

⁸⁵ Cruz Gallardo, B., *La guarda y custodia de los hijos en las crisis matrimoniales*, 1ª ed., La Ley, 2012, pág. 419.

⁸⁶ En este sentido se manifiesta Vázquez Iruzubieta, C., *Matrimonio y divorcio*, Editorial Dijusa, 1ª ed., Madrid, España, 2005, p. 170.

exige que ambos padres tengan madurez suficiente, así como una buena relación

3.4.2- Custodia compartida a tiempo parcial sin cambio de domicilio para los hijos.

También conocida como la modalidad “nido”. En este tipo de guarda y custodia, los hijos son los que permanecen en la vivienda familiar, siendo los progenitores los que se turnan para vivir en la misma.

Este sistema tiene como principal ventaja que el menor no se ve sacado de su entorno, lo que indudablemente es mejor para él. Sin embargo, hay desventajas tanto económicas como emocionales. La desventaja económica obliga a los progenitores a tener otra residencia para vivir durante el tiempo que no le corresponda convivir con el menor. También puede ser costoso el traslado de objetos personales, así como el surgimiento de problemas derivados del uso de electricidad, agua etc.

Desde el punto de vista personal, pueden surgir numerosos problemas, como por ejemplo con nuevas parejas de los padres o si nacen nuevos hijos con dichas parejas, de ahí que los tribunales sean contrarios a esta práctica.

No obstante, ha habido algunas situaciones en las que se ha acordado esta modalidad de guarda y custodia, si bien con carácter temporal.⁸⁷

⁸⁷ A modo de ejemplo, la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Gijón núm. 512/2010, de 22 de junio de 2010 (Ponente: Campo Izquierdo, Ángel). Fecha de la última consulta: 10 de abril de 2017, que afirma que “se acuerda que sean los hijos quienes se queden en el domicilio familiar, y sean los progenitores, quienes cada seis días tengan atribuido el uso, mientras conviven con sus hijos. A fin de evitar que esa situación, que es evidentemente gravosa para ambos progenitores, pero que favorece la estabilidad de los menores, se establezca que esta situación se mantendrá en tanto en cuanto no se proceda a la venta de dicho inmueble o a la liquidación de la sociedad de gananciales, Siendo obligación de ambos progenitores, el garantizar a sus hijos un derecho de habitación digno”.

3.4.3- Custodia compartida a tiempo parcial con cambio de residencia para los hijos.

En esta modalidad, son los progenitores los que tienen una vivienda fija, siendo el niño el que se traslada durante los periodos de custodia que les correspondan a sus padres.

Resulta interesante la Instrucción de la Fiscalía General del Estado 1/2006⁸⁸ -Sobre la guarda y custodia compartida y el empadronamiento de los hijos menores- que establece la necesidad de establecer una previsión sobre el empadronamiento del menor para asegurar el derecho del menor a tener un domicilio administrativamente correcto y la necesidad de acabar con la irregular situación de que un menor en situaciones de guarda compartida “se halle empadronado en dos domicilios distintos a la vez”⁸⁹.

La citada Instrucción, en su apartado VII determina las siguientes conclusiones:

1º Los hijos menores han de ser empadronados en un solo domicilio, también en los supuestos de guarda y custodia compartida.

2º El domicilio preferente será el de aquel de los progenitores con el que en cómputo anual el menor pase la mayor parte del tiempo.

⁸⁸ Instrucción de la Fiscalía General del Estado 1/2006 sobre la guarda y custodia compartida y el empadronamiento de los hijos menores. Disponible en <http://www.ayudaafamiliasseparadas.es/archivo/archivo/INSTRUCCION%201%202006.pdf>. Fecha de la última consulta: 10 de abril de 2017.

⁸⁹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona núm. 850/199, de 29 de noviembre de 1999. Fecha de la última consulta: 10 de abril de 2017.

3° En los supuestos en los que los períodos de convivencia estén equilibrados hasta el punto de que no pueda determinarse con cuál de los padres pasa el menor en cómputo anual la mayor parte del tiempo, deberán ser en principio los propios progenitores quienes de mutuo acuerdo, elijan de entre los dos domicilios en los que el menor vive, aquel en el que ha de ser empadronado el menor

4° A fin de coadyuvar a un pacífico disfrute por parte del menor de su derecho a estar correctamente empadronado, los Sres. Fiscales velarán por que en los convenios reguladores, o excepcionalmente a falta de ellos, en las resoluciones judiciales en que se opte por una guarda y custodia compartida con tiempos de permanencia equilibrados se determine cuál ha de entenderse como domicilio del menor a efectos de empadronamiento.

3.5 - Exclusión de la guarda y custodia compartida.

Como hemos visto, la guarda y custodia compartida se concederá cuando sea lo más beneficioso para el menor.

Ahora bien, establecer qué se considera beneficioso o no para el menor, es un asunto extremadamente complicado, ya que una crisis matrimonial es un asunto que afecta esencialmente a la esfera privada de los cónyuges, a su ámbito familiar, por lo que es difícil para un juez llegar a conocer en profundidad las circunstancias, así como el carácter de ambos progenitores. Asimismo, y al ser una cuestión mayormente subjetiva, habrá jueces que, ante una misma situación, tengan opiniones diferentes.

Además de aquellos casos en que no sea beneficioso para el menor, el Código Civil, en su artículo 92.5 establece una exclusión de la guarda y custodia para situaciones en que

alguno de los progenitores esté incurso en un proceso penal ⁹⁰ por violencia de cualquier tipo contra el otro cónyuge o los hijos. ⁹¹

Esta exclusión se recoge también en las diferentes leyes autonómicas que regulan sobre la materia, así como en el artículo 92 Bis del Anteproyecto de Ley sobre el Ejercicio de la Corresponsabilidad Parental en caso de Nulidad, Separación y Divorcio ⁹². El artículo del Anteproyecto, que posteriormente analizaremos, cambia el “estar incurso en un proceso penal” por haber sido condenado penalmente por sentencia firme. Sin embargo, HERRANZ GONZÁLEZ también lo critica, afirmando que “... y ello por mucho que el propio artículo prevea la revisión del régimen de guarda y custodia en caso de que se dicte sentencia absolutoria o se decrete el sobreseimiento libre, porque pueden transcurrir varios años entretanto y la relación paterno filial perdida durante ese tiempo no se puede recuperar de ningún modo”.

⁹⁰ No obstante este inciso ha recibido numerosas críticas, ya que hay autores que entienden que se está vulnerando el principio de presunción de inocencia, y que los daños ocasionados pueden ser irreparables, tanto para el progenitor afectado como para el menor. Así, HERRANZ GONZÁLEZ (Herranz González A., "Revisión jurisprudencial de la guarda y custodia compartida en interés del menor: Novedades en torno a la futura ley de corresponsabilidad parental", *Revista de Derecho UNED*, núm. 14, 2014) afirma que “*privar a un progenitor de la guarda y custodia de sus hijos con fundamento en la existencia de un proceso penal en trámite en el que todavía no se ha dictado resolución firme de condena es, sencillamente, inviable. Y ello porque, además de vulnerar el derecho a la presunción de inocencia, va en contra de los más elementales principios generales del derecho emanados de nuestro vigente ordenamiento jurídico, con la Constitución en su cúspide*”

⁹¹ Así, el artículo 92.5 CC “*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*”. Esta última frase también ha sido criticada por HERRANZ GONZÁLEZ, que afirma “*Para colmo de despropósitos, ni tan siquiera es preciso que exista un proceso penal en curso, sino que basta con que el juez civil considere que existen indicios fundados de la comisión de tales hechos*”

⁹² En este sentido, el artículo 92 BIS “*No procederá atribuir la guarda y custodia de los hijos, ni individual ni compartida, ni un régimen de estancia, relación y comunicación respecto de ellos, al progenitor que haya sido condenado penalmente por sentencia firme, 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 hasta la extinción de la responsabilidad penal, tras lo cual será el Juez quien deba valorar si procede tal concesión, atendiendo a los criterios señalados en los apartados anteriores y, singularmente al delito cometido, duración de la pena, reincidencia y reinserción del progenitor. Excepcionalmente, el Juez podrá establecer, si lo considera conveniente para la protección del interés superior de los menores, atendiendo a los criterios anteriores y a la peligrosidad del progenitor condenado, un régimen de estancia, relación y comunicación respecto de ellos.*”

3.6- El futuro de la guarda y custodia: Anteproyecto de Ley sobre el Ejercicio de la Corresponsabilidad Parental en caso de Nulidad, Separación y Divorcio.

Se trata de un texto legal de 18 folios, que contiene 2 artículos, el primero de ellos llamado «*Modificación del Código Civil*» mientras que el segundo recibe el nombre de «*Modificación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil*». El primero de ellos, «*Modificación del Código Civil*», modifica 23 artículos del Código Civil –concretamente los artículos 83, 90, 91, 92, 93, 94, 95, 96, 97, 100, 102, 103, 142, 152, 156, 159, 163, 170, 756, 1394, 1396, 1415 y 1417– e introduce un nuevo artículo en el precitado texto legal –concretamente el artículo 92.bis–. El propio Ministerio de Justicia, en su página web oficial, nos indica los principales puntos del Anteproyecto aprobado por el Gobierno: elimina la excepcionalidad de la custodia compartida; establece que el juez será el que determiné que forma de guarda y custodia es la más conveniente en cada caso; acelera la liquidación del régimen económico matrimonial, obliga a incorporar un plan de ejercicio de la patria potestad e introduce la mediación familiar en el Código Civil .⁹³

El artículo 92 Bis del Anteproyecto, en su apartado primero establece que “*El Juez podrá acordar, en interés de los hijos, que su guarda y custodia sea ejercitada por uno solo de los progenitores o por los dos, de forma compartida*”. Como vemos, el Anteproyecto no establece preferencia por ningún tipo de guarda y custodia, dejando al Juez la decisión de qué forma -monoparental o compartida- es la más conveniente para el interés del menor.

Esta medida es una de las más relevantes. El actual artículo 92 del Código Civil establece que la guarda y custodia compartida se dará cuando ambos cónyuges lo soliciten o, excepcionalmente, cuando uno de los progenitores lo solicite y el Juez lo estime conveniente.

⁹³ Texto disponible en

http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292428205716?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-Disposition&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3DAPL_CUSTODIA_COMPARTIDA_CM_19-07-13_TEXTO_WEB_.PDF.PDF

¿Dónde está la diferencia? La diferencia la encontramos en que en el Anteproyecto no es necesario que siquiera un progenitor solicite la guarda y custodia compartida, permitiendo al Juez acordarla si así lo estima.

Debido a su importancia, la nueva redacción no está exenta de polémica, ya que jueces y autores abogan por su revisión.⁹⁴ Asimismo el informe emitido por el Consejo General del Poder Judicial critica abiertamente esta medida⁹⁵. También diversas fundaciones, como la Fundación Mujeres, se ha sumado a las críticas del Anteproyecto.⁹⁶

97

Con respecto a la liquidación del régimen económico matrimonial, el Anteproyecto en su exposición de motivos, apartado VI, afirma que uno de los principales focos de conflictos en las rupturas familiares es la liquidación del régimen económico matrimonial.

4 - Conclusiones.

Tras el detallado estudio del presente trabajo, procedo a exponer las conclusiones

⁹⁴ En esta postura Juan Pablo González del Pozo, Magistrado-juez titular del Juzgado de Primera Instancia nº 24, de Familia, de Madrid.

⁹⁵ En este sentido, afirma que “*Si ninguno de los cónyuges estima pertinente el establecimiento de guarda conjunta que, por definición, exige de aquellos una especial predisposición para facilitar que las relaciones con los hijos “in potestate” se desarrollen de manera flexible y fluida, tal dato alumbra un pronóstico desfavorable a cerca de su funcionalidad, pues la renuente actitud de los principales protagonistas, no augura, precisamente, una voluntad adecuada para mantener en el futuro la colaboración necesaria para que el ejercicio de las facultades tuitivas y educativas sea fructífero*” y, yendo más allá, el informe del Consejo considera que “*si ninguno de los padres solicita la implantación de aquel modelo (el de guarda y custodia compartida), es evidente que descartan esa opción por inadecuada al caso y, de ahí que resulte difícil entrever que el establecimiento del sistema compartido de custodia sea una opción que se acompañe con la salvaguarda del superior interés del menor (...) es más que previsible el otorgamiento de oficio de la guarda conjunta agudice las tensiones y controversias que, frecuentemente, pueden surgir tras la ruptura de convivencia, en un aspecto tan trascendente como es la educación, la vigilancia y el cuidado de los hijos.*”

⁹⁶ En este sentido encontramos las Observaciones realizadas por la Fundación Mujeres a invitación del Ministerio de Justicia, de 13 de enero de 2015. Disponible en <http://www.separadasydivorciadas.org/wordpress/wp-content/uploads/2014/11/Fundaci%C3%B3n-Mujeres.pdf>. Fecha de la última consulta: 10 de abril de 2017.

97

extraídas:

En primer lugar, las funciones de la guarda y custodia quedan englobadas bajo la figura de la patria potestad, si bien son perfectamente separables y la limitación o suspensión de una, no implica, necesariamente la suspensión de la otra.

En segundo lugar, destacar la existencia de criterios legales y judiciales de atribución de la patria potestad. Al primer grupo pertenecen los dictámenes de los especialistas, la no separación de los hermanos... mientras que el segundo recoge criterios más relacionados con la esfera personal de los progenitores, como por ejemplo, su disponibilidad, su predisposición a permitir el contacto del menor con la otra parte... . Asimismo siempre será el interés supremo del menor el eje central del que parte cualquier medida adoptada.

En cuanto a la separación de los hermanos, la redacción actual del artículo 92.5 CC finaliza diciendo que el juez procurará no separar a los hermanos. Sin embargo, este principio de separación de hermanos, debido a la terminología empleada ("procurando") carece de fuerza imperativa, por lo que no es obligatorio, ni actúa automáticamente.

Independientemente de que la ley, la doctrina y la jurisprudencia establezcan que la separación de hermanos es, bajo determinadas circunstancias, aceptable; personalmente opino que los hermanos han de permanecer juntos y bajo el mismo techo y cuidado.

Actualmente impera lo que, si se me permite, he denominado como la "Doctrina Luke y Leia", en referencia a la famosa película Star Wars, cuando, tras la caída de la República, los hijos de Padme y Anakin Skywalker son separados por su propia seguridad. Siguiendo el símil, en este caso estaba justificado por el carácter peligroso del padre de ambos. No obstante, en nuestra realidad actual, esta medida carece de sentido, ya que si un progenitor es

potencialmente peligroso para uno de los hijos, no se debe ni contemplar dejarle en custodia a otro hermano.

Probablemente, numerosas voces argumenten que sólo se produce esta separación bajo circunstancias concretísimas y de forma excepcional. Hay casos de extrema gravedad, como conflictos continuos entre hermanos, en que se podría pensar en separarlos. No obstante, hay que diferenciar entre aquellos conflictos considerados normales, aquellas peleas entre hermanos que no tienen trascendencia, a una verdadera conducta hostil llegando incluso a poner en riesgo físico o psicológico, de un hermano a otro. Sin embargo, introduzco una reflexión, esta conducta de un hermano hacia otro ¿Por qué surge? Aventuro a pensar que, aunque la personalidad de cada hermano sea impredecible y afecte directamente a su forma de relacionarse, si un hermano es potencialmente peligroso para el otro, es por un problema de educación; con lo cual uno o los dos progenitores han fallado en algún punto de la crianza a sus hijos, pareciéndome por tanto contraproducente que el progenitor que ha influenciado en este sentido, se pueda hacer cargo de la custodia de cualquier hijo.

Creo que, en lugar de que el juez tome las medidas "*procurando no separar a los hermanos*", y que luego sí se permita separarlos; la redacción debería ser "*sin separar a los hermanos*", y luego, excepcionalmente, sí se les pueda separar. El resultado material será el mismo, pero la nueva redacción le otorgaría carácter imperativo.

En tercer lugar, que hay diversos tipos de guarda y custodia, siendo los más frecuentes, la atribución en exclusiva a uno de los progenitores, y la guarda y custodia compartida. Sin perjuicio de que, si las circunstancias lo aconsejan, puedan ejercer esta figura terceras personas.

En cuarto lugar, que nuestra legislación vigente apuesta por un modelo de guarda y

custodia compartida, para favorecer el pleno desarrollo del menor, y atender al derecho-deber de ambos progenitores de participar activamente en el cuidado de su hijo.

No se puede negar que la introducción de la figura de la guarda y custodia compartida era absolutamente necesaria. El derecho sigue a la sociedad, y por tanto, ha de buscar las respuestas para adaptarse a los enormes cambios ocurridos en el seno de las familias durante el siglo pasado y el actual. La incorporación de la mujer al mundo laboral ha supuesto un cambio en la concepción tradicional de familia. La mentalidad de que la mujer había de quedarse en casa, cuidando a los niños, se ha visto ampliamente superada hoy en día. Asimismo, ha aumentado considerablemente la implicación del varón en las tareas comunes del hogar, y en especial del cuidado de los hijos.

Me atrevo a aportar mi propia definición del concepto de guarda y custodia, definiéndolo como “la facultad doméstica” que abarca aquellas tareas tales como la educación, la alimentación, el cuidado y vestimenta del menor, así como imposición de normas de disciplina y demás obligaciones resultantes del normal y atento cuidado diario del menor. Para ello, a priori, ambos progenitores son, o deberían ser, plenamente aptos.

No es de extrañar, por tanto, que la concesión casi automática de la custodia en exclusiva a la madre, perdiese su sentido, siendo sustituida, con la Ley 17/2005, por la regla general actual, que se decanta por la guarda y custodia compartida, siempre y cuando sea favorable al interés del menor.

En mi opinión, actualmente no sería aconsejable establecer como criterio general el modelo de guarda y custodia compartida, como tampoco establecer la custodia monoparental como regla general. Quizá contradiga la opinión mayoritaria de la doctrina y la jurisprudencia, pero me inclino por que, a la hora de establecer la guarda y custodia del

menor, habrá que estar a cada caso concreto. En la mayor parte de las rupturas matrimoniales, se dan circunstancias que no trascienden del ámbito familiar y que por su enorme importancia no pueden ser valoradas desde el punto de vista legal por un juez.

En una situación de crisis matrimonial, el menor queda totalmente expuesto. Su forma de vida va a cambiar inevitablemente, y su concepción del mundo, esto es, si se me permite, que mamá y papá se quieren y todos vivimos felices en casa, se va a ver trastocada. Lógicamente no se puede legislar teniendo la visión de un niño, pero a veces se cometen errores porque los legisladores se alejan de la perspectiva del menor.

La guarda y custodia compartida es aceptable, necesaria y aconsejable en aquellos supuestos en que ambos padres están implicados por igual en el cuidado de sus hijos. La expresión "por igual", no implica, como se explicó en el trabajo, un estricto 50% del tiempo o de la dedicación. Significa que ambos padres, en un ejercicio de madurez y responsabilidad, piensen que el menor no se ha de ver perjudicado o afectado por sus decisiones personales. Para ello han de ceder en numerosas cuestiones, y no hace falta más que presenciar un par de juicios en temas de rupturas matrimoniales, para darse cuenta de cuán lejos estamos de llegar a buen puerto en este asunto.

Considero que la redacción del Código Civil que permite al juez otorgar la guarda y custodia compartida a petición de uno sólo de los cónyuges, es perjudicial para el menor. Del mismo modo, la redacción del Anteproyecto, que habilita al Juez para acordar esta custodia compartida aún sin haber sido pedida por ninguno de los progenitores, no considero que sea beneficiosa en modo alguno para el menor. Si un progenitor no quiere hacerse cargo de su hijo, la ley no debería obligarle más que a contribuir económicamente en lo que le corresponda (El menor, una vez crezca, valorará el trabajo y esfuerzo que realizó el progenitor custodio). Por ello considero que el legislador debería de buscar una forma de asegurar que los padres lleguen a un acuerdo (aquí es donde cobra importancia la mediación

familiar), evitando por tanto que el juez tenga que regular dicha situación. Asimismo, destacaría la importancia de establecer una legislación estatal completa, evitando así que las diversas CCAAs establezcan diferentes regulaciones

Quinta y última, que el futuro de la guarda y custodia, reflejado en el Anteproyecto de Ley sobre el Ejercicio de la Corresponsabilidad Parental en caso de Nulidad, Separación y Divorcio, que previsiblemente será aprobado en la presente legislatura, apuesta aún más por el sistema de guarda y custodia compartida.

Asimismo, propongo la siguiente medida: la especialización judicial

En virtud del artículo 98 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, se permite, con una serie de requisitos, especializar juzgados para asuntos más concretos. Con respecto a familia, hay juzgados encargados en exclusiva de este ámbito. Sin embargo, considero que se debería especializar a los jueces a cargo.

Es decir, se debería exigir que, para estar al frente de un juzgado de familia y resolver los asuntos correspondientes, el Juez, además de la carrera de Derecho y la oposición, deba ampliar sus conocimientos con materias tales como psicología, así como tener amplios conocimientos en mediación familiar.

Lo más probable es que esta sugerencia sea ampliamente criticada. Los contras de la medida propuesta serían elevar enormemente los años de estudio de los jueces cuya vocación les incline por el derecho de familia. Las ventajas son varias. Por un lado, se defendería más adecuadamente el interés superior del menor, ya que los jueces tendrían los conocimientos necesarios como para mediar entre ambos cónyuges a la hora de establecer determinadas condiciones que afectan a los hijos. Por otro lado, la tensión que genera, en muchas personas,

un proceso de divorcio se podría ver atenuada si los Jueces tuvieran, y si se me permite la expresión "más mano izquierda", es decir, alejarse quizá del jurista para acercarse al del psicólogo.

Asimismo, sería interesante la proposición de que los dictámenes de los especialistas tengan carácter periódico. Es decir, que la actividad pericial no se limite simplemente al momento del juicio, sino que sigan produciéndose nuevas entrevistas e informes durante los años posteriores, para ver la evolución. El inconveniente es que se precisarían más medios económicos y personales; la ventaja es clara, que se solucionarían muchos de los problemas que surgen al cabo de los años relacionados con medidas dispuestas en el momento de la sentencia de divorcio.

5 - Bibliografía.

- Campo Izquierdo, A. L., *Guarda y Custodia Compartida*, Diario La Ley, junio de 2009, nº 7206.

- Cruz Gallardo, B., *La guarda y custodia de los hijos en las crisis matrimoniales*, La Ley, 2012.

- Díez-Picazo L., y Gullón Ballesteros A., *Sistema de Derecho Civil, vol. IV, Derecho de Familia. Derecho de Sucesiones*, 10ª ed., Tecnos, Madrid, 2006.

- Espiau Espiau, S., *La vivienda familiar en el ordenamiento jurídico civil español*, Promociones y Publicaciones Universitarias, Barcelona, 1992.

- Gálvez Montes, F. J., *Comentario al artículo 39 de la Constitución Española*, en *Comentarios a la Constitución Española*, coordinador: Fernando Garrido Falla, 2.^a ed., Civitas, Madrid, 1985.

- García Garnica, M., *La protección del Menor en las Rupturas de Pareja*; Primera Edición, Editorial Aranzadi, Navarra, 2009.

- García Pastor, M., *La situación jurídica de los hijos cuyos padres no conviven: aspectos personales*; Editorial McGraw-Hill, Madrid, 1997.

- Gil Membrado, C. *La vivienda familiar*, Colección Familia y Derecho, Edit. Reus, Madrid, 2013.

- González Moreno, B., *El principio de igualdad ámbito del derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

- González Poveda, P., y González Vicente, P., *Tratado de Derecho de familia. Aspectos sustantivos y procesales. Adaptado a las Leyes 13/2005 y 15/2005*. Editorial Sepín, Madrid 2005.

- Guilarte Gutiérrez, V., *Comentarios a la reforma de la separación y divorcio (Ley 15/2005, de 8 de julio)*, Lex Nova, Valladolid, 2005.

- Guilarte Martín-Calero, C., *Aspectos Civiles y Penales de las Crisis Matrimoniales*, Primera

Edición, Editorial Lex Nova, Valladolid, 2009.

· Hernando Ramos, S., *El informe del Ministerio Fiscal en la Guarda y Custodia compartida*, en Diario la LEY, de 29 de junio de 2009, nº 7206.

· Lasarte Álvarez, C., *Derecho de Familia: Principios de Derecho Civil IV*, Marcial Pons, Quinta Edición, Madrid, 2006.

· Lathrop Gómez, F., *Custodia Compartida de los hijos*, Editorial La LEY, Madrid, 2008.

· Morán González M^a I., *El Ministerio Fiscal y los Sistemas de Guarda y Custodia; cuadernos de Derecho Judicial II-2009*, Consejo General el Poder Judicial, Madrid, 2010.

· Nieto Morales, C., *Las crisis en las familias, infancia y juventud en el siglo XXI*, Editorial Dykinson, 2015.

· Ortuño Muñoz, P., *Mediación Familiar, mencionado por González Poveda, P., en Tratado de Derecho de Familia: Aspectos sustantivos y Procesales*, Editorial Sepin, Madrid, España, 2005.

· Pérez Galván, M., *Problemas Prácticos en el Régimen de Guarda y Custodia Compartida*, Diario la Ley, de 29 de junio de 2009.

· Pinto Andrade, C., *La custodia compartida*, Primera edición, Editorial Bosch, Barcelona,

2009.

· Rabadán Sánchez-Lafuente, F., *Ejercicio de la Patria Potestad cuando los padres no conviven*, Editorial Aranzadi, Primera edición, Navarra, 2011.

· Ragel Sánchez, L.F., *La Guarda y Custodia de los Hijos*, Revista de Derecho Privado y Constitución, nº 15, enero 2001.

· Seisedos Muiño, A., *Las medidas relativas a los hijos en los procesos de divorcio y de Separación matrimonial*, Sección Estudio, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2006.

· Suárez Blázquez, G., *La patria potestad en el derecho romano y en el derecho altomedieval visigodo*, Revista de estudios histórico-jurídicos, nº 36, Valparaíso, 2014.

· Vázquez Iruzubieta, C., *Matrimonio y divorcio*, Editorial Dijusa, Primera Edición, Madrid, España, 2005.

· Zarraluqui Sánchez-Eznarriaga, L., *Temas de Actualidad en Derecho de Familia*, Dykinson, Madrid, 2006.

· Zarraluqui Sánchez-Eznarriaga, L., *La reforma del Código Civil en materia de separación y divorcio*, Revista Sepín Persona y Familia, número 45, junio 2005.