

Universitat de València
Facultad de Derecho
Departamento de Derecho Civil



VNIVERSITAT
DE VALÈNCIA

TESIS DOCTORAL:

GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA

Programa de doctorado en Estudios Jurídicos, Ciencia Política y
Criminología

Presentada por: Beatriz Morera Villar

Dirigida por: Prof. Dr. Francisco de P. Blasco Gascó

Valencia, 2014

Guarda y Custodia Compartida

Tesis Doctoral

Departamento de Derecho Civil

Facultad de Derecho

Universitat de València

Director de Tesis: Prof. Dr. Francisco de P. Blasco
Gascó

Valencia, 2014

ÍNDICE

ABREVIATURAS	9
INTRODUCCIÓN	11

Capítulo I

LA PATRIA POTESTAD

I.1.- EVOLUCIÓN LEGISLATIVA DE LA PATRIA POTESTAD.....	19
I.1.1- Evolución histórica.....	19
I.1.2.- Sistema del Código civil de 1889	24
I.1.3.- Modificaciones posteriores en materia de patria potestad.....	34
I.2.- PATRIA POTESTAD Y GUARDA Y CUSTODIA	40
I.2.1.- Titularidad y ejercicio	40
I.2.2.- Tipos de regímenes convivenciales.....	49
I.2.3.- Violencia y guarda y custodia.....	52
I.2.4.- Circunstancias a tener en cuenta para la adopción del sistema de guarda	57
I.2.5.- El síndrome de alienación parental	65
I.2.5.1.- Introducción	65
I.2.5.2.- Concepto	67
I.2.5.3.- La jurisprudencia y el síndrome de alienación parental ..	70

Capítulo II
GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA

II.1.- LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA EN GENERAL.....	75
II.1.1.- Concepto y problemática de denominación	75
II.1.2.- Principios.....	86
II.1.3.- Ventajas e inconvenientes	98
II.1.2.1.- Ventajas	98
II.1.2.2.- Inconvenientes	106
II.2.- RÉGIMEN LEGAL DE LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA	107
II.2.1.- Introducción.....	107
II.2.3.- Falta de acuerdo entre los progenitores.....	114
II.2.4.- Audiencia del menor	122
II.2.5.- Intervención del Ministerio fiscal y del Equipo Técnico: valor de los informes periciales	127
II. 2.6.- Resolución judicial.....	130
II.3.- VIVIENDA Y GASTOS EN RÉGIMEN DE GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA.....	136
II.3.1.- La vivienda familiar	136
II.3.2.- Gastos ordinarios y extraordinarios	147

Capítulo III

EL INTERÉS DEL MENOR

III.1.- MARCO LEGAL.....	155
III.2.- QUÉ SE ENTIENDE POR INTERÉS DEL MENOR	164
III.3.- EL INTERÉS DEL MENOR EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO.....	170
III.4.- EL INTERÉS DEL MENOR EN LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA.....	175

Capítulo IV

MEDIACIÓN FAMILIAR Y GUARDA Y CUSTODIA

IV.1.- MEDIACIÓN EN GENERAL	181
IV.1.1.- Concepto	181
IV.1.2.- Marco legislativo.....	184
IV.1.3.- Principios	187
IV.2.- MEDIACIÓN FAMILIAR.....	189
IV.2.1.- Introducción	189
IV.2.2.- Regulación legal.....	193
IV.2.3.- Concepto	199
IV.2.4.- Mediación familiar, hijos menores y guarda y custodia	203
IV.2.4.1.- Introducción	203
IV.2.4.2.- Objeto de la mediación familiar	204

IV.2.4.3.- La guarda y custodia de los hijos en la mediación familiar	207
IV.2.4.4.- El proceso de mediación familiar y la intervención de los hijos menores.....	214
CONCLUSIONES.....	219
BIBLIOGRAFÍA.....	223
REPERTORIO DE JURISPRUDENCIA	237
RECURSOS ELECTRÓNICOS.....	247

ABREVIATURAS

ADR Alternative Dispute Resolution. Método alternativo de resolución de conflictos

art. artículo

arts. artículos

C.c. Código civil

C.c.c. Código civil de Cataluña

CDFA Código del Derecho Foral de Aragón

CGPJ Consejo General del Poder Judicial

CE Constitución Española

Coord. coordinador (es)

Dir. director (es)

ed. editor (es)

LTRA Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida

LMADP Ley 15/2009, de 22 de julio, de mediación en el ámbito de derecho privado

LEC Ley de Enjuiciamiento Civil

LOPJM Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del menor, de modificación del Código civil y de la Ley de Enjuiciamiento civil

pág. página

pár. Párrafo

OMS Organización Mundial de la Salud

RAE Real Academia Española

ss. siguientes

INTRODUCCIÓN

I

Resulta innegable que el Derecho de familia ha sufrido en los últimos años innumerables modificaciones consecuencia, todas ellas, de la evolución y avances que se han producido en la sociedad española así como de la exigencia de la Constitución Española (art. 14 a 39).

Se ha pasado de un Derecho de familia basado en la unión matrimonial a un Derecho de familia en el que, dadas la innumerables y crecientes rupturas matrimoniales, lo que ha de primar es el interés superior del menor o, como también se le suele denominar, el siempre conocido principio *favor filii* o *favor minoris*. No se puede afirmar que el interés del menor no estuviera presente anteriormente, sin embargo, parece que ese concepto jurídico tan indeterminado como es el interés del menor, con el paso de los años y aplicado a ámbitos y a situaciones muy concretas se puede ir delimitando. Si bien nunca se podrá dar una definición con carácter general del significado de este principio porque habrá que aplicarlo a cada supuesto concreto.

Si se conjuga el interés del menor con los roles sociales adquiridos actualmente por hombres y mujeres y se aplica a los supuestos en los que se ha roto el matrimonio, o bien los progenitores no viven en común y bajo el mismo techo que su hijo menor, parece que la anterior regulación quedó obsoleta. De ahí su posterior modificación y derogación.

Es cierto que los roles han cambiado, así se suele decir; aunque yo preferiría decir evolucionado. Quizás para la anterior situación en la que por regla general la mujer trabajaba dentro de casa, dedicándose al cuidado del hogar y de los hijos y el hombre trabajaba fuera del hogar familiar y era el que aportaba los recursos económicos, el sistema de guarda y custodia exclusiva "no eran tan malo", respecto de los progenitores. Si bien es cierto que por un lado el padre se veía

privado prácticamente de la totalidad de la vida diaria de sus hijos menores, convirtiéndose en un mero visitador. Lo que realmente preocupaba de este sistema, viene a ser lo mismo pero desde otro punto de vista: que los menores se estaban viendo privados de estar con sus padres cuando no sólo tienen el derecho a estar y relacionarse con ellos, sino que además, es bueno para ellos y para su desarrollo emocional. En numerosos Tratados internacionales como la Convención de los Derechos del Niño se observa el mandato para procurar conservar la relación entre los hijos menores con sus progenitores aun a pesar de la ruptura entre éstos.

Este derecho del menor a permanecer y relacionarse con sus dos progenitores, unido a la cada vez mayor implicación de los padres (hombres) en las tareas del cuidado de los mismos, así como la cada vez mayor contribución de la mujer a la economía familiar trabajando ahora no sólo dentro sino también fuera de casa, ha llevado a que el sistema de guarda y custodia establecido por el Código civil en el año 1981 haya quedado obsoleto.

Lo mismo debió de pensar el legislador cuando en 2005 a través de 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 filiación, patria potestad y divorcio, modificó el art. 92 C.c. permitiendo la posibilidad de que, en caso de acuerdo entre los progenitores, se pudiera establecer un sistema de custodia en el que los menores pudieran seguir gozando de su derecho a relacionarse con sus progenitores y éstos a su vez pudieran, no sólo disfrutar del tiempo que dedican a sus hijos, sino también de disponer de algo de tiempo para ellos mismos.

Se puede decir que la mencionada Ley de 2005, si se observa su exposición de motivos, es una auténtica declaración de principios. La nueva normativa está inspirada en los principios de la libertad, el libre desarrollo de la personalidad, por supuesto, el interés del menor y el derecho que les asiste a relacionarse con sus dos progenitores. Según la mencionada Ley y por lo que se ha entendido, de lo que se trata es que, desde el principio de igualdad entre hombre y mujer (art. 14 CE), ambos progenitores son igualmente capaces para desempeñar las tareas

relativas al cuidado de los hijos, sean éstos capaces de llegar a un acuerdo respecto a las reglas que van a regir, sobre todo, sus relaciones familiares con sus hijos, una vez se haya producido el cese de la convivencia, intentando que esta nueva situación familiar perjudique lo menos posible a los menores y éstos puedan seguir disfrutando de ambos progenitores. Y para que esto, tan idílico a veces, tenga lugar, en la Ley de 2005 no sólo se articulan nuevos mecanismos de guarda y custodia, permitiendo una guarda y custodia compartida, sino también mecanismos extrajudiciales de resolución de conflictos que, permitiendo el diálogo entre los progenitores y asistidos por un profesional, consigan adoptar los acuerdos más favorables para sus hijos. En este caso la Ley se está refiriendo a la mediación familiar.

Respecto de la llamada guarda y custodia compartida, dispone el Código civil de una nueva regulación, que no definición, concretamente en el art. 92 C.c. Como seguidamente se estudiará, parece, y así se predicaba de la exposición de motivos de la Ley continua siendo una declaración de principios, ya que su efectividad real ha sido bastante cuestionada doctrinalmente porque la llamada guarda y custodia compartida, con la Ley de 2005, quedó casi prácticamente relegada a los supuestos en que existiera un acuerdo de los progenitores en este sentido. Si no existía acuerdo, los requisitos exigidos por el art. 92 C.c. hacían casi imposible para el Juez la adopción de este tipo de régimen de convivencia. Está por ver cómo funciona la operatividad de la guarda y custodia compartida ahora que se ha declarado inconstitucional por sentencia STC 185/2012, de 12 de octubre, la principal traba para la adopción de una guarda y custodia compartida en los supuestos en los que no existiera el acuerdo entre los progenitores: el informe favorable del Ministerio fiscal al que se refiere el art. 92.8 C.c.

No se puede negar que no se encuentren pronunciamientos judiciales favorables a la guarda y custodia compartida ya que muchos son los que consideran que este sistema de guarda puede resultar muy beneficioso para los menores, si bien es cierto que atendiendo a la reforma, el número de pronunciamientos favorables a este sistema de convivencia debería ser mucho mayor. Y si no se establece, en muchos de los casos es porque no se dan los requisitos legales para ello.

Lo importante es, sin lugar a dudas, el interés del menor, y que los niños cuyos padres deciden dejar de vivir juntos, sigan viendo a sus progenitores como sus referentes, que no pierdan el contacto con ninguno de ellos y que tampoco pierdan el contacto con las respectivas familias extensas. En definitiva, que aun a pesar de la ruptura, la vida para el menor siga siendo lo más parecida a cuando vivían todos los miembros de la familia bajo el mismo techo.

El Código civil permite que sean los propios progenitores los que decidan las consecuencias de su separación y las plasmen en el convenio regulador a que se refiere el art. 90 C.c. Para ello, la exposición de motivos habla de la mediación familiar como método extrajudicial apropiado para resolver los conflictos familiares. Sin embargo, la mediación familiar no aparece en ningún precepto del Código civil.

En el año 2005 ya existían numerosas Leyes relativas a la mediación familiar, por ejemplo las de Cataluña¹ y Valencia que datan de 2001², o la de Canarias³, de 2003. Además de la Recomendación Europea de 1998⁴ para la incorporación de sistemas de mediación familiar. Realmente no se sabe si el legislador obvió la referencia a la mediación en el Código por la existencia de las legislaciones autonómicas o porque, continuando con su tónica de declaración de principios, quedaba bien en la exposición de motivos, pero no había ningún plan de modificación en este sentido.

Parece que últimamente se avanza un poco más, aunque sea en el plano autonómico. Aragón, Cataluña, Valencia y Navarra, publicaron entre los años 2010 y 2011 legislaciones relativas a la convivencia de los hijos menores en los casos de ruptura de sus progenitores, y en ellas se hace una especial mención a la

¹ La primera Ley de mediación familiar catalana data del año 2001. Fue la Ley 1/2001, de 15 de marzo, de mediación familiar de Cataluña. Esta Ley ha sido derogada por la vigente actualmente que es la Ley 15/2009, de mediación en el ámbito del derecho privado

² Ley 7/2001, de 26 de noviembre, reguladora de la mediación familiar, en el ámbito de la comunidad Valenciana.

³ Ley 15/3003, de 8 de abril, de la mediación familiar, que fue modificada por la Ley 3/2005, de 25 de junio.

⁴ Recomendación nº R (98) 1, del Comité de Ministros a los Estados Miembros sobre la Mediación Familiar. Aprobada por el Consejo de Ministros del 21 de enero de 1998.

guarda y custodia compartida, así como a la importancia de la mediación familiar a la hora de adoptar acuerdos relativos a la guarda y custodia de los hijos menores⁵.

A la espera de una legislación nacional que regule más detalladamente la guarda y custodia compartida y en la que la mediación familiar aparezca como mecanismo adecuado y beneficioso para los progenitores y sus hijos menores, a la hora de tomar decisiones con respecto a las relaciones familiares una vez producida la ruptura sentimental, procede analizar la regulación existente, aunque es cierto que desde el Ministerio de Justicia llegan noticias favorables en este sentido y una nueva regulación de la guarda y custodia compartida parece inminente. Tan inminente parece, que durante la elaboración del presente trabajo se aprobó, con fecha 19 de julio de 2013, el Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio. Las posibles modificaciones que puedan afectar al Código civil y a la materia objeto de estudio una vez el mencionado Anteproyecto se convierta en Ley, se irán mencionando a lo largo del presente estudio.

II

La estructura del presente trabajo de investigación se encuentra orientada a realizar un análisis de una de las cuestiones más conflictivas una vez una pareja con hijos comunes decide dejar de convivir: la guarda y custodia o régimen de convivencia de los hijos menores con cada uno de sus progenitores. Y para investigar esta cuestión se procederá a la interpretación y análisis jurídico de las normas que se refieran a la mencionada materia.

Para que se pueda hablar de guarda y custodia habrá que partir del concepto de patria potestad. La primera parte del Capítulo I se refiere a la evolución de su

⁵ No obstante la ausencia de una normativa estatal de mediación familiar, sí existe una Ley, la Ley 5/2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, dentro de la cual quedaría enmarcada la mediación familiar. La mencionada Ley viene desarrollada, en parte, por el Real Decreto por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles.

concepto, que ha sido notable. Sin patria potestad no hay guarda y custodia, razón por la cual es indispensable comenzar por el estudio de la patria potestad.

La segunda parte del Capítulo I, y una vez vista de forma general la patria potestad, viene determinada por la diferenciación entre los conceptos de patria potestad y guarda y custodia. Es cierto que los dos conceptos vienen de la mano y que no se entiende el uno sin el otro, pero será necesario separar estos conceptos y tratar de definirlos para comprender mejor la evolución de la presente investigación. Hay una relación de género (patria potestad), a especie (guarda y custodia): ésta es parte de aquél, pero no lo agota.

El segundo Capítulo se centra en la guarda y custodia compartida. Lo primero será analizar cuestiones básicas como su concepto y definición, principios, etc., para luego poder estudiar la normativa que la regula. Desde el punto de vista legal, se irá haciendo un análisis comparativo del derecho autonómico, nacional, extranjero y supranacional cuando corresponda, sin perjuicio de que el eje central vendrá constituido por lo dispuesto en el Código civil, legislaciones autonómicas así como por los criterios doctrinales y jurisprudenciales que con ocasión de la materia corresponda.

En la actualidad, la patria potestad y la guarda y custodia quedarían vacías de contenido si las desligáramos del principio del interés superior del menor, razón por la cual al mismo se le ha dedicado el Capítulo III. Es muy importante tener presente que cualquier acto que pueda afectar a la vida de un menor, cualquier decisión que se deba tomar en consideración al mismo, deberá venir presidida por este principio. Pero esta máxima no es sólo propia del Derecho español, sino que se viene predicando desde hace muchos años en Convenios y Tratados internacionales, así como en normativa extranjera. En España se tendrá ocasión de observar cómo en general cualquier norma que pueda afectar a un menor vendrá condicionada por este principio. Pero es que además, se encuadra el presente trabajo en un ámbito, el de la familia, en el que los intereses de los menores deben ser especialmente tenidos en cuenta y respetados, debiendo siempre los

progenitores actuar y tomar sus decisiones teniendo en consideración lo que resulte mejor para sus hijos.

El último capítulo, el Capítulo IV, se ha dedicado a la mediación familiar y la guarda y custodia. La mediación es un sistema extrajudicial de resolución pacífica de conflictos realmente útil en el ámbito de la familia. Cuando los dos progenitores son titulares de la patria potestad y la ejercen simultáneamente, o sea, comparten la custodia, bien porque así lo han decidido ellos mismos en beneficio de sus hijos o bien porque así lo ha considerado el correspondiente órgano jurisdiccional, será necesario que se den una serie de circunstancias favorables de comunicación y entendimiento entre los progenitores que será más fácil conseguir en un proceso de mediación que en un proceso judicial. La mediación familiar cuando las partes son progenitores con hijos comunes que se separan, también tiene como principio rector el de salvaguardar el interés del menor, ya que a través de la mediación de lo que se tratará será de paliar las consecuencias negativas de la ruptura sentimental y adoptar las medidas que desde ese momento deberán regir las relaciones familiares, adoptando con especial rigor las medidas relativas a los hijos menores y su futura relación con cada uno de sus progenitores así como con sus respectivas familias extensas o personas allegadas.

Capítulo I

LA PATRIA POTESTAD

I.1.- EVOLUCIÓN LEGISLATIVA DE LA PATRIA POTESTAD

I.1.1- Evolución histórica

Analizar la guarda y custodia compartida resultaría difícil si la desligáramos del concepto de patria potestad y ello porque sólo quien⁶, a efectos legales, pueda ejercer los derechos y deberes inherentes a la patria potestad, podrá disfrutar de una guarda y custodia en beneficio o a favor de la/s persona/s a su cargo, ya sean menores o incapacitados, o mayores cuya patria potestad ha sido prorrogada o rehabilitada (art. 171 C.c.). Por esta razón, y para poder profundizar en su estudio, es necesario, en primer lugar, realizar unas breves consideraciones sobre la evolución de la institución de la patria potestad, así como de su regulación originaria y de las modificaciones posteriores que a lo largo de la historia ha ido experimentando.

En el Derecho romano, la *patria potestas* era el poder jurídico que el *pater familias* tenía sobre los hijos que estaban bajo su autoridad⁷. Según VALIÑO "era un poder permanente en tanto el padre no realizase un acto concreto de emancipación o diese un hijo en adopción a un tercero"⁸. Esta definición va no obstante evolucionando y, como seguidamente se estudiará, la *patria potestas*

⁶ En términos generales, los progenitores, como titulares de la patria potestad, son quienes tienen la guarda y custodia de sus hijos menores. Sin embargo, puede ocurrir, que personas que no sean titulares de la patria potestad también ostenten la guarda y custodia en algunos casos. Por ejemplo, los abuelos respecto de los nietos cuyos progenitores no pueden hacerse cargo de ellos, o bien el Estado cuando se constate que un menor está en situación de desamparo, dando cumplimiento a lo dispuesto en el art. 172.2 C.c.

⁷En este sentido: ARIAS RAMOS, J., ARIAS, BONET, J.J., *Derecho Romano II. Obligaciones, Familia y Sucesiones*, decimoquinta edición, Jaén, 1979, pág. 691, 692 y 703. BONFANTE, P., *Instituciones de Derecho Romano*, quinta edición, Madrid, 2002, pág. 146. PANERO GUTIÉRREZ, R., *Derecho Romano*, segunda edición, Valencia, 2000, pág. 254,

⁸ VALIÑO DEL RÍO, E. *Instituciones de Derecho Privado Romano*, Valencia, 1976, pág. 204.

romana pasó de ser un poder del *paterfamilias*, a un "deber" que se ejercía en interés de los miembros de la familia⁹.

El carácter originario de la familia romana ha sido un tema muy discutido en la doctrina¹⁰. Por un lado, los que consideran que la familia romana estaba basada en vínculos de sangre¹¹ y, por otro, aquellos que consideran que su origen se debía a la gran importancia de las funciones religiosas que tenían lugar en el seno de la familia¹².

Lo que sí se sabe es que la regulación de la familia romana, por lo menos en sus inicios, "está decisivamente determinada por el principio de autoridad. La relación natural de autoridad entre el padre de la familia y las personas pertenecientes a la casa (mujer, hijos y esclavos), que obliga a estos últimos a la *reverentia*, se basa en una relación jurídica autoritaria y, precisamente, en la relación autoritaria de la supremacía"¹³.

Sin embargo, y como se apuntaba, el poder del *paterfamilias* se debilitó con el paso del tiempo. Así, con la aparición del Estado, ya no era el cabeza de familia el que más poder tenía, sino aquél al frente de las obligaciones estatales. La religión, concretamente el cristianismo, tuvo una notable influencia en este paulatino debilitamiento de poder, la posibilidad de que los hijos puedan disponer de sus propios bienes y la salida de la mujer de la potestad marital, hicieron que en la sociedad romana, se fueran poco a poco equiparando los derechos y obligaciones de los miembros de la familia. En una evolución que dura siglos y que realmente

⁹ARIAS RAMOS, J., ARIAS BONET, J.A. *op. cit.*, pág. 704. CASTÁN VAZQUEZ, J.M., *La Patria Potestad*, Madrid, 1960, pág. 16.

¹⁰ DAZA MARTÍNEZ, J., RODRIGUEZ ENNES, L., *Instituciones de Derecho Privado Romano*, segunda edición, Madrid, 1997, pág. 377

¹¹ FUENTE NORIEGA, M., *La Patria Potestad Compartida en el Código Civil Español*, Madrid, 1986, pág.73. en este sentido, asimismo, FUENTESECA, P., *Estudios de Derecho Romano*, Madrid, 2009, pág. 1698, señala que "La concepción patriarcalista consideraba los vínculos de sangre como la raíz de la familia, concibiendo a ésta como un grupo originado en la relación de paternidad en sentido biológico. La familia será el grupo de personas vinculado por un antepasado común, al cual se hallaban vinculados por lazos de sangre o consanguinidad".

¹² ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, J.A., *Curso de Derecho de Familia. Patria Potestad, tutela y alimentos*, Madrid, 1988, pág. 21.

¹³LACRUZ BERDEJO, J.L., ALBADALEJO GARCÍA, M., *Derecho de Familia. El matrimonio y su economía*, Barcelona, 1963, pág.12. FRITZ SCHULZ, *Principios del Derecho Romano*, segunda edición, Madrid, 2000, pág. 189.

no termina hasta las constituciones de Justiniano posteriores a su obra compiladora, la idea de familia natural va suplantando a la agnaticia. En el viejo edificio del grupo doméstico latino, los usos sociales, el pretor, y los legisladores van abriendo brechas y dando paso a la concepción familiar basada en la consanguinidad. La *manus* cae en desuso, las facultades del *pater* se disminuyen y cambian de carácter"¹⁴.

No obstante esta constante evolución y equiparación de derechos, se puede afirmar que no se aprecia en el Derecho Romano una patria potestad ejercida conjuntamente por el *pater* y la *mater*.

La regulación de la patria potestad en el derecho germánico, por lo menos en sus orígenes, no dista mucho de lo ya establecido respecto del Derecho Romano¹⁵. Se puede hablar de un poder absoluto del cabeza de familia, en este caso también el padre, con la única diferencia de que el nombre que este poder recibía es el de *Munt* y que implicaba, además, un derecho y deber de protección¹⁶. Se trataba de un poder que trascendía del ámbito familiar y que incluía "la relación del señor protector con el encomendado a su *defensio* y con los semilibres dependientes, la abogacía sobre los extranjeros y la representación procesal de personas capaces, en la medida que excepcionalmente se permitía"¹⁷. Este poder era extensivo a todas las personas miembros de la *Sippe*, idea sobre la cual se organizaba el derecho de familia de la época germánica y que se refería al círculo parental y de la potestad doméstica¹⁸. Este círculo parental estaba formado, al igual que ocurría en el Derecho Romano, por los parientes unidos por vínculos de sangre¹⁹.

¹⁴ ARIAS RAMOS, J., ARIAS BONET, J.A.P., *op. cit.*, pág. 693, BONFANTE, P., *op. cit.*, pág. 148: "En el Derecho justiniano la *manus* y el *mancipium* han desaparecido; subsisten todavía la *patria potestas* y la potestad sobre los esclavos. En cualquier caso, no podemos olvidar que ni si quiera en derecho moderno y hasta la Constitución Española de 1978, no se proclama la igualdad del hombre y la mujer, por lo que aunque se hable de una "igualdad" en el seno de la familia, ésta no es tal y como la entendemos actualmente. Se entiendo que cada miembro de la familia va siendo reconocido con independencia del *pater familias*, aunque aun así, se trata de una sociedad completamente machista.

¹⁵ FUENTE NORIEGA, M., *op. cit.*, pág. 74.

¹⁶ CASTÁN VAZQUEZ, J.M., *op. cit.*, pág.24.

¹⁷ PLANITZ, H., *Principios de Derecho Privado Germánico*, tercera edición, Barcelona, 1957, pág. 224.

¹⁸ *Ibidem*, pág. 274.

¹⁹ VON SCHWERIN, C., *Historia del Derecho Germánico*, octava edición, Barcelona, 1936. Pág. 11.

Afirma HANS PLANITZ que el concepto de familia germana también evolucionó. En la Edad Media "la *Sippe* y el círculo parental han perdido su antigua significación"²⁰ de manera que la familia en sentido estricto comenzó a adquirir una mayor relevancia y se abandonó, poco a poco, la idea de poder. Disuelta la *Sippe*, el matrimonio era la base para formar una familia.

En la época moderna, la familia germana adquirió un concepto más individualista en cuanto a los integrantes de la misma se refiere. Se valoraban los derechos y obligaciones de padres, cónyuges e hijos. También se puede hablar de una familia germana en sentido amplio, pues ya no sólo podían formar parte de la misma aquellos unidos por vínculos de sangre sino además aquellos parientes recíprocamente vinculados por el derecho hereditario, la obligación de tutela y de asistencia.

En el Derecho histórico español, en un principio, el contenido de la patria potestad apareció más vinculado al Derecho Romano sin embargo, con posterioridad, el Derecho Germánico adquirió un mayor protagonismo. No obstante, fue la influencia del cristianismo la que consiguió dar un paso más y reconocer a la mujer como madre, aunque, como seguidamente se verá, no se puede hablar de una patria potestad compartida por ambos progenitores. Así, coexistieron en ese momento distintos conceptos de familia: la familia romana, la familia germánica y la familia cristiana²¹.

El cristianismo, además, asentó la idea del matrimonio canónico y, principalmente, que éste constituyera la base de la familia. Que la familia se basara en el matrimonio y no en una relación de poder realmente supuso una novedad. Sin embargo, todo lo que quedara fuera del matrimonio quedaba excluido de la familia. Así, aquellos hijos nacidos fuera del matrimonio no se consideraban parte de la familia ni tenían derechos con respecto a ésta. Son, por

²⁰ *Ibidem*, pág. 283.

²¹ PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *Derecho de Familia*, Madrid, 1989, pág. 16.

tanto, dos premisas las que marcaron la época cristiana: la consideración de la mujer²² y la exclusión de los hijos nacidos fuera del matrimonio.

Durante esta época y hasta la publicación del primer proyecto de Código civil en 1821 que seguidamente se estudiará, no se puede decir que existiera siempre una misma regulación y normas de la patria potestad y de la familia. Así, por ejemplo, en els *furs de València (1240)*²³, aun teniendo regulación de base canónica, basaron en textos antiguos del Derecho Romano Justiniano (*Códex y Digesto*)²⁴ la regulación de la patria potestad²⁵, y la consideraron como un poder del padre y sólo en su defecto, de la madre²⁶.

Las Siete Partidas, que fueron redactadas entre los años 1252 y 1284, trataron de conseguir la uniformidad jurídica del territorio español. Fue una obra de carácter legislativo que respecto a la regulación de la patria potestad, tampoco evolucionó mucho y recogió una regulación de la familia que se asemejó más a las primeras épocas del Derecho Romano²⁷ que antes se estudiaban.

Las Leyes de Toro (1505), consecuencia de la actividad legislativa de los Reyes Católicos, sí modificaron las normas relativas a la familia y al poder dentro de ésta. Así, la Ley 56²⁸ permitió contrarrestar el poder del marido sobre la mujer

²² No se puede decir que el reconocimiento que hizo de la mujer el cristianismo se aproxime al concepto de mujer y equiparación de derechos entre hombres y mujeres que existe hoy en día, pero como PÉREZ PRENDES y DE AZCÁRAGA, *Lecciones de historia del Derecho Español*, tercera edición, Madrid, 1993,, pág. 351, se suaviza el ejercicio de los derechos contenidos en la potestad y crecen las facultades maternas "hasta llegar a configurar algo parecido, más que a una potestad conjunta con el padre, una importante facultad de mediación y de sustitución respecto de éste".

²³ Pilar fundamental del derecho valenciano, que si bien en un principio se denominaban Fueros o Costum de València (1240), finalmente, en 1261, recibieron el nombre de Furs de València. PÉREZ BUSTAMANTE, R., *Historia del Derecho Español. Las Fuentes del Derecho.*, Madrid, 1994, pág. 192.

²⁴ SAINZ GUERRA, J., *Historia del Derecho Español*, Madrid, 2008, pág. 261.

²⁵ COLÓN i DOMÉNECH, G., GARCIA i SANZ, A., *Furs de València*, Volum V, Barcelona, 1990, pág. 25.

²⁶ GARCIA I SANZ, A., *Institucions de Dret Civil Valencià*, Castellón, 1996, pág. 137. Así se contiene en el Fuero V-II-10, aunque afirma el autor que "este ejercicio de potestad paterna por la madre responde a una tradición medieval que tiene sus antecedentes en el *Liber iudicun* (4,3,3) y que es dudoso que tenga antecedentes romanos.

²⁷ FUENTE NORIEGA, M., *op. cit.*, págs. 28 y 29.

²⁸ NOLASCO DE LLANO, P., *Compendio de los Comentarios Extendidos por el Maestro Antonio Gómez a las 83 Leyes de Toro*, Valladolid, 1981, pág. 254 y ss.

permitiendo que ésta pudiera solicitar la licencia del Juez "para todo aquello que ella no podía hacer sin licencia de su marido".

Con las Leyes de Toro el matrimonio fue objeto de importantes reformas. Así, fue considerado causa de emancipación legal del poder paterno. (Ley 47, tercera, título quinto, Libro X)²⁹. Por el matrimonio del hijo o hija se extinguía definitivamente la patria potestad. Otra novedad de las Leyes de Toro es que fallecido el padre, la patria potestad era ejercida por la madre³⁰.

I.1.2.- Sistema del Código civil de 1889

El derecho castellano que se ha estudiado hasta ahora se convirtió en el Derecho común de España. Fue, por tanto, necesaria la elaboración de un texto legal que, dejando a un lado el Derecho Romano, plasmara la evolución de la legislación y sociedad española. Este texto legal fue el Código civil de 1889. Pero para la elaboración del Código civil fueron necesarios muchos años de estudios y proyectos hay que analizar y estudiar.

El proyecto de Código civil de 1821

El primer proyecto de Código civil fue el del año 1821 cuyo Título II de su Libro II llevaba por rúbrica "de la condición de padres e hijos", dedicándose su capítulo III a "los derechos que da la calidad de padre"³¹. El art. 370 del citado Proyecto definía la patria potestad como "los derechos principales que da la calidad de padre respecto de los hijos legítimos"³². El mencionado precepto continuó

²⁹ NOLASCO DEL LLANO, P., *Compendio de los comentarios extendidos por el maestro Antonio Gómez a las ochenta y tres leyes de Toro*, Pamplona, 2002, pág. 254.

³⁰ LASO GAITE, J.F., *Crónica de la Codificación Española*, Tomo 4, volumen I, Ministerio de Justicia, Comisión General de Codificación, Madrid, 1970, pág. 50.

³¹ FUENTE NORIEGA, M. *op. cit.*, pág. 88.

³² A la calificación de los hijos se refiere el art. 357 del proyecto, al señalar que "los hijos son legítimos o ilegítimos. Y se consideran legítimos aquellos que nacen de legítimo matrimonio a debido tiempo".

señalando: "bajo el nombre de padre se comprenden el padre y la madre". Sin embargo, continuando con el art. 370, terminó señalando que: "durante el matrimonio solo el padre ejerce los derechos de la potestad patria. La madre los ejerce por defecto del padre, por su muerte, ausencia o incapacidad".

Si se analizan los párrafos segundo y tercero del art. 370 del Proyecto que se estudia, se puede pensar que, por un lado, lo establecido en el párrafo segundo resultaba bastante "moderno o actual", si se tiene en cuenta que el Proyecto data del año 1821, al incluir dentro del término "padre" el de "madre". Hasta este segundo apartado se podría pensar que la patria potestad era ejercida por ambos padres (padre y madre) pero, al continuar leyendo el precepto, su párrafo tercero finalmente diferenció entre padre y madre al señalar que el ejercicio de la potestad patria³³ le corresponderá al padre y sólo en su defecto a la madre.

Se puede apreciar que, en este primer artículo relativo a la patria potestad, se comienza ya a diferenciar entre titularidad y ejercicio de la misma³⁴, y por lo que se deduce, parece que tanto el padre como la madre tenían los mismo derechos que les daba su calidad de progenitores, sin perjuicio de que realmente fuera el padre el que los ejerciera y que la madre sólo podía ejercer en defecto del primero.

El Proyecto de Código civil de 1836

Afirma FUENTE NORIEGA, que en este proyecto, en cuanto a la patria potestad, se sigue el mismo criterio que en el anterior³⁵ aunque, en este caso, habrá que

³³ Los derechos que comprendía la patria potestad se encontraban enumerados en el art. 371 del Proyecto de 1821, entre otros: cuidar y dirigir la educación de los hijos, exigir obediencia puntual y subordinación de los hijos en cuanto no fuere contrario a las buenas costumbres, corregirlos de palabra y aun de obra moderadamente, autorizar y aprobar el matrimonio, etc.

³⁴ Esta afirmación y diferencia entre titularidad y ejercicio de la patria potestad es realmente importante en el presente trabajo porque, como veremos, la guarda y custodia de los hijos menores es consecuencia no sólo de la titularidad sino también del ejercicio de la patria potestad. Ya veremos, con posterioridad, que en la actualidad esta diferenciación plantea muchos problemas en la práctica cuando los progenitores no viven juntos y tienen hijos menores comunes ya que si bien la titularidad sí se puede compartir, tendremos ocasión de ver cómo los derechos y deberes que se derivan de esta titularidad, no siempre se pueden ejercer al mismo tiempo.

³⁵ FUENTE NORIEGA, M. *op. cit.*, pág. 88.

centrarse, en primer lugar, en su exposición de motivos al establecer que "en el presente proyecto se declara a favor de la madre un derecho que dimana de la naturaleza, un derecho fundado en la más vigorosa justicia puesto que la madre tiene la parte más penosa en la crianza de los hijos; que su amor a éstos es, si cabe, más entrañable que el del marido y que participando igualmente de las incomodidades, atención y cuidados que trae consigo el gobierno de la familia, debe gozar en cuanto a los hijos de los mismos derechos que el padre"³⁶.

Así, parece que si bien en la exposición de motivos se reconocía la mujer como madre y también como persona (que no sólo es titular de la patria potestad sino que igualmente la ejerce al señalar que "participa igualmente de la incomodidades..."), lo cierto es que a continuación, se le sigue limitando el ejercicio de la patria potestad mientras esté el marido, por lo que sólo podrá actuar en defecto de éste. Y esto era así porque además continuaba diciendo la exposición de motivos que "para asegurar bien los intereses de los hijos no se concede a la madre el derecho a la patria potestad en toda su extensión sino cuando tiene veinticinco años cumplidos, edad en la que ya se le supone bastante cuerda y experimentada para cuidar por sí sola de la persona y de los bienes del menor"³⁷.

El contenido del Proyecto de 1836 relativo a la patria potestad vino a coincidir en su mayoría con lo establecido en el Proyecto de 1821 que se acaba de ver. Sin embargo, la organización o sistemática varía ya que, en este caso, la regulación de la patria potestad pasa al Título XII bajo el nombre "De la patria potestad", y, en concreto, al Capítulo I rubricado "Qué es la patria potestad, de qué modo se adquiere y quiénes pueden ejercerla". El Capítulo II de este mismo título sí coincidió, en cierta medida, con lo establecido en el anterior proyecto al titularse "De los derechos de los padres sobre los hijos legítimos", mientras que el Capítulo III "de las obligaciones de los padres para con los hijos legítimos" coincidía con el Capítulo IV del anterior Proyecto que antes se veía.

³⁶ LASSO GAITE, J.F., *op. cit.*, pág. 95 y 96.

³⁷ FENTE NORIEGA, M. *op. cit.*, pág. 89. LASSO GAITE, J.F., *op. cit.*, pág. 96.

La diferencia principal entre ambos Proyectos es la existencia, en el de 1836, de un capítulo dedicado a la "patria potestad" y en el que ésta quedaba definida, según lo dispuesto en su art. 384 como "la autoridad que tienen los padres por la naturaleza y por la Leyes, sobre las personas de sus hijos, y el derecho de administrar y usufructuar sus bienes hasta cierto tiempo"³⁸, definición que no se establecía en el Proyecto de 1821.

El Proyecto de Código civil de 1851

El Proyecto de Código civil de 1851 es el más importante en la historia de la codificación española³⁹. Es considerado el antecedente más inmediato del Código civil de 1889⁴⁰ y, aun más, goza de una gran relevancia para la interpretación histórica del propio Código⁴¹. Es la fuente "más frecuentemente citada, y más frecuentemente seguida"⁴², aunque no falta quienes critican su excesiva influencia⁴³ del *Code civil* francés, concretamente, como diría DE CASTRO "es moderadamente progresista, decididamente liberal y excesivamente afrancesado, aunque respetando las líneas fundamentales de la organización tradicional de la familia española"⁴⁴.

El mencionado Proyecto no constituyó, pues, una mera continuación de los anteriores con algunas modificaciones, sino que siendo la base del Código civil de 1889, se caracterizó por la influencia del derecho extranjero, particularmente, del francés. Se trataba de elaborar un Código común, de base castellana, pero sin

³⁸ LASSO GAITE, J.F., *op. cit.*, pág. 161.

³⁹ ALBADALEJO, M., *Derecho Civil I. Introducción y parte general. Volumen I. Introducción y Derecho de la Persona*. Undécima edición. Barcelona, 1989, pág. 50.

⁴⁰ En este sentido, DELGADO ECHEVARRÍA, J., LACRUZ BERDEJO, J.L., LUNA SERRANO, A., SANCHO REBULLIDA, F., *Elementos de Derecho Civil I. Parte General del Derecho Civil. Volumen I*. Segunda edición, Barcelona, 1988, pág.76, DIEZ PICAZO, L., GULLÓN, A., *Instituciones de Derecho Civil. Volumen I*. Madrid, 1974, pág. 40.

⁴¹ DE LOS MOZOS, J.L., *El Código Civil. Debates Parlamentarios 1885-1889*. Madrid, 1989, pág. 37

⁴² PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *El Anteproyecto del Código Civil Español (1882-1888)*, Segunda edición, Madrid, 2006, pág. 19.

⁴³ ALBADALEJO, M., *op. cit.*, pág. 50, DIEZ PICAZO, L... *op. cit.*, pág. 75, DELGADO ECHEVARRÍA, J., *op.cit.*, pág.75.

⁴⁴ ROMÁN GARCÍA, A. M., *op. cit.*, pág. 912.

olvidar el derecho propio de determinados territorios, intentando incorporar al propio Código, todas las instituciones de Derecho foral posibles⁴⁵.

La regulación de la patria potestad hay que buscarla en el Título VIII rubricado "De la Patria Potestad", que comprende los arts. 143 a 169, y en el Capítulo VII titulado "Disposición común a los arts. anteriores" que contiene un precepto, el art. 170.

Pocas son las referencias que se hallan respecto a la patria potestad de la madre⁴⁶. Se pueden señalar las siguientes:

1) Art. 143, en el que se establecía que "Los hijos, cualquiera que sea su estado, edad y condición, deben honrar y respetar a los padres". Al utilizar el término "padres" en plural, se entiende que incluye al padre y a la madre. Se refiere, este precepto, a los deberes de los hijos, por lo que los está separando o diferenciando de los deberes de los padres. La obligación derivada de este precepto se entenderá respecto de los dos progenitores, padre y madre.

2) Art. 164: "La madre sucede al padre en la patria potestad, con todos sus derechos y obligaciones". Este artículo podría plantear la duda de la interpretación o significado que se debería de dar al término "sucede". Sin embargo, esta cuestión queda zanjada por GARCÍA GOYENA al señalar que este precepto, junto con los anteriores, vienen necesariamente vinculados a la potestad marital⁴⁷, lo que implica que la madre está sometida al padre⁴⁸. Esto supone, por tanto, que la madre no será titular ni podrá ejercer la patria potestad respecto de sus hijos mientras viva el padre. Si el padre o marido fallece o queda incapacitado para

⁴⁵ *Ibidem*, pág. 913.

⁴⁶ Así, con carácter general se utiliza únicamente el término "padre". Por ejemplo: art. 144: "Los hijos menores de edad están bajo la potestad del padre", Art. 147: "El padre tiene la facultad de corregir y castigar moderadamente...", art. 150: "El padre es el administrador legal de los bienes de sus hijos menores".

⁴⁷ GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias, motivos y comentarios al Código Civil Español*, Tomo I. Madrid, 1852, pág. 173.

⁴⁸ Encontramos en este sentido múltiples referencias en GARCÍA GOYENA, F., *op. cit.*, pág. 38 y ss., como por ejemplo el art. 58 del Proyecto que establece que: "El marido debe proteger a la mujer y ésta debe obedecer al marido", art. 59 párrafo primero: "la mujer está obligada a seguir a su marido, donde quiera que se fije su residencia", o el párrafo primero del art. 62 a señalar que: "el marido es el representante legítimo de su mujer".

ejercer de tal entonces, y sólo en ese caso, la madre le sucede, subrogándose en su posición.

3) Art. 167: "La madre viuda, que diere a luz un hijo ilegítimo, pierde los derechos que se le dan en el art. 164".

4) Art. 168: "La que contrajere segundas nupcias, conservará todos los derechos de la patria potestad, menos la administración de los bienes; a no ser que el consejo de familia se la defiera..."

5) Art. 169: "La madre que volviere a enviudar recobrará los derechos perdidos por haber contraído segundas nupcias, salvo lo dispuesto en el art. 802".

Parece que el articulado del Proyecto que se está estudiando dista bastante de la actual regulación del Código civil en materia de patria potestad contenida en los arts. 154 y ss. Sin embargo, constituyendo éste la base del Código civil de 1889 no se puede obviar su gran trascendencia, así como las posteriores modificaciones que ha ido experimentando este texto normativo hasta llegar a la regulación actual.

El Código Civil de 1889

Con la Ley de Bases de 11 de mayo por la que se habilita al Gobierno para publicar un Código civil, y que se materializa en el Código civil de 1889 se pone fin a la obra codificadora, cuanto menos en materia de Derecho civil⁴⁹.

La influencia del cristianismo en el este periodo siguió siendo notable y las disposiciones del Código civil de 1889 relativas a la patria potestad estuvieron decisivamente determinadas por la Ley de Matrimonio civil de 1870. Se produjo, en este sentido un gran avance en cuanto al papel de la madre en el seno de la familia.

⁴⁹ ROMÁN GARCÍA, A.M., *op. cit.*, pág. 914.

Si bien en el Proyecto de 1851 se observaba cómo la madre "sucedía" al padre en los derechos y deberes derivados de la patria potestad respecto de los hijos y debiendo vincularla necesariamente a la potestad marital, la mencionada Ley de Matrimonio Civil introduce una importante novedad al señalar en su art. 63 que "Lo cónyuges están obligados a criar, educar según su fortuna, y a alimentar a sus hijos y demás descendientes cuando éstos no tuvieren padres u otros ascendientes de grado más próximo, o éstos no pudieren cumplir las expresadas obligaciones". Sin embargo, señala el art. 6: "El padre, y en su defecto la madre, tienen la potestad sobre sus hijos legítimos no emancipados". La expresión "y en su defecto" no parece favorecer, en absoluto, la participación de la madre en la patria potestad. De hecho, podría asemejarse más al antiguo "sucede" del Proyecto de 1851. Pero si se desvincula de la potestad marital⁵⁰, se toma como base para su interpretación el artículo precedente en el que se nombra a la madre igualmente titular de la patria potestad y, se tiene en cuenta, además, un contexto social y cultural en el que la madre, de hecho, se dedicaba más al cuidado de los hijos, no se puede entender que la madre quedara fuera de la patria potestad.

Por esta razón, se dice, que el Código civil de 1889 seguía los criterios establecidos por la Ley de Matrimonio Civil de 1870 y adoptó el sistema de patria potestad subsidiaria de la madre⁵¹, reproduciendo, en su art. 154⁵², el primer párrafo del art. 64 de la Ley de Matrimonio Civil que se acaba de transcribir. La nueva redacción de este precepto quedó de la siguiente manera: "El padre, y en su defecto la madre, tienen potestad sobre sus hijos legítimos no emancipados; y los hijos tienen la obligación de obedecerles mientras permanezcan en su potestad, y de tributarles respeto y reverencia siempre. Los hijos naturales reconocidos y los adoptivos menores de edad están bajo la potestad del padre o de la madre que los reconoce o adopta y tienen la misma obligación de que habla el párrafo anterior".

⁵⁰ En este caso, ya veíamos en páginas anteriores como el término "sucede" debía vincularse necesariamente a la potestad marital, pero que si rompíamos este lazo de unión entre la patria potestad y la potestad marital, también podíamos entender que la madre, junto al padre, era titular de la patria potestad.

⁵¹ FUENTE NORIEGA, M., *op. cit.*, pág. 93

⁵² LÓPEZ LÓPEZ, J., MELÓN INFANTE, C., *Código Civil. Versión Crítica del Texto y Estudio Preliminar*, Madrid, 1967, pág. 103.

Ante lo desacertado del art. 154, señala CASTÁN VÁZQUEZ que "hay que tratar de interpretarlo de una forma que evite situaciones injustas que, al amparo de una interpretación rígida, podrían presentarse"⁵³. Además, añade este autor que " es posible interpretar el art. 154 en un sentido más favorable a la madre del que se desprendía de su texto literal debiendo tener en cuenta otros preceptos del Código que conceden a la madre ciertas posibilidades de actuación... No puede decirse, pues, que la madre no es nadie en el Código civil y no debe estrecharse el ámbito del Código en el que cabe una protección a la madre basada en preceptos legales". En esta misma línea, MANRESA, cita las palabras de DE CASTRO que, al referirse a la interpretación del matrimonio, señala que ésta debe hacerse "en el sentido de ser la armonía de los dos seres más diversos que existen dentro de la unidad de la especie humana, añadiendo que deben realizar con igual autoridad los varios fines de la familia; pero que por sus cualidades son indiscutibles en sus distintas funciones", de ahí que critique que la patria potestad se otorgue a la madre "en defecto" del padre⁵⁴.

FUENTE NORIEGA⁵⁵ cita, igualmente, las interpretaciones de diversos autores. Algunos de los estudiados por la mencionada autora son: SÁNCHEZ ROMÁN, quien entiende que la fórmula -en defecto de padre-, no implica que la madre haya quedado excluida de intervenir en la educación, dirección y poder moral sobre los hijos concurriendo, en este sentido, de una manera simultánea a la función complementaria que a ambos padres les otorga la relación paterno filial", o PUIG PEÑA al señalar que "la madre hay que considerarla también participe de la patria potestad", así como las opiniones de LACRUZ Y SANCHO REBULLIDA quienes interpretan que "en realidad la patria potestad se ejerce conjuntamente al margen y por encima del derecho positivo; precisamente cuando éste ha de intervenir difícilmente puede ser conjunta. Así, algunos ordenamientos que como tal la proclaman terminan atribuyendo la facultad de decidir al padre, sirviendo de

⁵³ CASTÁN VÁZQUEZ, J.Mª., *La Participación de la Madre en la Patria Potestad*, Madrid, 1957, pág. 69.

⁵⁴ MANRESA Y NAVARRO, J.M., *Comentarios al Código Civil Español, Tomo II*, Madrid, 1957, pág. 13.

⁵⁵ FUENTE NORIEGA, M., *op.cit.*, pág. 97 y ss.

poco la prescripción legal de tener en cuenta la opinión de la madre". Los mencionados autores, recogen, también, algunos de los pronunciamientos del Tribunal Supremo en cuanto al papel de la madre en el seno de la familia afirmando que el Alto Tribunal, en Sentencia de 9 de junio de 1909 declaró que "la patria potestad reservada exclusivamente al padre, nunca ha excluido la autoridad de la madre con relación a los hijos para todos aquellos actos conducentes a los fines de la familia" o en Sentencia de 13 de diciembre del mismo año que "la madre tiene el deber de permanecer en relación constante con los hijos para suplir en cualquier momento la falta del padre en el cumplimiento de estos deberes"⁵⁶.

Se observa, pues, que en la mayoría de los casos la interpretación que se hace del art. 154 del Código civil no es tan restrictiva por lo que respecta a las funciones de la madre. En realidad, parece que se están separando los términos de titularidad y ejercicio de la patria potestad y, dentro de éste, aquellos aspectos relativos al cuidado cotidiano y educación de los hijos menores, de aquellos otros que puedan referirse más a aspectos jurídicos como puedan ser la administración de los bienes de los hijos, etc. Así, por un lado, se diferenciará entre la titularidad de la patria potestad derivada de la filiación y de la relación paterno filial, de su ejercicio. Por tanto, ambos padres –padre y madre- serán titulares de la patria potestad, sólo que, respecto al ejercicio de la misma, se podría decir que de hecho es más la madre quien la ejerce, mientras que de derecho le corresponde al padre.

Así, salvo la diferencia que se produce en cuanto al término "en su defecto" que supone una desigualdad entre el varón y la mujer, se puede decir que este sistema, en general, se asemeja bastante al que existe hoy en día, en el que mientras los padres conviven juntos son los dos igualmente titulares y ejercientes de la patria potestad pero que, rota la convivencia, surge la necesidad de separar los conceptos de titularidad y ejercicio de la misma. Sin perjuicio de su estudio posterior en el epígrafe relativo a la titularidad y el ejercicio de la patria potestad y guarda y custodia, baste apuntar que esta separación de conceptos es una de las principales

⁵⁶ LACRUZ BERDEJO, J.L., SANCHO REBULLIDA F. de A., *op. cit.*, pág. 170.

críticas que, a día de hoy, hace la doctrina a la regulación de la patria potestad y guarda y custodia en nuestro Código civil, sobre todo porque esta dualidad de conceptos en otros países europeos, como en Francia, por ejemplo, no ocurre.

Sin embargo, al tiempo de la publicación del Código civil de 1889 sí existía la posibilidad de que los cónyuges se separasen legalmente, aunque no divorciasen. En esta época, la no convivencia de los progenitores por causa de separación no constituía un problema a la hora de determinar a cargo de quién iban a quedar los hijos menores y ello porque, como afirma ESPÍN CÁNOVAS, “cuando el matrimonio esté separado legalmente, el derecho de los cónyuges de tener en compañía a sus hijos menores quedará afectado por lo que disponga la sentencia en orden a la culpabilidad de los cónyuges, ya que los hijos quedan bajo la potestad y protección del cónyuge inocente, con las salvedades establecidas en el propio Código (art. 73.2º)”⁵⁷.

Con la Constitución Española de 1978, que dio lugar a la modificación del Código civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio a través de la Ley 11/1981, de 13 de mayo, así como con las sucesivas reformas que se han ido produciendo a lo largo de los años, se produce una importante transformación en el derecho de familia. Para comprenderla mejor se deberán mencionar algunas de las principales normas que han sido determinantes para la actual regulación no sólo de la patria potestad sino también de la guarda y custodia, para poder luego examinar, más detenidamente el contenido de estas instituciones en el Código civil vigente.

⁵⁷ ESPÍN CÁNOVAS, D., *Manual de Derecho Civil Español*, volumen IV, Familia, Madrid, 1956, pág. 283.

I.1.3.- Modificaciones posteriores en materia de patria potestad

La Constitución Española de 1978, siguiendo⁵⁸, entre otros, la Declaración Universal de los Derechos Humanos⁵⁹, el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos⁶⁰, la Convención Europea para la salvaguarda de los derechos humanos y libertades fundamentales⁶¹, algunos precedentes constitucionales como la constitución de 1931⁶² provoca una profunda transformación en el derecho de familia español. En esta transformación se incluye no sólo las relaciones paterno-filiales, sino también las relaciones personales entre los cónyuges derivadas del vínculo matrimonial.

Como consecuencia de la promulgación de la Carta Magna, habrá que diferenciar los preceptos que han afectado directamente a la regulación del Código civil respecto a las relaciones paterno filiales o de los hijos, de aquellos que se refieran más al matrimonio, derechos y deberes de los cónyuges o familia en general. Todo ello, sin olvidar, que no obstante esta indiscutiblemente trascendente adaptación del Código civil a los preceptos y principios constitucionales, la estructura del propio Código no queda alterada, tan sólo la redacción de algunos de sus preceptos⁶³.

El art. 1 CE propugna, como valores superiores del ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político. Interesa destacar:

A) La igualdad, pues ésta se predica de todas la personas ya sean mujeres, varones, niños, hijos matrimoniales, no matrimoniales etc. La ausencia de diferencias legales entre varones y mujeres es fundamental para la equiparación de los derechos dentro y fuera del matrimonio. Resulta también de gran interés la

⁵⁸ FON SAR BENLLOCH, E., *Estudios de Derecho de Familia: La Constitución de 1978 y el Derecho de Familia*, Tomo I, Barcelona, 1981, pág. 187.

⁵⁹ Adoptada en París por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948.

⁶⁰ Adoptado, también, por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966 y que entró en vigor el 23 de marzo de 1976.

⁶¹ Adoptada por el consejo de Europa en 1950 y que entró en vigor en 1953.

⁶² Vigente hasta el final de la Guerra Civil Española (1939).

⁶³ PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho Civil*, Tomo IV, Segunda Edición, Barcelona, 1985, pág. 9.

ausencia de diferencia entre los hijos nacidos dentro o fuera del matrimonio, equiparando, de la misma manera, los derechos entre ellos.

B) La libertad, ya que en ella se basará, junto con el derecho al libre desarrollo de la personalidad, la dignidad de la persona, etc. contemplados en el art. 10 CE, la opción y el derecho que tienen tanto hombres como mujeres para decidir si contraen matrimonio o no, si tienen hijos o no, sabiendo los derechos y obligaciones jurídicas que se derivan de aquellos actos, ejerciéndolos con total y absoluta libertad, aunque debiendo respetar siempre los límites establecidos por las Leyes.

La Constitución supone, pues, la necesidad de reformar numerosos preceptos del Código civil para adecuarlos a estos principios constitucionales en materia matrimonial, filiación, patria potestad, etc. Esta reforma fue llevada a cabo, principalmente, por la Ley 11/1981, de 13 de Mayo, de modificación del Código civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio y por la Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación de matrimonio en el Código civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio.

La primera de ellas, la Ley 11/1981, de 13 de mayo, modifica la redacción de los siguientes preceptos:

- Arts. 108 a 141 Código civil, Título V del Libro I: “De la Paternidad y Filiación”. Con la nueva redacción de estos preceptos y siguiendo el principio constitucional de igualdad de todos los hijos ante la Ley, se suprime la diferenciación entre hijos matrimoniales y no matrimoniales, de los adoptados así como su diferenciación por razón de sexo. Esto supone que todos los hijos, con independencia de su filiación y género, son iguales en derechos y en deberes y sus progenitores ostentarán, para con los mismos, los mismos derechos y obligaciones. Los padres deberán ejercer la patria potestad y cuidar y educar a sus hijos por igual.

- Arts. 154 a 171 Código civil, Título VII, del Libro I: “De las relaciones paterno-filiales”. En el presente título se ve reflejado la igualdad entre el marido y la mujer puesto que ambos son progenitores y no sólo los titulares de la patria potestad, sino también los ejercientes de la misma. Como novedad, se incluye a la mujer en el ejercicio de la patria potestad respecto de sus hijos. Ello supone, por ejemplo, que aquellas decisiones relativas al menor deberán ser adoptadas de común acuerdo por ambos progenitores y no sólo por el padre, como ocurría anteriormente.

En el presente trabajo cuando se trate el tema relativo a la titularidad y ejercicio de la patria potestad, en este mismo capítulo, también se estudiará el art.156 C.c. que se refiere a la guarda y custodia de los hijos en los casos en los que no haya acuerdo entre los progenitores. En un principio, y así se verá, era a la mujer la que en defecto de acuerdo y en los casos de separación se le encomendaba la tarea del cuidado de los hijos. Sin embargo, a día de hoy se tiende hacia un reparto más equitativo entre los progenitores del cuidado de sus hijos menores.

- Art. 1315 a 1444 Código civil, Título III del Libro IV: “Del Régimen Económico del Matrimonio”. Estos preceptos se refieren, principalmente, a las relaciones económicas entre los progenitores y cuyas reglas vendrán determinadas por los regímenes de sociedad de gananciales, separación de bienes o participación en las ganancias, a que se refieren los preceptos mencionados.

Por su parte, la Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación de matrimonio en el Código civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio, modifica el Título IV del Libro primero, comprensivo de los art. 42 a 107 relativos al matrimonio así como a las causas y consecuencias de la disolución del mismo por nulidad, separación o divorcio. En cuanto a las modificaciones operadas por esta Ley y que afectan directamente a la materia objeto de estudio se deben señalar:

- La igualdad no sólo para contraer matrimonio del hombre y la mujer, sino respecto de los derechos y obligaciones que para ambos se derivan como consecuencia del vínculo matrimonial (art. 42, 44 y 66 y ss. C.c.)

- Las consecuencias derivadas de la nulidad, separación o divorcio reguladas en los art. 90 y ss. C.c. La redacción de estos preceptos conforme a la Ley 30/1981, de 7 de julio, se estudiará detalladamente en el segundo capítulo puesto que muchos de estos preceptos fueron nuevamente redactados conforme a 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 y cuyo análisis requiere un mayor detenimiento por afectar directamente a la materia objeto de estudio.

Merece una especial mención la redacción del art. 154 C.c., según el cual “los hijos no emancipados están bajo la potestad del padre y de la madre. La patria potestad se ejercerá siempre en beneficio de los hijos, de acuerdo con su personalidad, y comprende los siguientes deberes y facultades: 1º.- Velar por ellos, tenerlos en su compañía. Alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral. 2º.- Representarlos y administrar sus bienes. Si los hijos tuvieren suficiente juicio deberán ser oídos siempre antes de adoptar decisiones que les afecten. Los padres podrán en el ejercicio de su potestad recabar el auxilio de la autoridad. También podrán corregir razonable y moderadamente a los hijos”.

La redacción de este precepto dada por la Ley de 1981 se basa principalmente⁶⁴ en los art. 14 (principio de igualdad), 39.2 (“Los poderes públicos asegurarán, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la Ley, con independencia de su filiación...”) y 39.3 (“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 casos en los que legalmente proceda”) de la CE, expresa el carácter dual de la patria potestad, incluyendo a la madre no sólo en la titularidad sino también en el ejercicio de la misma⁶⁵. Los padres, por tanto tienen el deber, entendido como *officium*, de ejercer la patria potestad respecto de sus hijos, esto

⁶⁴ LACRUZ BERDEJO, J.L., SANCHO REBULLIDA, F., LUNA SERRANO, A., DELGADO ECHEVARRÍA, J., RIVERO HERNÁNDEZ, F., *El nuevo régimen de la familia, Tomo II*, Madrid 1981, págs. 15 a 19 y 95 y ss.

⁶⁵ Ya se veía anteriormente la evolución del papel y de la función de la mujer en la familia. Si bien en un primer momento, como ocurría por ejemplo en el Derecho Romano la mujer estaba completamente sometida al marido, ya en la época de la codificación y, en concreto, en el proyecto de Código civil de 1851 si bien no se le concede el ejercicio, sí la titularidad, sólo pudiendo ejercer la patria potestad tras la muerte del marido o en determinados supuestos muy concretos.

es, de cumplir con todos los deberes a los que se refiere el art. 154 C.c. No obstante, estos deberes no son sólo tales sino que constituyen, igualmente, derechos para los progenitores. Esto es, el padre y la madre tienen la obligación de tener a sus hijos en su compañía, pero también tienen el derecho de estar con sus hijos. Éste es el principal problema en torno al cual va a girar el eje central del tema que se va a estudiar, la guarda y custodia de los hijos. Así, ya en 1984, RODRIGO BERCOVITZ, señaló que consideraba “un defecto del nuevo texto legal la confusión que se produce en relación con la distinción entre titularidad y ejercicio de la patria potestad”⁶⁶.

La dualidad del ejercicio⁶⁷ de la patria potestad se desprende, además, del art. 156 C.c. cuyo párrafo primero rezaba: “la patria potestad se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores o por uno sólo 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”. No obstante, continuaba diciendo el art. 159 del mismo texto legal que: “si los padres viven separados y no decidieren de común acuerdo, los hijos e hijas menores de siete años quedarán al cuidado de la madre, salvo que el Juez, por motivos especiales, proveyere de otro modo”. De estos dos preceptos se desprende, siguiendo a BERCOVITZ, que mientras los padres viven juntos sí habrá una dualidad real en cuanto a la titularidad y ejercicio de la patria potestad, no así en los casos de nulidad, separación o divorcio, en los que titularidad y ejercicio vienen separados.

Se ha observado, pues, como tanto los progenitores como los hijos han conseguido una igualdad jurídica a través de los preceptos constitucionales, de las modificaciones del Código civil operadas por las Leyes que se acaban de mencionar, el propio principio constitucional de igualdad, del derecho al libre desarrollo de la personalidad. Además, también se ha tenido en cuenta el interés superior del menor⁶⁸, la necesidad de los menores de relacionarse no sólo con sus

⁶⁶ BERCAOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, Vol. II, Madrid, 1984, pág. 1044.

⁶⁷ LACRUZ BERDEJO, J.L., SANCHO REBULLIDA, F., LUNA SERRANO, A., DELGADO ECHEVARRÍA, J., RIVERO HERNÁNDEZ, F., *op. cit.*, pág. 99.

⁶⁸ Al interés superior del menor se le dedica en el presente trabajo el capítulo tercero.

progenitores sino también con sus abuelos⁶⁹, primos y demás parientes y allegados.

La reforma más reciente en materia de derecho de familia tuvo lugar a través de 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. La mencionada Ley se estudiará al tratar el régimen legal de la guarda y custodia compartida en el capítulo segundo. Baste ahora apuntar que la mencionada Ley modifica, entre otros, el art. 92 C.c. de cuya redacción se deriva la posibilidad de que la guarda y custodia sea compartida en los casos en los que se cumplan los presupuestos legales para ello. Ésta es la Ley y la reforma a partir de la cual se realizará el presente trabajo y que se estudia más detenidamente en páginas sucesivas. Así, se tendrá ocasión de ver cómo se ha producido un gran avance en cuanto a derechos de los progenitores quienes, respecto a su condición de tal, ostentarán los mismos derechos y obligaciones para con sus hijos. Todo ello sin olvidar que los principales protagonistas en los casos de nulidad, separación o divorcio son los hijos e hijas menores de edad o incapacitados y que por encima de los derechos y obligaciones de los progenitores deberá siempre prevalecer el principio del superior interés del menor.

El principal problema que se plantea, y en torno al cual girará el presente estudio, es si se puede separar la titularidad y el ejercicio de la patria potestad y si en los casos en los que los progenitores no viven juntos, el ejercicio de la patria potestad se puede compartir.

⁶⁹ Ley 24/2003, de 21 de noviembre, de modificación del Código civil y de la Ley de Enjuiciamiento civil en materia de relaciones familiares de los nietos con los abuelos.

I.2.- PATRIA POTESTAD Y GUARDA Y CUSTODIA

I.2.1.- Titularidad y ejercicio

La patria potestad, considerada a día de hoy como un *officium*, es decir como un derecho-deber, se podría definir como el conjunto derechos, deberes y facultades que el ordenamiento jurídico otorga y reconoce a los progenitores respecto de los hijos sometidos a ellos para cuidarles, protegerles y velar por sus intereses⁷⁰. Así, la patria potestad tiene carácter instrumental ya que las facultades que comporta "no son de libre sino de obligado ejercicio", por esta razón "se habla de la patria potestad como *función*, que recae sobre las personas de limitada capacidad de obrar (menores e incapacitados) y que tiene una finalidad esencialmente tuitiva: vela, cuidado, alimentación, educación (arts. 111 y 154 C.c.)⁷¹.

En el ámbito estatal se encuentra regulada en los art. 154 y ss. C.c.; a su ejercicio se refieren los art. 156 y ss., aunque el art. 92 C.c. también contiene reglas relativas al ejercicio de la patria potestad en los casos en los que cesa la convivencia entre los progenitores. También es posible encontrar normativa autonómica relativa a la patria potestad y guarda y custodia como el Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de mayo, del gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título "Código del Derecho Foral de Aragón", el texto refundido de la Leyes Civiles Aragonesas, la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia, Ley Foral 3/2011, de 17 de marzo, sobre custodia de los hijos en los casos de ruptura de la convivencia de los padres, y la Ley 5/2011, de 1 de abril, de la Generalitat, de

⁷⁰ En este sentido, LACRUZ BERDEJO, J.L. y otros, *Elementos de Derecho Civil IV. Familia*, Segunda edición, Madrid, 2005, pág. 399, ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAZA, L., y otros, *LA conflictividad en los procesos familiares: vías jurídicas para su reducción*, Madrid, 2004, pág. 41., PALAY VALLESPINÓS, M. "Medidas en relación a los hijos y regulación de la guarda y custodia compartida tras la Ley 15/2005, de 8 de julio, en MARTÍN NÁJERA, M^a. T. y otros, *El Derecho de Familia tras las reformas legislativas del año 2005*, Madrid, 2007, pág. 49, LASART.E ÁLVAREZ, C., *Principios de Derecho Civil. Derecho de Familia*, Tomo IV, Madrid, 1997, Pág. 373, ZANÓN MASDEU, L. *Guarda y custodia de los hijos*, Barcelona, 1996, Pág. 13, BLASCO GASCÓ F. de P. y otros, *Derecho de familia*, Tercera edición, Valencia, 1997, pág. 341, LLEDÓ YAGÜE, F. y otros, *Sistema de Derecho Civil. Familia*, Madrid, 2002, pág. 267, PUIG BRUTAU, J., *op. cit.*, pág. 245.

⁷¹ BLASCO GASCÓ F. de P. y otros, *op. cit.*, pág. 342.

relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores non conviven. La regla general del Código civil es que la titularidad de la patria potestad corresponde a ambos progenitores (art. 156 C.c.) y que el ejercicio de la misma se desliga de la patria potestad cuando se produce la ruptura sentimental, aunque no es necesaria la ruptura convivencial, de manera que el Código civil acaba separando los conceptos de titularidad y ejercicio de la patria potestad. No obstante, la separación de tales conceptos así como la separación física de los progenitores no implica ni que la patria potestad se extinga, ni que los progenitores dejen de tener derechos y deberes para con sus hijos. Por esta razón, tal y como señala el art. 92 C.c. en su apartado primero: "la separación, la nulidad o el divorcio no eximen a los padres de sus obligaciones para con los hijos".

La legislación autonómica que se acaba de mencionar y que se irá estudiando seguidamente, coincide sólo en parte con la regulación general del Código civil ya que por un lado coincide en mantener una titularidad permanente y conjunta de la patria potestad, pero difiere en cuanto a la separación del ejercicio.

En el Anteproyecto del Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio, se le da una nueva redacción al art. 156 C.c. Parece que el mencionado Anteproyecto modifica la actual separación de los conceptos de titularidad y ejercicio de la patria potestad. Se refiere, el Anteproyecto, a la "patria potestad como corresponsabilidad parental".

Lo que parece deducirse de la regulación del Anteproyecto es que tanto la titularidad como el ejercicio de la patria potestad seguirán siendo compartidas por ambos progenitores aun cuando éstos no convivan.

Hasta ahora no había ninguna duda de que, por regla general, la titularidad siempre, o casi siempre⁷², se comparte. El problema se planteaba en cuanto al ejercicio. Si sólo uno de los progenitores ejerce la patria potestad, esto se suele traducir, en la práctica, en que en la

⁷² Salvo los supuestos de privación de la patria potestad según lo dispuesto en el art. 170 C.c.

mayoría de las ocasiones sólo el progenitor que ejerce la patria potestad toma la mayoría de las decisiones importantes respecto de sus hijos menores.

La nueva redacción del último párrafo del art. 156 C.c. consolida este ejercicio conjunto al señalar que: "Aunque los padres vivan separados, la patria potestad se ejercerá conjuntamente por ambos salvo que el Juez resolviera, en interés de los hijos, que la patria potestad sea ejercida total o parcialmente por uno de ellos".

La posible futura modificación del art. 156 C.c. en el sentido al que se refiere el mencionado Anteproyecto, tendría consecuencias trascendentales. En los casos de nulidad, separación y divorcio, a la hora de determinar el régimen de convivencia de los hijos con sus padres, ya no se partiría de la premisa de que la regla general es el ejercicio individual, sino que la mencionada convivencia con uno y otro progenitor deberá determinarse teniendo en cuenta que los dos progenitores no sólo son titulares de la patria potestad sino que también les corresponderá su ejercicio.

Lo primero que se debe delimitar, aunque a día de hoy sea una cuestión más que superada, son los sujetos⁷³ a las que las mencionadas regulaciones se refieren (tanto el Código civil como las Leyes autonómicas). Por un lado, a los hijos no emancipados. En este término quedan incluidos los hijos e hijas en los que no concurra ninguna de las causas de emancipación comprendidas en el art. 314 C.c. y con independencia del origen de su filiación, ya sea ésta natural o adoptiva, matrimonial o no. La patria potestad también se ejerce en los casos en los que haya quedado prorrogada por haberse producido la incapacitación⁷⁴ del hijo durante su minoría de edad (por lo que alcanzar la mayoría de edad no será causa

⁷³ PUIG BRUTAU, J., *op. cit.*, pág. 248, LLEDÓ YAGÜE, F. y otros *op. cit.*, pág. 269 y ss., LASARTE ÁLVAREZ, C., *op. cit.*, pág. 374, MORENO VELASCO, V., "Hacia una adecuada comprensión del ejercicio de la patria potestad", Diario La Ley nº 7267, 2009, pág. 1.

⁷⁴ La incapacitación se encuentra regulada en los art. 199 y ss C.c. Señala el art. 200 que "Son causas de incapacitación las enfermedades o deficiencias persistentes que impidan a la persona gobernarse por sí misma".

de emancipación), así como en aquellos otros en los que habiendo alcanzado el hijo la mayoría de edad, la incapacitación se produzca con posterioridad, en cuyo caso la patria potestad se rehabilita.

Por otro, las obligaciones y derechos de los padres para con sus hijos vendrán determinadas por la filiación (al igual que antes, con independencia de su origen). Y, aunque el Código civil utilice la palabra "padres" en el art. 154, se incluye a los padres y a las madres⁷⁵, esto es a los progenitores. El Código civil catalán se refiere, directamente, a los progenitores en el art. 236-1.

Los deberes⁷⁶ que comprende la patria potestad y que, por tanto, aun a pesar de la ruptura de la relación sentimental entre los progenitores, siguen existiendo respecto de los hijos son, en primer lugar: "velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral". ¿Pero qué implica este deber? "Velar" afirma SERRANO ALONSO, "lleva implícito las restantes obligaciones que detalla el precepto"⁷⁷. Si se busca el mencionado término en el Diccionario de la R.A.E.⁷⁸, uno de sus significados es "cuidar solícitamente de algo", y si, a su vez, se busca "cuidar", una de sus acepciones es "guardar". Se puede decir, por tanto, que el primero de los deberes inherentes a la patria potestad incluye también el de cuidar y guardar a los hijos⁷⁹. Así, se observa como patria potestad y guarda y custodia parece que van unidas. Los progenitores tienen la obligación y el derecho de cuidar a sus hijos, y esos cuidados los

⁷⁵ También hay supuestos en los que la patria potestad puede ser ejercida por terceras personas distintas a los progenitores, por ejemplo en el caso en el que se desconozca la filiación, o si los dos progenitores están incapacitados para ejercer la patria potestad, etc. Baste dejarlo apuntado porque lo que nos interesa es centrarnos en aquellos supuestos en los que son los padres los que ejercen la patria potestad. En este sentido, MORENO VELASCO, V., *op. cit.*, pág. 1.

⁷⁶ MENÉNDEZ MATO, J.C., "Arts. 154 a 161", en DOMÍNGUEZ LUELMO, A., *Comentarios al Código civil*, Valladolid, 2010, págs. 273 y 274, LLEDÓ YAGÜE, F. y otros *op. cit.*, pág. 271 y ss., BLASCO GASCÓ, F. de P. y otros, *op. cit.*, pág. 347 y ss., LASART.E ÁLVAREZ, C., *op. cit.*, pág. 377, LACRUZ BERDEJO, J. L., y otros, *op. cit.*, pág. 411 y ss.

⁷⁷ En este sentido, SERRANO ALONSO, E, en "Comentarios al Código civil", Tomo 2, SIERRA GIL DE LA CUESTA, I. (coord.), Barcelona, 2000, pág. 436, RUBIO SAN ROMÁS, J.I., en "Comentarios al Código civil II", Vol. 2º, RAMS ALBESA, J., Barcelona, 2000, pág. 1480.

⁷⁸ www.rae.es

⁷⁹ CAMPO IZQUIERDO, J.L., "Guarda y custodia compartida. ¿Se debe condicionar su concesión a que exista un informe favorable del Ministerio fiscal?", Diario La Ley nº 7206, La Ley 12960/2009, pág. 1.

realizarán dando cumplimiento al resto de deberes mencionados en el apartado primero: teniéndolos en su compañía, alimentándoles, dándoles formación, etc.

SANCHO REBULLIDA⁸⁰, refiriéndose a los deberes y facultades contemplados en el art. 154 C.c., señala que el término "velar", "más que un deber jurídico, es la medida y hasta la actitud que debe informar el cumplimiento de los restantes deberes del art. 154 C.c."

La patria potestad deberá ejercerse, según se establece en el art. 156 C.c. y 236-8 C.c.c., de forma compartida. Esto significa que ambos progenitores deberán cumplir con las obligaciones que se acaban de estudiar de forma compartida. Sin embargo, esto puede resultar más o menos fácil en los supuestos en los que los progenitores viven juntos, pero no lo es tanto cuando no existe convivencia entre ellos⁸¹. En los supuestos de no convivencia señala, LLEDÓ YAGÜE, se producirá un "reparto de tareas"⁸², así se dispone en el art. 156.5 C.c. en relación con el art. 159 del mismo texto legal. En este sentido, parece que el art. 159 C.c. viene a corroborar lo establecido por el apartado 4 del art. 156 C.c. ya que del primero que deduce que, en los supuestos de no convivencia, la patria potestad también se ejercerá por aquel progenitor con el que los hijos convivan.

La regulación del Código civil parece contradictoria. Por un lado se refiere sólo a "aquel progenitor", o sea a uno, (ex art. 159 C.c.), mientras que, por otro, señala que "los progenitores, aunque no ejerzan la patria potestad, tienen el derecho a relacionarse con sus hijos menores" (ex art. 160 C.c.). La pregunta sería ¿cómo se relaciona un progenitor que no ejerce la patria potestad con su hijo? Y ¿qué se debería entender por "relación"?

Si se interpretaran estos preceptos de conformidad con el año en que se redactaron, se podría entender que se están refiriendo a que uno de los

⁸⁰ SANCHO REBULLIDA, F., "La Patria Potestad", en LACRUZ BERDEJO, J.L., y otros, *La reforma del Derecho de Familia del Código Civil Español*, Barcelona, 1980, pág. 151.

⁸¹ GULIARTE MARTÍN-VALERO, C., *La concreción del interés del menor en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Valencia, 2013, pág. 16. (En publicación)

⁸² LLEDÓ YAGÜE, F. y otros, *op. cit.*, pág. 271, MONTERO AROCA, J., *Guarda y custodia de los hijos. La aplicación práctica del artículo 92 del Código civil*, Valencia, 2001, pág. 15.

progenitores tiene la guarda y custodia y, por tanto, ejerce la patria potestad, y el otro, aunque no ejerza como progenitor, tendrá derecho a "relacionarse con su hijo" esto es, a tener un régimen de visitas.

A día de hoy parece que esa interpretación ha quedado obsoleta y además superada por la regulación que respecto a las obligaciones paterno filiales contienen las legislaciones autonómicas. Así, tanto el Código aragonés como el catalán se refieren a "progenitores" en los art. 76 y 233-8.1 respectivamente. Pero no sólo esto. Además, se establece la necesidad de que la patria potestad, o autoridad parental catalana, siga manteniendo el carácter de compartido y, en la medida de lo posible, los derechos y deberes derivados de la misma se sigan ejerciendo de forma conjunta.

Mientras el Código civil diferencia y separa titularidad y ejercicio de la patria potestad en los supuestos de no convivencia, las legislaciones autonómicas no sólo no hacen ninguna diferencia sino que mantienen, que aun en los supuestos en los que los progenitores no vivan juntos, las responsabilidades y derechos de los mismos deberán seguir siendo compartidos.

Se podría decir que las principales diferencias de la regulación del Código civil con respecto a la legislación autonómica son:

- 1) En principio la titularidad y ejercicio de la patria potestad van unidos y corresponde a ambos progenitores. Esto implica que los dos progenitores son titulares de la patria potestad y además los dos tienen la guarda y custodia de sus hijos.
- 2) Sin embargo, cuando los progenitores no viven juntos los conceptos de titularidad y ejercicio de patria potestad se separan. La titularidad suele seguir correspondiendo a ambos progenitores, pero el ejercicio, en principio, sólo le corresponde a uno. O sea, los dos titulares pero sólo uno de ellos tiene la guarda y custodia.

3) El progenitor que no tenga la guarda y custodia, como goza del derecho de relacionarse con sus hijos a que se refiere el art. 160 C.c., tendrá de un régimen de visitas.

Se cree que la regulación contenida en el Código civil respecto a la patria potestad en los art. 154 y ss C.c. es contraria a lo establecido en el apartado primero del art. 92 C.c. Si los progenitores, aun a pesar de la no convivencia, siguen teniendo los derechos a que se refiere el art. 154 C.c., ¿cómo va a dar cumplimiento a ello un progenitor que sólo se "relaciona" con su hijo/a? La respuesta a esta pregunta la da el propio art. 92 pero en su apartado 5º y es aparentemente sencilla: a través del ejercicio compartido de la guarda y custodia. De esta manera los hijos menores pasarán con cada uno de sus progenitores más o menos el mismo lapso de tiempo. Ya no se trata de un régimen de visitas, como se establecía en la anterior regulación del Código civil, sino de una verdadera y conjunta crianza y educación de los hijos. (Remisión al Capítulo II).

La separación⁸³ de los conceptos de titularidad y ejercicio ha sido muy criticada, también la redacción del art. 92 C.c.⁸⁴. Es cierto que posibilita la adopción de un régimen de guarda y custodia compartida a través del cual ambos progenitores puedan involucrarse en la vida de sus hijos, pero esta posibilidad queda ciertamente limitada por muchas trabas y requisitos.

En mi opinión, la verdadera casi inoperatividad legislativa, que no jurisprudencial, de la guarda y custodia compartida no radica únicamente en la poco afortunada redacción del art. 92 C.c., sino además en algunas de las contradicciones en las que incurre el Código civil al regular la patria potestad y que pueden dar lugar a confusión. Así se veía al estudiar los art. 154, 156, 159 y 160, todos ellos del C.c.

⁸³ MONTERO AROCA, J., *op.cit.*, pág. 15 y ss.

⁸⁴ En este sentido, DELGADO DEL RÍO, G., *La custodia de los hijos. La guarda compartida: opción preferente*, Navarra, 2010, pág. 67 y ss., IVARS RUIZ, J., *Guarda y custodia compartida. Aspectos procesales y sustantivos. Doctrina y jurisprudencia*, Valencia, 2008, pág. 61 y ss., entre otros.

Realmente, las consecuencias que se derivan de separar la titularidad del ejercicio son muy importantes, sobre todo para el progenitor no ejerciente, no guardador o no custodio⁸⁵. Los derechos y deberes que se derivan de la titularidad y del ejercicio se podría decir son más trascendentales y quizá, también, más genéricos. Los padres, en general, cuidan de sus hijos, les protegen, deciden sobre sus cuestiones médicas, etc. Pero también toman decisiones⁸⁶ diariamente sobre los mismos que, aunque puedan parecer más triviales o banales, pueden no serlo tanto o, aun siéndolo, no tienen por qué ser tomadas por un solo progenitor de forma unilateral.

Si aun conviviendo los progenitores no siempre se está de acuerdo en algunas cuestiones relativas a la educación de los hijos, sin convivencia y, en estos casos se supone que ya sin relación de afectividad, la adopción de acuerdos con respecto a los hijos resulta más difícil, y en los casos en los que la guarda y custodia no es compartida uno de los progenitores se ve privado del cuidado diario y de la toma diaria de decisiones con respecto al cuidado y educación de sus hijos menores.

Desde el punto de vista de los progenitores, podría parecer quizás injusto que uno de ellos se viera privado del cuidado de sus hijos. Sin embargo, lo que importa realmente es el interés del menor y la principal desventaja de un sistema en el que un progenitor no participa casi en la vida de su hijo/a es que es necesario que se dé una continuidad a las relaciones familiares y que el hijo menor pueda seguir manteniendo el contacto con sus dos progenitores para que éste pueda gozar de una buena salud mental, emocional, psíquica y de un buen desarrollo psicosocial⁸⁷. En el capítulo dedicado al interés del menor, se estudiará la importancia de dar continuidad a las relaciones paterno-filiales y el derecho que tienen los hijos a relacionarse y mantener el contacto con sus dos progenitores.

⁸⁵ RABADÁN SÁNCHEZ-LAFUENTE, F., “Breves notas sobre la guarda y el ejercicio”, en LASART.E C., (Ed.), *Familia, matrimonio y divorcio en los albores del s. XXI. Jornadas internacionales de derecho de familia*, Madrid, 2006, pág. 731.

⁸⁶ SERRANO MOLINA, A., “La guarda compartida. ¿Una regulación necesaria?”, en LASART.E C., (Ed.), *Familia... op. cit.*, pág. 736.

⁸⁷ ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L. y otros, *La conflictividad... op. cit.*, pág. 81.

También se ha comentado que el ejercicio de la patria potestad se suele identificar con la guarda y custodia. Que uno de los progenitores, por tanto, se vea privado de la guarda y custodia tiene consecuencias trascendentales para la vida del menor. También, lógicamente, para el progenitor que disfruta poco tiempo de su hijo, pero en estos casos, siempre habrá que centrarse en qué es lo más importante para el menor, qué es lo mejor para él y cómo se puede articular el derecho/deber de los padres con el derecho de los hijos menores, que son los más necesitados de protección. Siempre se deberá velar por el cumplimiento del principio del superior interés del menor o principio *favor filii* o *favor minoris*, principio difícil de concretar, tanto a en el ámbito normativo como doctrinal y jurisprudencial.

En aras a una mejor protección o salvaguarda del interés del menor, parece que esta cuestión relativa a la separación de los conceptos de titularidad y ejercicio de la patria potestad, ha quedado superada en el Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental que antes se comentaba.

Algunos de los preceptos estudiados y cuya redacción se critica tienen una nueva redacción en el mencionado Anteproyecto de Ley. La principal modificación se deriva, como antes se apuntaba, del nuevo texto que contiene el art. 156, señalando en su último párrafo que "aunque los padres vivan separados, la patria potestad se ejercerá conjuntamente por ambos..."

Con esta modificación, quedaría solventada la posible contradicción con el resto de preceptos que se refieren a la titularidad y ejercicio de la patria potestad (art. 154, 159, 160 C.c.).

Uno de los principales inconvenientes de la actual regulación del Código civil es que, en la práctica, el progenitor que ejerce la patria potestad, decide cuestiones tan importantes como el lugar de residencia del menor. Con el ejercicio conjunto, de lo que se trata es que todas esas cuestiones que, a día de hoy, en ocasiones, son decididas por el progenitor guardador, se conviertan en decisiones consensuadas de ambos

progenitores. En concreto, el tema del cambio de domicilio y del lugar de residencia de los menores, ha sido objeto de numerosos litigios, de ahí que el Anteproyecto haya añadido el siguiente inciso al primer párrafo del art. 156: "El derecho a decidir el lugar de residencia de los hijos menores de edad y el domicilio de su empadronamiento corresponderá a los titulares de la patria potestad, con independencia de cual sea el progenitor que ostente la guarda y custodia de los mismos".

I.2.2.- Tipos de regímenes convivenciales

La titularidad de la patria potestad y el deber de guardar y custodiar a los hijos derivada de la misma, es ostentada, tal y como se acaba de estudiar, por los progenitores por el mero hecho de la filiación⁸⁸. El problema radica en que en el momento en el que cesa la convivencia de los progenitores, los derechos y deberes derivados de la patria potestad deben seguir siendo cumplidos, están latentes, pero habrá que determinar la forma⁸⁹ en que éstos van a ser desarrollados por cada progenitor con respecto a sus hijos. A la vista de la legislación estatal que recientemente se comentaba, la legislación autonómica y, teniendo en cuenta la evolución de la sociedad y de los roles parentales en este sentido, se pueden diferenciar varios modelos⁹⁰:

1.- Si los progenitores viven juntos: no hay ningún problema porque ambos serán titulares y ejercerán la patria potestad conjuntamente.

2.- Si los progenitores viven separados caben varias opciones:

⁸⁸ Y ello, además, con independencia del origen o tipo de filiación a que se refiere el art. 108 del C.c. En este sentido, también, CASTILLEJO MANZANARES, R., *Guarda y custodia compartida de hijos menores. Las crisis matrimoniales y de parejas de hecho. Procesos declarativos especiales en la LEC*, Madrid, 2007, pág. 340.

⁸⁹ CASTILLO MARTÍNEZ, C. del C., "La determinación en la guarda y custodia de los menores en los supuestos de crisis matrimonial o convivencial del sus progenitores. Especial consideración de la custodia compartida tras la Ley 15/2005, de 8 de julio", *Diario La Ley* nº 2911/2007, Actualidad civil nº 15, pág. 1.

⁹⁰ *Ibidem*, pág. 322 y ss y 331.

A) Que la titularidad de la patria potestad se atribuya a ambos progenitores y se distribuya su ejercicio. Esta es la regla general y las posibilidades que se derivan de la misma son:

A.1) Guarda y custodia a favor de uno de los progenitores ostentando el otro un régimen de visitas restringido. (Por ejemplo de fines de semana alternos y períodos vacacionales por mitad)⁹¹.

A.2) Guarda y custodia a favor de uno de los progenitores pero ostentando el progenitor no custodio un régimen de visitas más amplio. (Por ejemplo en las supuestos en los que el menor puede estar con el menor una o varias tardes entre semana)⁹².

A.3) La titularidad de la guarda y custodia es de los dos progenitores y el ejercicio se distribuye de forma más o menos equitativa. En este caso se hablaría de guarda y custodia compartida. Sin embargo, y sin perjuicio de que en el siguiente capítulo se estudie más detenidamente, no es necesario que la distribución del tiempo del mencionado ejercicio sea completamente la misma para los dos progenitores. Así, HERRERA DE LAS HERAS siguiendo la Exposición de motivos de la Ley aragonesa dice que no es necesario el mismo tiempo, “pero sí el tiempo adecuado para dar cumplimiento a la finalidad de la custodia compartida”⁹³. A título de ejemplo se podrían mencionar aquellos supuestos en los que los menores

91 Sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres, nº 49/2011, de 26 de enero (TOL2.097.723), Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, nº 387/2011, de 23 de mayo (TOL2.200.731), Sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo, nº 182/2011, de 14 de junio (TOL2.187.115), Sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo, nº 29/2011, de 31 de enero (TOL2.081.906).

92 Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya, nº 433/2011, de 16 de junio (TOL2.215.139), Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya, nº 394/2011, de 1 de junio (TOL2.214.604), Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, nº 548/2011, de 13 de julio (TOL2.229.689), Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, nº 595/2011, de 21 de septiembre (TOL2.252.809).

⁹³ HERRERA DE LAS HERAS, R., “Sobre la necesidad de una nueva regulación de la guarda y custodia compartida”, en O’CALLAGHAN MUÑOZ, J. (Dir.), Revista jurídica de doctrina y jurisprudencia civil, mercantil y procesal, Actualidad Civil, Segunda quincena mayo 2011, nº10, pág. 1138.

permanece 15 días con un progenitor, 15 días con otro pudiendo existir durante esos periodos un régimen de visitas intersemanal)⁹⁴.

B) Que los progenitores hayan sido privados total o parcialmente de la patria potestad en virtud de lo dispuesto en el art. 170 C.c. y que la titularidad, guarda y custodia o incluso ambas, dependiendo del caso, se atribuyan a un tercero, que en estos casos puede ser un familiar como los abuelos, o bien, incluso el Estado, en cuyo caso será de aplicación lo dispuesto en los arts. 172 y siguientes del Código civil.

El presente trabajo se centrará principalmente en aquellos supuestos en los que viviendo los progenitores separados, éstos comparten tanto la titularidad de la patria potestad como el ejercicio de la misma respecto de sus hijos menores de edad, aunque de manera diferente a cuando los progenitores viven juntos. Más adelante se estudiarán las posibles combinaciones, aunque en realidad lo que menos importa o la cuestión menos trascendental, es el *nomen*⁹⁵ que se le dé al tipo de custodia, pues lo realmente necesario es que los menores, cuyos padres dejan de vivir juntos, sufran lo menos posible, y, para ello, necesitarán⁹⁶, en general, de ambas figuras, la paterna y la materna, todo ello para que puedan aceptar mejor la nueva situación familiar, además de ser necesario para su buen desarrollo afectivo, psicosocial, en definitiva, su bienestar psicológico⁹⁷.

⁹⁴ Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos, sentencia nº 24/2011, de 21 de enero (TOL.2.078.535), Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, nº 390/2009, de 13 de noviembre (TOL1755.927), Sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo, nº 200/2008, de 16 de mayo (VLEX-63176786), Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, nº 190/2008, de 9 de abril (VLEX-40884721).

⁹⁵ CASTILLEJO MANZANARES, R., *op. cit.*, pág. 345.

⁹⁶ Entre otros, CASTILLO MARTÍNEZ, C. del C., *op. cit.*, pág. 1, PALAY VALLESPINÓS, M., *op. cit.*, pág. 45, RIVERA ÁLVAREZ, J. M., *op. cit.*, pág. 143.

⁹⁷ RIVERA ÁLVAREZ, J.M., *op. cit.*, pág. 143

I.2.3.- Violencia y guarda y custodia

Antes de continuar con el estudio de la guarda y custodia se deben determinar aquellos supuestos en los que ésta, e incluso la patria potestad, quedan excluidas. Cuando se habla de violencia, se deben diferenciar dos supuestos, que, aunque en teoría puedan parecer muy diferentes, no lo son tanto. Por un lado la violencia de los progenitores o de uno sólo de ellos con respecto de sus hijos menores, pudiendo ser esta violencia tanto física como psicológica, y, por otra, la violencia que se ejerce no respecto de los hijos, pero sí entre los propios progenitores, bien de uno frente al otro o de ambos entre sí. Si bien es cierto que la regla general es que sea uno de los progenitores (el varón) el que ejerce la violencia frente al otro (la mujer).

Antes de pasar a su estudio, se debe mencionar, que se trata de un tema muy delicado y que habrá que tratar con sumo cuidado. Es cierto que la violencia en el seno de una familia no es justificable en caso alguno, pero tampoco lo es que ésta en ocasiones sea utilizada en contra del otro progenitor para resultar más favorecido con respecto a la custodia de los hijos menores comunes.

En cuanto a la regulación que se comentaba, señala el apartado 7 del art. 92 C.c. que "no procederá la guarda conjunta cuando cualquiera de los padres esté incurso en un proceso penal por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos. Tampoco procederá cuando el juez advierta, de las alegaciones de las partes y de las pruebas practicadas, indicios fundados de violencia de género".

Se observa, pues, que los delitos o faltas que se tienen en cuenta para el posible otorgamiento o no de una guarda y custodia compartida pueden ser muy variados, como también lo puede ser su gravedad. También lo es que la mera imputación o denuncia parece no ser suficiente, ya que para que se esté incurso en un proceso penal será necesario un auto de procesamiento, un auto de conversión en

procedimiento abreviado, o en su caso la apertura de juicio oral, pues en todos ellos debe de haber indicios de delito para que se dicten⁹⁸. El Código civil señala que en estos casos no procederá la guarda conjunta, pero nada dice de la individual ni de un posible régimen de visitas o de comunicación. Se entiende que no se puede establecer una guarda compartida en estos supuestos ya que, si existe violencia, difícilmente se podrá mantener una mínima relación entre los progenitores para que esta modalidad de guarda se lleve a cabo, de hecho es muy probable que hasta se haya prohibido la comunicación entre los progenitores. Sin embargo, parece que sí será posible establecer una guarda y custodia individual, se entiende que respecto del progenitor no violento, aunque el Código civil tampoco lo matiza. Lo que sí es cierto es que el progenitor que está en alguno de los supuestos a los que se refiere el apartado 7 del art. 92 C.c., no podrá compartir la guarda y custodia, pero no por ello perderá el derecho y los deberes que le corresponden a relacionarse con sus hijos menores. Nada, además, dice el Código civil respecto a la custodia exclusiva. Lo que se deriva de este precepto es que la custodia en ningún caso se podrá compartir, por lo que el régimen que se establecerá será, en principio, el de una custodia exclusiva con su correspondiente régimen de visitas.

La regulación que contiene la legislación valenciana en la Ley 5/2011, de 1 de abril, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores con conviven, respecto a la violencia en materia de guarda y custodia añade algo más. El art. 5.6 se refiere a la "no atribución de un régimen de convivencia a uno de los progenitores" en los mismos supuestos a los que se refiere el Código civil, pero en este caso "siempre y cuando a tenor de dichos indicios, la aplicación del régimen de un convivencia pudiera suponer riesgo objetivo para los hijos e hijas o para el otro progenitor".

⁹⁸ BLASCO GASCÓ, F. de P., "Las relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven", en YZQUIERDO TOLSADA, M., CUENCA CASAS, M., (Dir.), *Tratado de Derecho de Familia, Volumen VII. La Familia en los Distintos Derechos Forales*, Navarra, 2011, pág. 1245 y 1246.

De la regulación del Código civil y la Ley valenciana se pueden señalar dos diferencias:

1) Mientras que el Código civil se refiere a la "guarda conjunta", la Ley valenciana prefiere hablar de "un régimen de convivencia". El problema estará en determinar qué se entiende por régimen de convivencia. Si se entiende que éste puede ser una convivencia extensa o corta, si como convivencia se puede entender un fin de semana o la mitad de unas vacaciones, o una visita en un punto de encuentro, se tendría que entender que según la Ley valenciana en los supuestos mencionados no sólo no cabe la guarda y custodia compartida, sino que tampoco cabría, a diferencia de lo establecido en el Código civil, la atribución de un régimen de convivencia a progenitor incurso en un proceso penal.

2) El segundo matiz que añade la legislación valenciana es que al referirse a los indicios penales, en los que coinciden tanto la legislación nacional como la autonómica, habrá que añadirle que éstos pudieran suponer un "riesgo objetivo" para los menores. Esto es, la legislación Valenciana añade algo más. No sólo son suficientes los indicios y el correspondiente auto de apertura de juicio oral o de procedimiento abreviado, sino que además éstos deberán constituir un "riesgo objetivo" para los menores. El problema radica en determinar qué constituye un "riesgo objetivo".

La legislación aragonesa, refiriéndose a los mismos supuestos del Código civil, esto es no exige como la Ley valenciana que éstos constituyan un riesgo, se refiere en su art. 5.6 a que "no procederá la atribución de la guarda y custodia ni individual ni compartida..."

En Navarra, la Ley Foral 3/2011, de 17 de marzo, sobre custodia de los hijos en los casos de ruptura de la convivencia, dedica el art. 3.8, a los supuestos en los que, por mediar violencia, no procederá la atribución de la guarda y custodia ni individual ni compartida, recogiendo los mismos supuestos que se acaban de estudiar para las legislaciones valenciana y aragonesa.

La mejor redacción en cuanto a la violencia en el seno de la familia parece ser la del Código civil catalán que en su art. 233-11-3 señala que "en interés de los hijos, no puede atribuirse la guarda al progenitor contra el que se haya dictado una sentencia firme por actos de violencia familiar o machista de los que los hijos hayan sido o puedan ser víctimas directas o indirectas. En interés de los hijos, tampoco puede atribuirse la guarda al progenitor mientras haya indicios fundamentados de que ha cometido actos de violencia familiar o machista de los que los hijos hayan sido o puedan ser víctimas directas o indirectas".

Para empezar lo primero que se exige es una sentencia firme, lo cual ya proporciona más seguridad jurídica que el resto de legislaciones. Además, se refiere no sólo a la violencia hacia el otro progenitor o hacia los hijos, sino también a aquella violencia de la que los menores puedan ser víctimas directas o indirectas. También se refiere a cualquier tipo de guarda, no procederá la guarda y custodia individual, ni compartida.

El último inciso de todas las legislaciones que se comentan, Código civil y Leyes autonómicas, se refiere a los supuestos de violencia machista o de género. Todas recogen este supuesto y en ninguno de ellos se exige ni siquiera imputación, pues parece que se refiere a las pruebas y alegaciones que se puedan practicar en el proceso civil.

Realmente no se entiende muy bien que cuando se trate de delitos "contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos" sea necesario el auto de procesamiento o de apertura de juicio que se comentaba, mientras que, si se habla de supuestos de violencia de género, basten los indicios apreciados por el Juez en un proceso civil.

A la conclusión a la que se puede llegar con carácter general es que dependiendo de si se aplica el derecho autonómico o nacional las consecuencias pueden ser diversas. Las legislaciones autonómicas coinciden en que no se podrá adoptar ni la guarda y custodia individual ni la guarda y custodia compartida, mientras que el Código civil sólo restringe la posibilidad de una guarda y custodia compartida.

Todo ello sin perder de vista que, en cualquier caso, será necesario que el progenitor de que se trate no haya sido privado de la patria potestad en virtud de lo dispuesto en el art. 170 C.c.

Como se comentaba la cuestión de la violencia familiar es tu tema difícil y delicado de tratar. Y lo cierto es que como se ha estudiado, la regulación contenida en el Código civil es bastante escasa, siendo más completa la legislación autonómica.

La falta de una legislación nacional más extensa ha propiciado que el Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental haya modificado el apartado 7 del art. 92 C.c., para darle una nueva redacción y dar cabida a un mayor número de supuestos en los que la violencia es la protagonista. De convertirse el Ley el mencionado Anteproyecto, la legislación del Código civil sería aun más completa que la autonómica.

El Código civil señala en el apartado 7 del art. 92, que "no procederá la guarda conjunta". El Anteproyecto señala en el apartado 5 del art. 92 bis que "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..."

Los supuestos en los que no procede ningún tipo de custodia ni régimen de visitas vienen a coincidir, más menos, con los señalados actualmente en el Código civil. Siendo los supuestos de violencia los mismos, lo que se amplía, son los regímenes convivenciales, que quedan limitados en los supuestos en los que en una familia existe cualquier tipo de violencia.

La prohibición que se acaba de mencionar se refiere, con carácter general, a los supuestos en los que hay sentencia penal firme, cuando el progenitor esté incurso en un proceso penal y cuando el Juez lo advierta en el proceso civil.

El art. 92 bis del Anteproyecto recoge, en el apartado 6, una última posibilidad, refiriéndose a los supuestos en los que sean los dos progenitores los que estén incluidos al mismo tiempo en alguno de los supuestos comentados. En estos casos, el Juez podrá atribuir la guarda y custodia de los hijos menores a "familiares o allegados que, por sus relaciones con ellos, considere más idóneos".

I.2.4.- Circunstancias a tener en cuenta para la adopción del sistema de guarda

A pesar de los posibles beneficios para los menores del establecimiento de una guarda y custodia compartida o de sus posibles desventajas, lo cierto es que para la adopción de este régimen serán necesarios unos presupuestos tanto objetivos como subjetivos⁹⁹. Los primeros -presupuestos objetivos-, vendrán determinados por la Ley, en este caso por el art. 92 C.c. Sin embargo, para determinar los presupuestos subjetivos, y puesto que el Código civil nada dice al respecto, se deberá acudir a la doctrina y a la jurisprudencia.

⁹⁹ DELGADO DEL RÍO, G., *op. cit.*, pág. 131, GUILARTE MARTÍN CALERO, C., *La concreción...*, *op. cit.*, pág. 31.

En cuanto a los criterios o requisitos tenidos en cuenta o valorados por las diversas sentencias¹⁰⁰ de la Audiencia Provinciales antes de establecer una guarda y custodia compartida, se señalan:

- La voluntad del menor y su relación con sus dos progenitores: por regla general, se tiene en cuenta la vinculación afectiva del menor con cada uno de sus progenitores, así como la voluntad de éste de querer seguir relacionándose con ambos¹⁰¹. La manifestación de ésta voluntad puede venir de la mano del propio menor, dando cumplimiento así a lo dispuesto en el art. 92.6 C.c., o de los padres. En los casos en que los hijos menores tienen poca edad son los propios padres los que describen los comportamientos y reacciones de sus hijos cuando están con ellos, y cuando finalmente se otorga una guarda y custodia compartida, ambos progenitores suelen reconocer que sus hijos se relacionan indistintamente bien con cada uno de ellos.

¹⁰⁰ Un buen grupo de argumentos, los más frecuentes, para acordar una guarda y custodia compartida, se encuentran en la sentencia de la Audiencia Provincial de Girona, nº 108/2001, de 28 de febrero (TOL50.844):

"- Que la niña ha venido asumiendo la guarda compartida sin traumas ni desequilibrios de ningún tipo.

- Que dicho régimen ha sido valorado como de resultados positivos por el equipo de asesoramiento técnico.

- Que los resultados académicos y el desarrollo integral de Pilar no han acusado un deterioro alguno, sino más bien al contrario, pueden calificarse de buenos incluso de excelentes.

- Que el hecho de haber tenido ambos progenitores el domicilio en la misma localidad y en relativa proximidad, facilita los eventuales cambios domiciliarios y no afecta a las relaciones sociales de la menor (escolares, de amigas, actividades extraacadémicas, etc.) que pueden seguir manteniéndose sin cambio alguno.

- Que dispone en ambos domicilios de su propia habitación.

- Que tanto el padre como la madre reúnen las condiciones para asumir la guarda y custodia a satisfacción de la hija, y así lo han venido haciendo sin reproche alguno de ésta, y

- Que los especialistas del equipo técnico de asesoramiento, valoran la guarda y custodia compartida como la mejor opción actual para la hija, que ante ellos, y en fecha bastante posterior a la exploración judicial, manifiesta su deseo de mantener la compañía de los dos progenitores, aunque querría modificar la distribución del tiempo que comparte con cada uno, proponiendo el de una semana entera en cada domicilio para organizar mejor sus actividades".

¹⁰¹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, nº 153/2003, de 2 de diciembre (VLEX-52261816), Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, nº 140/2004, de 3 de marzo (VLEX-52262328), Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, nº 555/2006, de 18 de octubre (VLEX-373864), Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, nº 90/2009, de 24 de febrero (Tirant on line TOL1.494.949).

- La aptitud y disponibilidad de los progenitores: siempre se valora la predisposición de los padres para procurar el bien de los hijos¹⁰². Se tiene en cuenta la actitud de éstos en aras a alcanzar un acuerdo en cualquier materia que pueda afectar a sus hijos. Así, por regla general, para que la guarda y custodia alternada pueda erigirse como el régimen más beneficioso para un menor, se suele exigir, por parte de la jurisprudencia, cuanto menos, cierto grado de colaboración entre los progenitores. De ahí que, en innumerables ocasiones, no se conceda este régimen ante la oposición de cualquiera de los miembros de la pareja. Todo ello sin perjuicio de los regímenes de guarda conjunta que se otorgan aun a pesar de la no colaboración entre los progenitores. Además, es necesario, también, conocer las obligaciones laborales y profesionales de cada uno de ellos para poder determinar la viabilidad o no de este régimen.

- El bajo nivel de conflicto entre los progenitores, su buena comunicación, cooperación entre ellos, así como el respeto mutuo. Además del entendimiento entre los progenitores, también se suele hablar de unas condiciones de semejanza en los diversos órdenes de la vida, personales, sociales, culturales y de educación respecto de sus hijos¹⁰³.

- La participación de los progenitores en la vida del menor con anterioridad a la ruptura¹⁰⁴.

¹⁰² Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, nº 208/2010, de 14 de abril (TOL1.890.053), Sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres, nº 17/2008, de 17 de enero (TOL1.481.748), Sentencia de la Audiencia Provincial de Guadalajara, nº 209/2007, de 16 de octubre (TOL1.333.428), Sentencia de la Audiencia Provincial de León, nº 56/2008, de 22 de febrero (TOL1.376.210), Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, nº 685/2009, de 17 de noviembre (TOL1.770.966), Sentencia de la Audiencia Provincial de Segovia, nº 31/2009, de 25 de febrero (TOL1.490.155).

¹⁰³ Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, nº 353/2009, de 27 de mayo (TOL1.759.905), Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, nº 738/2009, de 29 de octubre (TOL1.751.300), Sentencia de la Audiencia provincial de Barcelona, nº 761/2009, de 10 de noviembre (TOL1.777.991), Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón, nº 171/2006, de 4 de diciembre (VLEX-52323247), Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba, nº 103/2006, de 24 de abril (VLEX-52335724), Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, nº 620/2006, de 19 de octubre (VLEX-26669930), Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, nº 684/2006, de 17 de noviembre (VLEX-26671370), Sentencia de la Audiencia Provincial de Segovia, nº 253/2009, de 23 de diciembre (TOL1.792.184), Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, nº 151/2007, de 6 de marzo (VLEX-35443537).

¹⁰⁴ HERRERA DE LAS HERAS, R., *op. cit.*, pág. 1146.

- Residencias cercanas.
- Que la guarda y custodia compartida no provoque una falta de estabilidad y regularidad de los hábitos y las costumbres del menor¹⁰⁵.

Otros estudios, como el de LÓPEZ ORDIALES (Fiscal de la Audiencia Provincial de Badajoz)¹⁰⁶, señala como criterios a sugerir en el modelo de guarda y custodia compartida los siguientes:

- Existencia entre ambos progenitores de unas condiciones de semejanza en los diversos órdenes de la vida, personales, sociales y culturales.
- Que exista un proyecto común en lo que a la educación y formación de los hijos se refiere.
- Comunicación fluida y evitativa de situaciones conflictivas.
- Cercanía de los domicilios.
- Existencia, en los períodos de alternancia, de la posibilidad de permanencia del menor con ambos progenitores.
- Posibilidad de que ambos progenitores contribuyan económicamente a la nueva situación familiar. En este caso, los medios económicos necesarios para sufragar los gastos de este sistema de guarda suelen generar menos inconvenientes.
- La participación de los padres en la vida del menor con anterioridad a la ruptura.
- La voluntad del menor.

Estos requisitos, o por lo menos la mayoría de ellos, ya se encontraban recogidos por algunos ordenamientos jurídicos extranjeros. La legislación extranjera, junto con la práctica jurisprudencial provocaron que en algunas de las legislaciones

¹⁰⁵ IVARS RUIZ, J., *op. cit.*, pág. 183.

¹⁰⁶ LÓPEZ ORDIALES, J.J., "Custodia Compartida. Cuestiones Procesales" en SARAVIA GONZÁLEZ, A.M. y GARCÍA CRIADO, J.J. (Coord.), *La jurisdicción de familia: especialización. Ejecución de resoluciones y custodia compartida*, Estudios de Derecho Judicial, Madrid, 2008.

autonómicas relativas a la guarda y custodia también se recogieran estos criterios favorables al establecimiento de un régimen de guarda y custodia compartida.

En cuanto a la legislación extranjera, el Código civil francés, por ejemplo, señala en su art. 373-2-11 que: "Cuando se pronuncie sobre las modalidades de ejercicio de la patria potestad, el Juez tendrá especialmente en cuenta:

1º La práctica seguida anteriormente por los padres o los acuerdos que hubiesen firmado con anterioridad.

2º Los sentimientos expresados por el niño.

3º La aptitud de cada uno de los padres para asumir sus deberes y respetar los derechos del otro.

4º El resultado de los informes periciales que hayan podido efectuarse, teniendo en cuenta particularmente la edad del niño.

5º Los datos de las encuestas y contra-encuestas sociales previstas en el art. 372-12 que hayan podido llevarse a cabo"¹⁰⁷.

El Código civil catalán, siguiendo la línea doctrinal y jurisprudencial expuesta, así como la ya mencionada legislación francesa, dedica el apartado 11 de su art. 233 a los requisitos para el establecimiento de la custodia compartida. Señala los siguientes:

- "La vinculación afectiva entre los hijos y cada uno de los progenitores, así como las relaciones con las demás personas que conviven en los hogares.

- La aptitud de los progenitores para garantizar el bienestar de los hijos y la posibilidad de procurarles un entorno adecuado, de acuerdo con su edad.

¹⁰⁷ Con respecto a las mencionadas encuestas señala el art. siguientes, art., 372-12 que "antes de cualquier decisión que fije las modalidades de ejercicio de la patria potestad y del derecho de visita o que confíe a los hijos a un tercero, el Juez podrán encargar a una persona cualificada la realización de una encuesta social. Ésta tendrá por objeto recabar todas las informaciones sobre la situación de la familia y sobre las condiciones en que viven y son educados los hijos..."

- La actitud de cada uno de los progenitores para cooperar con el otro a fin de asegurar la máxima estabilidad de los hijos, especialmente para garantizar adecuadamente las relaciones de éstos con los dos progenitores.
- El tiempo que cada uno de los progenitores había dedicado a la atención de los hijos antes de la ruptura y las tareas que efectivamente ejercía para procurarle bienestar.
- La opinión expresada por los hijos.
- Los acuerdos en previsión de la ruptura o adoptados fuera de convenio antes de iniciarse el procedimiento.
- La situación de los domicilios de los progenitores, y los horarios y actividades de los hijos y de los progenitores".

Con anterioridad, la legislación aragonesa ya se había pronunciado al respecto, aunque la enumeración de estos requisitos fue menos extensa. El Código de Derecho Foral aragonés señala que el Juez deberá tener en cuenta los siguientes requisitos:

- "La edad de los hijos.
- El arraigo social y familiar.
- La opinión de los hijos siempre que tengan suficiente juicio y, en todo caso, si son mayores de doce años, con especial consideración a los mayores de catorce años.
- La aptitud y voluntad de los progenitores para asegurar la estabilidad de los hijos.
- Las posibilidades de conciliación de la vida familiar y laboral de los padres.
- Cualquier otra circunstancia de especial relevancia para el régimen de convivencia".

La Legislación valenciana, de fecha posterior tanto a la aragonesa como a la catalana, también recoge, concretamente en su art. 5.2, los distintos criterios que deberá valorar el Juez a la hora de establecer una tipo de guarda y custodia u otra. Lo único que añade la legislación valenciana con respecto a los requisitos ya mencionados por las Leyes de Aragón y Cataluña es que, en cuanto a la edad de los menores, hace una especial referencia a los menores lactantes al establecer que para estos supuestos "se podrá establecer un régimen de convivencia provisional, de menor extensión, acorde con las necesidades del niño o de la niña, que deberá ser progresivamente ampliado a instancia de cualquiera de los progenitores". También se refiere la Ley valenciana a "los informes sociales, médicos, y psicológicos y demás que procedan".

Ahora que se han detallado todos estos requisitos subjetivos o circunstancias a tener en cuenta a la hora de determinar un régimen de guarda y custodia u otro, pero sobre todo si se quiere establecer una guarda y custodia compartida y que esta funcione, se podría decir, que, dejando a un lado las cuestiones legales, y si jurídicamente cabe o no una guarda y custodia compartida, parece que de lo que se trata es de intentar dar continuidad a las relaciones familiares del menor con sus dos progenitores aun a pesar de la ruptura¹⁰⁸. Para ello se valora, tanto la situación y relación existente con anterioridad a la ruptura de los progenitores, como la situación que quedará tras la misma, para valorar cuáles son las mejores circunstancias en las que le menor pueda seguir relacionándose con sus dos progenitores.

Estos presupuestos, que se derivan de la doctrina y jurisprudencia, podrían ser recogidos en el Código civil, si finalmente el Anteproyecto que se viene comentando, se convirtiera en Ley y modificara el Código civil. El art. 92 bis, que añade el Anteproyecto, recoge en el segundo párrafo del

¹⁰⁸ Ya se ha comentado con anterioridad, al hablar por ejemplo de las ventajas de la guarda y custodia compartida, que se trata de un régimen que favorece el contacto del menor con sus dos progenitores y que de hecho esto es, en general bueno para un menor. También tendremos ocasión de estudiar en el capítulo siguiente relativo al interés del menor, la importancia de la continuidad en estas relaciones familiares para el buen desarrollo del menor.

apartado tres estos supuestos. En particular, señala que "se deberá prestar especial atención a:

- la edad.
- opinión y arraigo social, escolar y familiar de los menores.
- relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos.
- aptitud, voluntad e implicación de los progenitores para asumir sus deberes, respetar los derechos del otro y cooperar entre sí para garantizar la relación de los hijos con ambos progenitores.
- posibilidad de conciliación de la vida familiar y laboral de los padres.
- situación de las residencias habituales.
- existencia de estructuras de apoyo en los respectivos ámbitos de los padres.
- número de hijos.
- cualquier otra circunstancia concurrente en los padres e hijos de especial relevancia para el régimen de convivencia".

Como se puede observar, lo cierto es que el Anteproyecto recoge, sino todos, casi todos los presupuestos jurisprudenciales que anteriormente se comentaban, e incluso añade alguno más, como la existencia de estructuras de apoyo, o incluso, introduciendo la posibilidad de "cualquier otra circunstancia concurrente". De modificarse el Código civil en este sentido, su redacción sería mucho más completa.

Habrá que ver, de producirse esta reforma, cómo afectaría a la práctica jurisprudencial. Se refiere el Anteproyecto, y se considera además necesario que se tenga en cuenta, a las relaciones entre los progenitores, pero no señala cómo podrían afectar éstas, dependiendo de si son buenas o malas, al otorgamiento de un régimen u otro de convivencia con los hijos.

Hasta ahora, lo que se ha observado es que las malas relaciones entre los progenitores solían ser obstáculo bastante y suficiente para que no se estableciera un régimen compartido de guarda y custodia¹⁰⁹. Esto provocaba la adopción de pocas convivencias compartidas. Lo cierto es que, en muchas ocasiones, tras la separación, puede no existir una buena relación entre los progenitores, de lo que se trata es de que esto no necesariamente deba implicar que no se pueda compartir la custodia de sus hijos.

La legislación valenciana, en este sentido, al referirse a los criterios a tener en cuenta para el establecimiento de una guarda y custodia compartida, señala que las malas relaciones entre los progenitores no supondrán un obstáculo para la adopción de este modelo se guarda.

I.2.5.- El síndrome de alienación parental

I.2.5.1.- Introducción

Las interferencias parentales que se producen en los casos de crisis de pareja son innegables. Si los progenitores en crisis a veces tienen dificultades para reorganizar su vida familiar, piénsese en un hijo menor de edad que, sin quererlo, se encuentra en medio de una situación que no sabe cómo se va a solucionar, ni cómo le va a afectar, ni qué va a suponer para él. Pueden surgir en estos casos miedos, incertidumbres, inestabilidades.

Es inevitable que los hijos menores sufran las consecuencias de una crisis sentimental, pero función de los propios progenitores es tratar de explicar a sus hijos menores lo que está pasando y tratar que esas consecuencias, esos impactos negativos sean los menores posibles.

¹⁰⁹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Zamora, nº 112/2011, de 18 de abril (TOL2. 127. 595), Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya, nº 394/2011, de 1 de junio (TOL2. 214. 604).

Para tratar de evitar las consecuencias negativas es necesario fomentar el diálogo entre los progenitores así como que éstos sean conscientes de lo importante que es para el menor poder seguir contando con las dos figuras de referencia que son sus progenitores, así como con sus familias extensas, también con su entorno habitual.

Sin embargo, por todos es sabido que precisamente el diálogo muchas veces es lo que falta en este tipo de circunstancias y que, por mucho que se traten de fomentar sistemas dónde los progenitores puedan buscar y encontrar un entendimiento, a veces éste no se consigue. Estas vías o mecanismos que se fomentan para la resolución de conflictos entre los progenitores son, entre otras, la mediación familiar a la que se ha dedicado el último capítulo del presente estudio.

Cuando no se ha conseguido ese diálogo y las crisis sentimentales acaban en los tribunales a través de procedimientos contenciosos, generalmente en la batalla por la custodia de los hijos parece que "todo vale"¹¹⁰. Así, hoy en día, afirma SANCHEZ-EZNARRIAGA, "asistimos con pavor a denuncias falsas de malos tratos, o incluso abusos sexuales, para obtener la guarda y custodia de los hijos y la privación de todo contacto con el otro progenitor. La dificultad de alcanzar un conocimiento de la realidad, unido a la conciencia social del horror sobre estas conductas, llevan a decisiones descalificadoras por precaución o cautela"¹¹¹.

En páginas sucesivas se estudiará la posibilidad de los hijos menores de edad participen en los procesos en los que se deban de adoptar decisiones que les conciernen. Se observará cómo existe todo un debate doctrinal acerca de la audiencia o no de los menores en los procesos de nulidad, separación o divorcio. En opinión de COLUMNA HERRERA "cuando se quiere que un hijo intervenga en un procedimiento de separación o de divorcio, si se lleva a los hijos a declarar, porque así lo ha propuesto uno de los cónyuges, la experiencia me dice que al menor se le hace un pequeño lavado de cerebro para que declare en contra de su

¹¹⁰ ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA. L., *La conflictividad... op. cit.*, pág. 84.

¹¹¹ *Ibidem*

padre o de su madre. Lavado de cerebro que en ocasiones va acompañado de amenazas"¹¹².

El principal problema es que la "estabilidad afectiva y emocional que requiere el desarrollo infantil puede verse seriamente amenazada por la separación o el divorcio de los padres, especialmente cuando el apego aun no está suficientemente afianzado. Así lo afirman VALLEJO ORELLANA y otros, quienes señalan que en una gran variedad de trabajos de investigación se han puesto de manifiesto las conexiones existentes entre la separación o el divorcio de los padres y la "anomalías conductuales o caracteriales del niño"¹¹³.

En cualquiera de los casos y teniendo en cuenta la variabilidad de los factores que pueden aparecer en las distintas crisis sentimentales, nunca habrá una igual a otra, se señala que los impactos de estas situación pueden ser muy diferentes para cada niño, aunque al respecto toda la doctrina científica coincide en que "tales experiencias modifican completamente sus vidas"¹¹⁴. Y al margen del tipo de custodia que se acuerde "la separación o el divorcio de los padres siempre supone un importante impacto negativo en el desarrollo global de los hijos"¹¹⁵.

I.2.5.2.- Concepto

Con mayor frecuencia de lo que fuera deseable, señalan VALLEJO ORELLANA y otros, "los conflictos emocionales asociados con la separación o el divorcio de los padres se intensifican convirtiéndose los hijos en víctimas de situaciones

¹¹² COLUMNA HERRERA, L.M., "Interferencias parentales: el síndrome de alienación parental", en GARCÍA CARNICA, M^a del C. *op. cit.*, pág. 104.

¹¹³ VALLEJO ORELLANA, R., SÁNCHEZ BARRANCO VALLEJO, F., y SÁNCHEZ BARRANCO VALLEJO, P., "Separación o divorcio: trastornos psicológicos en los padres y los hijos", Revista de la Asociación Española de Neuropsiquiatría, Vol. 24. n^o 92, 2004, pág. 94.

¹¹⁴ *Ibidem*, pág. 96.

¹¹⁵ *Ibidem*, pág. 100.

(sutiles o manifiestas) de manipulación, por parte de uno o ambos progenitores para despertar el odio hacia el otro"¹¹⁶.

Esta situación de manipulación se puede convertir en un problema cuando venga acompañada por un rechazo de los menores o adolescentes hacia uno de los padres o su familia extensa sin motivo aparentemente justificable. En este mismo sentido, afirma ARCH MARÍN, que "las interferencias parentales que se producen de forma sistemática implican un proceso de mediatización del menor que propicia el alejamiento físico y emocional del menor respecto al progenitor que resulta alienado. La problemática constituye un gran perjuicio para el desarrollo y evolución del menor implicado. Por ello, es necesario conocer y determinar de forma adecuada la presencia de esta problemática a fin de abordarla convenientemente"¹¹⁷.

Las interferencias parentales a las que se refería ARCH MARÍN han sido definidas como posibles causas de un síndrome de alienación parental. Este síndrome fue definido por primera vez por GARDNER "como un desorden que surge casi exclusivamente en los contextos de disputa por la custodia del hijo, abocando en programaciones que tiene como objetivo central alinear a un progenitor, haciendo una especie de -lavado de cerebro- contra el otro progenitor o induciendo a esa alienación mediante una campaña de desprestigio contra el padre victimizado"¹¹⁸.

El problema que se presenta con respecto a este síndrome es que no ha sido reconocido por ninguna asociación profesional ni científica. Su inclusión en el DSM IV¹¹⁹ ha sido rechazada por la asociación americana de psiquiatría, así en el

¹¹⁶ *Ibidem*

¹¹⁷ ARCH MARÍN, M., "El síndrome de alienación parental desde la perspectiva de la psicología forense", en GARCÍA GARNICA *op. cit.*, pág. 126.

¹¹⁸ VALLEJO ORELLANA, R., y otros, *op. cit.*, pág. 100 y 101.

¹¹⁹ Manual diagnóstico y estadístico de los trastornos mentales (en inglés *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders, DSM*) de la Asociación Estadounidense de Psiquiatría (en inglés American Psychiatric Association, o APA) contiene una clasificación de los trastornos mentales y proporciona descripciones claras de las categorías diagnósticas, con el fin de que los clínicos y los investigadores de las ciencias de la salud puedan diagnosticar, estudiar e intercambiar información y tratar los distintos trastornos mentales.

CIE-10¹²⁰ de la Organización Mundial de la Salud¹²¹. Sin embargo, que el Síndrome de alienación parental no esté reconocido, señala ALASCIO CARRASCO, no implica que no exista, sino que simplemente limita su estudio así como recopilación de datos¹²².

Lo que sí es cierto es que el mencionado síndrome y sus posibles consecuencias negativas sobre los hijos han sido estudiados en numerosas investigaciones y aunque algunos autores lo nieguen, otros defienden su existencia. Entre estos últimos, los que defienden su existencia, se encuentra AGUILAR CUENCA quien afirma que si bien la detección del síndrome de alienación parental no es fácil, sí existen una serie de criterios que pueden ayudar a identificarlo. Entre estos criterios señala los siguientes¹²³:

a) "que el niño trate al otro padre como un desconocido, sintiendo su proximidad como una agresión a su persona.

b) que existan muestras sin fundamento de desamor hacia el progenitor rechazado, que se justifican utilizando argumentos basados en situaciones pasadas banales y en conductas o características protagonizadas por el progenitor rechazado carentes de toda importancia e incluso absurdas.

c) que se observen signos de odio total y absoluto hacia el padre rechazado, sin concesiones, dando muestras los chicos de sentir una adhesión y devoción incondicionales hacia el progenitor manipulador, al que defiende sin admitir ningún tipo de razonamiento dirigido en su contra.

d) que haya claras manifestaciones de una constante desacreditación del padre alienador hacia el otro progenitor a lo largo del proceso de separación o divorcio,

¹²⁰ **CIE-10** es el acrónimo de la *Clasificación internacional de enfermedades, décima versión* correspondiente a la versión en español de la (en inglés) *ICD*, siglas de *International Statistical Classification of Diseases and Related Health Problems*) y determina la clasificación y codificación de las enfermedades y una amplia variedad de signos, síntomas, hallazgos anormales, denuncias, circunstancias sociales y causas externas de daños y/o enfermedad

¹²¹ COLUMNA HERREA, L.M., *op. cit.*, pág. 107.

¹²² ALASCIO CARRASCO, L., "El Síndrome de alienación parental. A propósito de la SJPI nº 4 de Manresa, de 14 de junio de 2007, Indret, Barcelona, 2008, pág. 7.

¹²³ VALLEJO ORELLANA, R., y otros, *op. cit.*, pág. 101 y 102.

llegando el niño a interiorizar esos argumentos hasta formar parte de su pensamiento y juicios, resultando chocante los términos que emplea para referirse a la figura parental atacada, llegando a relatar detalladamente pasajes que realmente no vivieron o no presenciaron.

e) el odio que siente hacia la figura parental anómala el hijo no sólo está dirigido hacia la figura desprestigiada, sino a todo el entrono familiar de éste (abuelos, tíos, primos, etc.), cuando previamente se había tenido con ellos unas adecuadas relaciones afectivas".

Con independencia de que este síndrome sea reconocido como enfermedad o no, lo cierto es que las consecuencias del mismo pueden ser muy severas, sobre todo porque en estos casos, por regla general, el hijo menor pierde todo vínculo afectivo con uno de sus progenitores y desarrolla uno contrario, de afectividad hacia el otro.

I.2.5.1.3.- La jurisprudencia y el síndrome de alienación parental

Si bien es cierto, como se comentaba, que el síndrome de alienación parental no ha sido reconocido como enfermedad, en algunos pronunciamientos jurisdiccionales sí se reconoce la existencia de algún tipo de violencia, en estos casos psicológica, que en ocasiones ejerce alguno de los progenitores sobre sus hijos menores para ponerle en contra del otro progenitor y así obtener su custodia.

Al no ser una enfermedad reconocida realmente se entiende la precaución de los Tribunales para determinar su existencia. De ahí que sean pocos los pronunciamientos judiciales que reconozcan la presencia de este síndrome, aun así sí se puede señalar que, por desgracia, en muchas ocasiones algún tipo de manipulación o violencia sí queda enteramente reconocida en muchas más crisis sentimentales, siempre pensando en situaciones contenciosas, de las que cabría esperar.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de la Coruña¹²⁴ de 26 de junio de 2012, basándose en los informes y pruebas realizadas por los profesionales del IMELGA¹²⁵ y refiriéndose a lo perjudicial de este tipo de situaciones, señala "la necesidad de poner fin a esta situación psicoemocionalmente muy negativa para los menores". Y, a pesar de no reconocer la existencia de un síndrome de alienación parental tal y como se ha definido por la doctrina, sí afirma que "la madre tiene un trastorno adaptativo" y que aunque no se pueda estimar que se trate de una patología psiquiátrica y se encuentre inhábil para asumir la guarda de los menores, "su actitud evidencia que no ha sido capaz de asumir que en una materia tan delicada como son las relaciones entre padres e hijos los propios planteamientos pueden o deben ser objeto de restricciones y que son contraproducentes planteamientos maximalistas, intransigentes o manipulativos".

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 6 de junio de 2011¹²⁶ señala que aunque no resulta "verosímil que el menor, como consecuencia de los comentarios de la madre y la familia extensa materna, padezca un síndrome de alienación parental, lo que en buena medida sí se aprecia es que ninguno de los progenitores ha sabido preservar adecuadamente al menor del conflicto interparental existente". No se puede hablar de síndrome de alienación parental porque parece ser que no se reúnen los criterios para ello, pero parece deducirse que tanto un progenitor como el otro no han sabido llevar bien su ruptura y esto, sin duda alguna, habrá afectado negativamente a los hijos menores. Puede que no sea síndrome de alienación parental, pero es innegable que algún tipo de violencia es.

En otras ocasiones, los informes de los equipos psicotécnicos no estiman la presencia del estudiado síndrome, pero si determinan la presencia de determinados elementos que de no corregirse pueden devengar en este síndrome, lo cual sería altamente perjudicial para los menores. Este es el caso de la

¹²⁴ Sentencia de la Audiencia Provincial de la Coruña, nº 154/2012, de 6 de junio (TOL3. 008. 844).

¹²⁵ Instituto de Medicina Legal de Galicia.

¹²⁶ Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, nº 445/2011, de 6 de junio de 2011 (TOL2.260. 292).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón¹²⁷ de 29 de julio de 2011, donde se reconoce que "como dijo la perito, la manipulación es el primer estadio del síndrome de alienación parental y esta Sala está convencida en la influencia negativa que el padre ejerce sobre las menores en contra de la madre. De ahí que no podamos tener en cuenta la opinión de las menores para acceder a la petición del cambio de custodia, puesto que la voluntad se encuentra viciada y no revela la auténtica voluntad de las menores".

La prueba pericial del supuesto al que se refiere la Sentencia de la Audiencia Provincial del Navarra de 12 de marzo de 2010¹²⁸ acredita "que dicho factor es la interferencia del padre con su conducta, que no sabemos si se podrá equiparar a un síndrome de alienación parental, pero sí que está perjudicando a los hijos, por cuanto es un derecho de su personalidad el de poder relacionarse con ambos progenitores".

La Audiencia Provincia de León, en sentencia de 2 de abril de 2009¹²⁹ se refiere a las conclusiones de los informes del equipo técnico señalando que éstas pusieron de manifiesto "la actitud obstruccionista de la madre y el riesgo que se corría, de mantenerse en esa actitud, de un desarrollo involutivo (hacia atrás) del menor y de una alienación parental del mismo desde bebé".

La Audiencia Provincial de Barcelona en sentencia de 22 de septiembre de 2010 señaló¹³⁰ que "el informe revela que el menor presenta elementos compatibles con el síndrome de alienación parental, si bien se duda de la existencia del mismo, recalando la imposibilidad de ambos padres de comunicarse en forma constructiva, ni tan si quiera en aras del bienestar del menor. Además se aprecia la radicalización del menor en contra de la figura materna, asumiendo el discurso del progenitor no custodio, y la necesidad de que tanto el menor como sus padres sean

¹²⁷ Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón, nº 111/2011, de 29 de julio, (TOL2. 409.959).

¹²⁸ Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra, nº 26/2010, de 12 de marzo (TOL1. 873.929).

¹²⁹ Sentencia de la Audiencia Provincial de León, nº 116/2009, de 2 de abril (TOL1.515.059)

¹³⁰ Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, nº 461/2010, de 22 de septiembre (TOL1.988.110).

derivados a distintas instituciones a fin de que haya un seguimiento de todos ellos".

En esta sentencia sí se reconoce la existencia de este síndrome. Así se afirma que teniendo en cuenta la valoración en conjunto de "las pruebas practicadas y valoradas conforme a las reglas de la sana crítica, apreciamos la evidencia de signos de alienación parental que padece el menor ante la conducta del padre, que tiende a inculcar al niño una imagen negativa de la madre, a la que critica y menosprecia. El deseo del menor de vivir con su padre, se encuentra viciado por la concurrencia de signos de alienación parental".

En la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 6 de mayo de 2010¹³¹ se observa como esta campaña de desprestigio hacia uno de los progenitores también puede ser llevada a cabo por las familias extensas al establecer que "han de cesar los familiares extensos de la menor en actitudes de manipulación y manejo de ésta, recordándoles que el síndrome de alienación parental no deja de ser una forma de maltrato hacia la niña, a la que pueden privar de un referente esencial en su vida, y necesario para la consecución de la plena estabilidad en todo orden, personal, familiar, escolar, social, etc., máxime cuando, por las circunstancias que ha tenido que vivir esa niña, ya se ha visto privada de la figura materna".

Parece que la menor en principio sí manifestó sus deseos de permanecer con su padre pero continúa diciendo la mencionada sentencia que su actitud "ahora ha variado, sin duda por la mencionada interferencia, adoptando el discurso propio de los guardadores de hecho, verbalizando el rechazo hacia el progenitor biológico, en una edad aun temprana, en la que no debe hacerse descansar en ella la decisión final sobre su custodia, cuando puede obtener un indudable provecho del vínculo y referencia de la figura paterna". Sorprende esta sentencia porque señala que de seguir así las circunstancias "habría que plantearse la posibilidad de otorgar la guarda y custodia de la menor al padre, a un tercero o incluso a una persona jurídica como pudiera ser la AMTMF".

¹³¹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, nº 544/2010, de 6 de mayo (TOL1. 899.456)

Como se observa, pues, de las sentencias estudiadas sólo en una se reconoce cierta y abiertamente la existencia del síndrome de alienación parental. Ya se comentaba antes la comprensión respecto a la precaución con el reconocimiento de este síndrome, en primer lugar porque al tratarse de una manipulación o violencia psicológica es más difícil de detectar y, en segundo lugar porque no ha sido reconocido como enfermedad por la OMS. Aun así, sí se observa como con independencia de la denominación que se le dé y de si se dan todas las circunstancias y requisitos necesarios para poder considerarlo un síndrome, lo cierto que sí se observan ciertas situaciones en los que algún tipo de manipulación es ejercida sobre los menores, manipulación que en muchas ocasiones condicionará la voluntad del menor de querer permanecer con uno u otro progenitor.

Capítulo II

GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA

II.1.- LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA EN GENERAL

II.1.1.- Concepto y problemática de denominación

Lo primero que se ha de recordar es que, si bien el Código civil sí define la patria potestad o por lo menos delimita su contenido en el art. 154, no ocurre lo mismo con el término guarda y custodia y, menos aun, con el nuevo - o quizá ya no tanto- término guarda y custodia compartida, que fue introducido por primera vez en un texto legal a través de 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, concretamente en el art. 92 del mencionado cuerpo legal¹³². No se establece en el Código civil ninguna definición legal del guarda y custodia compartida. No la define¹³³, pero, sin embargo, sí la regula.

Hasta la mencionada Ley de 2005, lo cierto es que este tipo de guarda tampoco estaba expresamente prohibida por el Código civil¹³⁴, de ahí que se puedan encontrar algunos pronunciamientos favorables a esta figura antes de la entrada en vigor de la mencionada norma¹³⁵. Eso sí, en la mayoría de estos supuestos se trataba de casos en los que los progenitores estaban de acuerdo en que ése era el

¹³² PALAY VALLESPINÓS, M., *op. cit.*, pág. 52, HERRERA DE LAS HERAS, R. *op. cit.*, pág. 1131. CASTILLO MARTÍNEZ, C. del C., *op. cit.*, pág. 4.

¹³³ HERRERA DE LAS HERAS, R. *op. cit.*, pág. 1135 y 1136.

¹³⁴ En este sentido, MONTERO AROCA, J., *op. cit.*, pág. 34 y 35, PALAY VALLESPINÓS, M., *op. cit.*, pág. 52, DE TORRES PÈREA, J.M., *op. cit.*, pág. 12, NÚÑEZ DE CASTRO, M^a. S., “Guarda y custodia compartida: de su denegación jurisprudencial a su admisión en el Proyecto de Ley de modificación del Código civil en materia de separación y divorcio”, en LASART.E, C. (Ed.), Familia, matrimonio y divorcio en los albores del siglo XXI. Jornadas internacionales de Derecho de familia, Madrid, 2005, pág. 720., CASTILLO MARTÍNEZ, C. del C., *op. cit.*, pág. 3.

¹³⁵ Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, nº 23/2005, de 27 de enero (VLEX-205666675), Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón, nº 279/2003, de 14 de octubre (VLEX-51923511), Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, nº 9/2004, de 12 de enero (VLEX-77381453), Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, nº 144/2005, de 1 de marzo (VLEX-54575881).

régimen más adecuado que regularía las relaciones entre ellos y sus hijos menores a partir del momento del cese de la convivencia conyugal.

Los Jueces y Magistrados, basándose en la no prohibición expresa por parte del Código civil, de la voluntariedad de la partes y en la creencia de que realmente los progenitores son los verdaderos concededores de la situación y los que mejor pueden decidir sobre el ejercicio de la patria potestad de sus hijos, llegaron a otorgar guardas y custodias compartidas antes de que se produjera la modificación del art. 92 C.c. A título de ejemplo y, entre otras, se observan los siguientes pronunciamientos jurisprudenciales: Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, nº 23/2005, de 27 de enero (VLEX-205666675), en la que se recoge el fallo de primera instancia que atribuye la guarda y custodia de los hijos menores de manera compartida a ambos progenitores. La Audiencia no entra a valorar ni a analizar la custodia de los hijos puesto que los recursos se refieren únicamente a la cuantía de la pensión de alimentos confirmándose, por tanto, en esta instancia, la guarda y custodia compartida de los progenitores respecto de sus hijos menores.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón, nº 279/2003, de 14 de octubre (VLEX-51923511), refiriéndose a la posibilidad de establecer este tipo de guarda y custodia cuando se den circunstancias favorables para ello señala que: “Cierto es que a la hora de fijar la guarda y custodia, conforme a los arts. 90.A) y 92 párr. 4º deberá indicarse la persona a cuyo cuidado deba quedarse los hijos sujetos a patria potestad, siendo por lo tanto normal que se designe a uno de los progenitores, y no a los dos. Por lo tanto es innegable que ha de ser excepcional el compartimiento de tal tarea, generalmente y por lo que la experiencia enseña tan excepcional como la buena relación entre los cónyuges, que es lo que permite la observancia del régimen, entre quienes son capaces de postergar su desencuentro personal, por el beneficio del hijo/a común. Cabe excepcionalmente entonces y siempre que las circunstancias objetivas lo propicien el compartimiento de la custodia, y sin perder de vista naturalmente el principio rector en la materia, el *bonnum fillii*”.

En la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, nº 9/2004, de 12 de enero (VLEX-77381453) que reitera el fallo del Sr. Juez de Primera Instancia Núm. 9 de Valencia se establece que: “Estimando parcialmente la demanda...debo acordar y acuerdo la separación matrimonial de los expresados, con todos los efectos legales, y en especial los siguientes: 1º.- La hija menor quedará en compañía y bajo la custodia de cada uno de los progenitores por meses alternativos (los meses impares la madre), siendo la patria potestad ejercida conjuntamente por ambos progenitores”.

En la misma línea se vuelve a pronunciar la Audiencia, aunque en este caso en el año 2005, aunque con anterioridad a la reforma, al señalar en la Sentencia nº 144/2005, de 1 de marzo (VLEX-54575881) que “la patria potestad de los hijos menores es compartida. Y también será compartida la guarda y custodia del hijo mayor”.

Parte de la doctrina se pronuncia en el mismo sentido que los Tribunales españoles. MONTERO AROCA señala que “la jurisprudencia destaca que la intervención judicial marca el fracaso de los progenitores, que son los que deberían atender a lo más beneficioso para sus hijos sin necesidad de provocar la intervención de la jurisdicción”¹³⁶. En esta misma línea, aunque en sentido más general, se pronuncia ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, al afirmar que: “lo habitual será que sean los padres quienes más sepan de sus hijos y también quienes más les quieran y se preocupen por su bienestar”¹³⁷.

No definida y escasamente regulada en el Código civil, el nombre que ha recibido esta modalidad de guarda y custodia resulta cuanto menos confuso y ha sido criticado de forma mayoritaria por la doctrina¹³⁸. Las críticas que ha recibido la reforma del art. 92 C.c. se basan principalmente en dos razones:

¹³⁶ MONTERO AROCA, J., *op. cit.*, pág. 61.

¹³⁷ ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA y otros, *La conflictividad...*, *op. cit.*, pág. 49.

¹³⁸ TOMÉ CAMPUZANO, H., *La custodia compartida. Doctrina y jurisprudencia de la Audiencias Provinciales*, Pamplona, 2005, pág. 2482.

1) La primera de ellas es que el legislador utiliza distintos términos para referirse a lo que, en principio, parece ser lo mismo. En su apartado 7 se refiere a la “guarda conjunta”, mientras que en los apartados 5 y 8 adopta la denominación de “guarda y custodia compartida”, lo que lógica e indudablemente genera desconcierto. En este sentido se prefiere hablar de “guarda y custodia alterna o sucesiva”¹³⁹.

2) No da un concepto de lo que significa ni la guarda y custodia ni la “guarda y custodia compartida”.

Por esta razón, tanto la doctrina como la jurisprudencia, se han apresurado a identificar esta figura así como a darle el nombre que mejor se ajuste a su significado, o por lo menos a lo que, por regla general, se entiende por guarda y custodia compartida. Así, se abre todo un debate doctrinal y jurisprudencial en torno a la denominación y el concepto de la mal llamada guarda y custodia compartida. Las opiniones son diversas.

1) En cuanto a su concepto, la mayoría de la doctrina se refiere al tiempo que cada progenitor pasa con sus hijos señalando que es “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”¹⁴⁰, o, siguiendo a DELGADO MARTÍN, “consiste en que el hijo menor convivirá con cada progenitor durante un periodo alternativo o sucesivo de tal manera que será guardador el padre o la madre de que se trate”¹⁴¹; otros, como HERRERA DE LAS HERAS, se centran, no tanto en el tiempo, sino en la calidad de éste refiriéndose a la participación de los progenitores “en la adopción de las

¹³⁹ GUILART.E MARTÍN-CALERO, C., “La custodia compartida alternativa. Un estudio doctrinal y jurisprudencial”, Indret. Revista para el estudio del Derecho, pág. 13. LATRHOP GÓMEZ, F., *Custodia compartida de los hijos*, Madrid, 2008, pág. 275 y 276.

¹⁴⁰ En este sentido, PÉREZ UREÑA, A., “El interés del menor y la custodia compartida”, Revista de Derecho de Familia, 2005, pág. 275, RIVERA ÁLVAREZ, J.M., “La Custodia compartida: génesis del nuevo art. 92 del Código civil”, Cuadernos de Trabajo Social, 2005, pág. 146.

¹⁴¹ DELGADO MARTÍN, J., “La patria potestad compartida en los procedimientos matrimoniales”, en *Novedades legislativas en materia matrimonial*, Estudios de derecho Judicial, Madrid, 2008, pág. 163.

decisiones más trascendentales e importantes en la vida del hijo, con independencia de si se habita o no junto a él, o si se tiene asignada la guarda y custodia compartida”¹⁴². En esta misma línea la exposición de motivos de la Ley aragonesa se aparta de la igualdad de tiempo, pero sí reconoce que éste deberá ser “el necesario para dar cumplimiento a la finalidad de la custodia compartida”. ZANÓN MASDEU prefiere hablar de “compañía” y no de guarda y custodia ya que afirma que los padres tienen a sus hijos en su compañía y que ésta presupone “no sólo una intermediación física sino una comunicación de afectividad y cariño, unido, todo ello, al deber de velar por los hijos en el sentido más amplio de la expresión”¹⁴³. En este mismo sentido se pronuncia IVARS RUIZ al señalar que “los progenitores no cuidan ni guardan a sus hijos sino que los tienen en su compañía y cuidado, debiendo asegurarles el desarrollo de su personalidad...”¹⁴⁴.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona nº26/2007, de 12 de enero (VLEX-28866527) señala que "es una modalidad de ejercicio de la responsabilidad parental, tras la crisis de la pareja, en la que tanto el padre como la madre están capacitados para establecer una relación viable entre ellos, basada en el respeto y en la colaboración, con el objeto de facilitar a los hijos comunes la más frecuente y equitativa comunicación con ambos progenitores, y de distribuir de forma justa y proporcional la atención de las necesidades materiales de los hijos, con la previsión de un sistema ágil para la resolución de los desacuerdos que puedan surgir en el futuro"¹⁴⁵.

2) En cuanto a la denominación de esta figura habrá que relacionar el término guarda y custodia compartida con el de "compañía". Así, por un lado la doctrina considera que la “guarda y custodia no se puede compartir”, como tampoco se puede compartir la “compañía” en el caso en el que los progenitores vivan

¹⁴² HERREA DE LA RERAS, R., *op. cit.*, pág. 1134.

¹⁴³ ZANÓN MASDEU, L., *op. cit.*, pág. 13.

¹⁴⁴ *Ibidem*, pág. 53

¹⁴⁵ En este mismo sentido: Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, nº 102/2007, de 20 de febrero (VLEX27324108), Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba, nº 18/2007, de 3 de octubre (VLEX-35970062), Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, nº 654/2006, de 31 de octubre (VLEX-26670670), Sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, nº363/2007, de 22 de octubre (VLEX-35828270).

separados. Es por esta razón por la que la terminología utilizada por el legislador no acaba de convencer. Cuando se habla de guarda y custodia de hijos menores de progenitores que ya no viven juntos, pero que realmente sí ejercen la patria potestad, se suele hablar de una “guarda y custodia sucesiva, alternativa, rotatoria”¹⁴⁶. Así, como afirma CASTILLO MARTÍNEZ “es difícil ejercer simultáneamente la cotidiana situación y cuidado del menor”¹⁴⁷.

En cualquier caso, realmente, el nombre que se le dé a esta figura no importa tanto siempre y cuando su concepto y finalidad se hayan entendido. De hecho, varias son las formas en las que la custodia alternada o sucesiva pueden hacerse realidad y dará igual la denominación que se le atribuya siempre que se trate de un régimen que, como se acaba de ver, garantice las relaciones familiares de los hijos con ambos progenitores y que además permita que cada uno de los progenitores pueda participar activamente de la vida de su hijo.

La única de las legislaciones autonómicas que varía la terminología es la legislación valenciana, quizá por ser la más reciente. Tanto la Ley aragonesa como la catalana y navarra, siguen refiriéndose a guarda y custodia individual o compartida. La única diferencia de esta terminología utilizada por las comunidades autónomas con la establecida por el Código civil, es que las primeras, aun a pesar de utilizar el término "custodia", lo mantienen a lo largo no sólo de la exposición de motivos sino también a lo largo del articulado. Mientras que, como se acaba de ver, el Código civil, sí utiliza expresiones diferentes para referirse, en principio, a lo que parece lo mismo.

Como se comentaba, sólo la legislación valenciana ha tratado de adaptar la terminología intentando superar las críticas recibidas del Código civil. Así, en Valencia se habla sólo de "régimen de convivencia", y éste podrá ser compartido

¹⁴⁶ En este sentido, entre otros: RIVERA ÁLVAREZ, J. M^a., *op. cit.*, pág. 139, PALAY VALLESPINÓS, M., *op. cit.*, pág. 46, ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L., *op. cit.* pág. 34.

¹⁴⁷ CASTILLO MARTÍNEZ, C. del C., *op. cit.*, pág. 2

o individual¹⁴⁸. Ya en la exposición de motivos la Ley valenciana expresa el carácter "corto y obsoleto" del término custodia para "las pretensiones de una Ley que pretende subrayar la relevancia del contacto cotidiano y del roce frecuente entre los progenitores y sus hijos e hijas menores, como único cauce que posibilita el crecimiento del vínculo afectivo familiar y sienta las bases para un adecuado desarrollo psíquico y emocional".

El Anteproyecto del Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en los casos de nulidad, separación y divorcio, parece que no ha sido aprovechado ni para cambiar la terminología, ni para dar una definición de lo que debe entenderse por guarda y custodia alterna. Sigue utilizando la expresión "guarda y custodia", ya sea ésta individual o compartida. Y se refiere, bien al ejercicio, bien al régimen de guarda y custodia.

La terminología que sí varía en el Anteproyecto es la relativa al régimen de visitas. El Anteproyecto prefiere referirse a "régimen de estancia, relación y comunicación" (art.92 BIS). En este sentido, la exposición de motivos del mencionado Anteproyecto señala, con respecto al concepto de "visitas" que "es claro que éste término se queda corto y obsoleto para las pretensiones de la reforma, que persigue subrayar la relevancia del contacto cotidiano y frecuente entre los progenitores y sus hijos, como único cauce que posibilita el crecimiento del vínculo afectivo familiar y sienta las bases para un adecuado desarrollo psíquico y emocional de cada menor".

¹⁴⁸ El art. 3 de la Ley valenciana define estos términos y señala que por "por régimen de convivencia compartida debe entenderse el sistema dirigido a regular y organizar la cohabitación de los progenitores que no convivan entre sí con sus hijos e hijas menores, y caracterizado por la distribución igualitaria y racional del tiempo de cohabitación de cada uno de los progenitores con sus hijos e hijas menores, acordado voluntariamente entre aquéllos, o en su defecto por decisión judicial". Y, por régimen de convivencia individual, deberá entenderse "una modalidad excepcional de régimen de convivencia, consistente en la atribución de la cohabitación con los hijos e hijas menores a uno sólo de los progenitores de manera individual, sin perjuicio del derecho del otro progenitor a disfrutar de un régimen de relaciones con sus hijos o hijas menores cuando no exista convivencia".

El Anteproyecto casi reproduce la exposición de motivos de la legislación valenciana que antes se comentaba, en la caso de la legislación valenciana sí era con respecto al término guarda y custodia.

Es cierto que quizá, ni la terminología del actual art. 92 C.c., ni la del art. 92 BIS del Anteproyecto, sean las más acertadas, pero sí lo es que, por lo menos, en el Anteproyecto se ha incluido el término "corresponsabilidad parental" y que aunque se hable de guarda y custodia, ésta deberá ejercerse partiendo del ejercicio conjunto de la patria potestad o de la corresponsabilidad parental.

Tampoco se refiere el Anteproyecto a la forma en la guarda y custodia compartida debe o puede ejercerse. Se mencionaba, que la legislación valenciana se refiere a un régimen de convivencia "caracterizado por una distribución igualitaria y racional del tiempo y de cohabitación de cada uno de los progenitores con sus hijos e hijas menores". Ninguna referencia de estas características se encuentran el Código civil ni en el Anteproyecto que se comenta.

En cualquier caso, y como antes se decía, la terminología utilizada realmente no va a cambiar la forma en que se articule el régimen de convivencia. Lo que sí se debe entender es que un régimen de convivencia compartido, o guarda y custodia compartida, tendrá una finalidad concreta y determinada, que consistirá en dar continuidad a las relaciones familiares, salvaguardando así el interés superior del menor y el derecho que le corresponde a relacionarse con sus dos progenitores.

II.1.1.1.- Modalidades

Un sector doctrinal¹⁴⁹ diferencia entre:

¹⁴⁹ DE LA FUENTE NÚÑEZ DE CASTRO, M^a S., *op. cit.*, pág. 719 y 720.

1) Custodia física conjunta, que vendría a coincidir con la guarda y custodia alterna o sucesiva, esto es, aquella en la que los progenitores alternan de forma rotatoria la compañía de sus hijos.

2) Custodia legal conjunta, en la que si bien el hijo menor reside en el domicilio de uno de los progenitores, respecto del otro no se habla de un régimen de visitas, sino que existe una relación fluida con los hijos y son ambos progenitores los que tienen “el derecho de decisión, la responsabilidad y la autoridad sobre todas las cuestiones que afecten al niño”.

Otro sector doctrinal¹⁵⁰ afirma que hay cuatro modelos de guarda y custodia compartida:

1) Custodia compartida simultánea: en el caso en que lo que era la vivienda familiar se dividiera en dos (situación menos dada en la práctica y más difícil que ocurra).

2) Custodia compartida a tiempo parcial sin cambio de domicilio para los hijos, en estos casos los hijos menores permanecen en el domicilio familiar y son los progenitores los que por periodos de tiempo distintos permanecen en tal vivienda con sus hijos menores.

3) Custodia compartida a tiempo parcial con cambio de domicilio para los hijos menores, es decir, los hijos permanecen más o menos el mismo tiempo con cada uno de sus progenitores, pero en el respectivo domicilio de cada uno de éstos. Esto es, son los menores los que va cambiando de domicilio.

4) Custodia compartida sin tiempo igualitario de estancia de los hijos con ambos progenitores, en este caso uno de los progenitores pasaría mayor tiempo con sus hijos menores, pero sin embargo ambos participan de sus tareas diarias.

Estas distintas modalidades también se pueden encontrar en los pronunciamientos de las Audiencias Provinciales. La más común suele ser la tercera opción, esto es,

¹⁵⁰ DE TORRES PEREA, J.M., "Custodia compartida: una alternativa exigida por la nueva realidad social", Indret. Revista para el estudio del Derecho, Barcelona, 2011, pág. 41

aquella en la que son los hijos menores los que se van trasladando al domicilio de cada uno de los progenitores. No obstante, también se observan otros modelos como por ejemplo el segundo, aquel en el que los hijos permanecen en el que era el hogar familiar y son los padres los que entran y salen del mismo en función de si en ese momento les corresponde estar con sus hijos o no. Las sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid nº 612/2010, de 20 de mayo (TOL1.888.689) y nº 462/2010, de 23 de junio (TOL1.920.107), se inclinan por esta opción. En la primera de ellas se establece como medida definitiva respecto de los hijos menores la atribución del “uso del domicilio familiar a los menores y en consecuencia al progenitor con quien en cada momento convivan, por tanto serán los progenitores los que tendrán que alternar en el uso de la vivienda familiar”. La segunda, en la misma línea, señala que: “La niña vivirá siempre en el domicilio familiar y serán los padres quienes por turnos, estarán viviendo con ella en dicho domicilio por periodos de 14 días consecutivos, debiendo efectuarse la salida y la entrada de cada progenitor en la tarde del domingo”.

No obstante, como se comentaba, la situación más habitual es que sean los hijos menores quienes vayan alternando el domicilio. Nada dice el Código civil respecto a los tiempos ni a las formas en que la guarda y custodia compartida se puede ejercitar, de modo que ha sido la jurisprudencia quien, atendiendo a cada caso concreto así como a las circunstancias personales de cada menor y de sus progenitores, ha señalado qué periodos son los adecuados para que los hijos menores de edad puedan estar en compañía de sus dos progenitores de manera que se pueda dar cumplimiento a la finalidad de este modelo de guarda y custodia. Así, todos los pronunciamientos se centrarán siempre en el principio rector de esta figura: el principio del superior interés del menor y, como se observa a través del estudio jurisprudencial se puede afirmar que parece ser que cuando se trata de menores de muy corta edad, la guarda y custodia se suele atribuir a los progenitores por horas o por días¹⁵¹, conforme los menores van creciendo, el

¹⁵¹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Girona, nº 63/2007, de 8 de febrero (VLEX-29544107), Sentencia de la Audiencia Provincial de Lugo nº, 456/2007, de 25 de junio (VLEX-30950936), Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, nº 278/2007, de 12 de abril (VLEX-29542667).

reparto del tiempo con cada uno de sus padres va en aumento, de manera que puede pasar a ser por semanas¹⁵², quincenas¹⁵³, meses¹⁵⁴, trimestres¹⁵⁵, semestres,¹⁵⁶ o incluso anuales o por cursos escolares¹⁵⁷. En los supuestos en los que la alternancia es por semanas o más, la regla general es que el progenitor no custodio en tenga un amplio régimen de vistas.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, nº 292/2005, de 25 de julio (VLEX-55435364) establece una guarda y custodia compartida por semestres y, respecto al régimen de estancia del progenitor no custodio señala que “El progenitor que no tenga a sus hijos podrá comunicar con ellos los fines de semana alternos desde las 10 horas del sábado hasta las 20 horas del domingo, las tardes de los martes y jueves desde las 17 horas hasta las 20 horas; los días festivos se alternarán entre ambos progenitores correspondiendo a cada uno desde las 10 horas hasta las 20 horas”.

No obstante, en cualquiera de los casos y como se decía, no es tan importante el nombre que se le dé a esta figura, ni quizá tampoco cómo se repartan los tiempos –ya se señalaba antes que no necesariamente el tiempo que los menores pasen con sus progenitores ha de ser el mismo- sino que se cumpla la finalidad de la guarda y custodia compartida, lo que supone que los padres puedan participar casi en la vida diaria de sus hijos menores y éstos, a su vez, mantengan el contacto con

¹⁵² Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, nº 36/2007, de 1 de febrero (VLEX-29967396), Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares, nº 513/2006, de 28 de noviembre (VLEX-29873719), Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, nº 157/2010, de 3 de marzo (Tirant on line TOL1.859.439), Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra, nº 9/2010, de 21 de enero (Tirant on line TOL1.881.122).

¹⁵³ Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, nº 390/2009, de 13 de noviembre (Tirant on line TOL1.755.927), Sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo, nº 200/2008, de 16 de mayo (VLEX-63176786), Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, nº 190/2008, de 9 de abril (VLEX-40884721).

¹⁵⁴ Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, nº 9/2004, de 12 de enero (VLEX-257996822), Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, nº 14/2007, de 15 de enero (VLEX-52114993).

¹⁵⁵ Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, nº 571/2006, de 22 de septiembre (VLEX-26231622).

¹⁵⁶ Sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria, nº 217/2007, de 3 de abril (VLEX-29969584), Sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, nº 292/2005, de 25 de julio. (VLEX-55435364).

¹⁵⁷ Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, nº 597/2006, de 29 de septiembre (VLEX-26670025), Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, nº 354/2007, de 25 de mayo (VLEX-31970021).

ambos de manera que el cese de la convivencia entre sus progenitores les afecte lo menos posible y no se rompan los lazos de afectividad ya creados.

El cumplimiento de la finalidad de esta figura es determinante, como también lo es que se respeten los principios fundamentales en los que se basa.

No hay previsto en el Anteproyecto ninguna fórmula de articulación de los tiempos de estancia de los hijos menores con cada uno de los progenitores para que se pueda hablar de un régimen compartido de guarda y custodia. Sin embargo, como se comentaba, tanto la terminología como los tiempos son baladí, siempre y cuando se de cumplimiento a la finalidad de este régimen de estancia compartido, que es el la puesta en práctica de la corresponsabilidad parental.

II.1.2.- Principios

El principio de superior interés del menor (remisión al Capítulo III)

En el siguiente capítulo (Capítulo III), se estudiará que cualquier pronunciamiento, con independencia del Tribunal del que provenga, se adoptarán considerando lo que es mejor para el menor. Los hijos menores son, por razón de su edad y de la situación, las personas más vulnerables por lo que, ante la posibilidad de que los progenitores no sean capaces de anteponer los intereses de sus hijos a los suyos, será el Juez quien determine qué es lo mejor y cuál es la forma de garantizar la mayor protección a los menores con la ayuda del Ministerio fiscal.

Habrà que tener en cuenta que se trata de un ámbito, el de la familia, en el que los intereses de los menores se ven altamente afectados por la crisis convivencial que viven sus progenitores. Siempre debe prevalecer todo aquello que pueda resultar menos perjudicial para el menor, por lo que este principio inspira no sólo la regulación de la guarda y custodia compartida en particular, sino de la guarda y

custodia en general así como todo el derecho de familia (además de otras ramas del derecho).

La modalidad de la guarda y custodia alternada se introdujo en la legislación española porque se considera que, concurriendo las circunstancias apropiadas, su adopción permitirá que los niños menores de edad que se ven inmersos en un proceso de separación o divorcio por parte de sus progenitores, se adapten mejor a la nueva situación familiar de manera que esta transición resulte lo menos traumática posible. Así, uno de los argumentos que se destacan a favor del establecimiento de una custodia compartida es como afirma CASTILLO MARTÍNEZ¹⁵⁸ “la estabilidad emocional y el bienestar psicológico del menor” que le ayudará a integrarse mejor al nuevo contexto familiar.

Principio de responsabilidad parental.

Este principio tampoco es exclusivo de la guarda y custodia sucesiva sino, en general, de cualquier modelo de guarda y custodia. Así se deriva del apartado primero del art. 92 C.c. al establecer que "la separación, la nulidad y el divorcio no eximen a los padres de sus obligaciones para con los hijos", lo que implica que, no obstante la separación física de los progenitores, éstos deberán seguir cumpliendo con las funciones derivadas de la patria potestad, salvo que alguno de ellos haya sido privada de ésta en virtud de lo dispuesto en el art. 170 del referido texto legal, en cuyo caso el progenitor pudiera verse privado de los derechos que se derivan de la titularidad de la patria potestad, pero no de los deberes.

El problema principal de la aplicación de este principio se deriva de la separación que de los conceptos de patria potestad y guarda y custodia hace el Código civil en los casos de nulidad, separación y divorcio. Así, se observaba antes la dificultad de ejercer de forma plena la responsabilidad parental en los casos en los que sólo uno de los cónyuges tiene atribuida la guarda y custodia de sus hijos

¹⁵⁸ CASTILLO MARTÍNEZ, C. del C., *op. cit.*, pág. 1.

menores. De hecho, en aquellos supuestos en los que el ejercicio de la patria potestad sea compartido, “éste quedará reducido a quien en cada momento está en compañía del menor..., en definitiva, a los actos usuales de la vida cotidiana que son supervisados por aquel progenitor con quien están los menores en cada momento sin necesidad de acudir al otro progenitor para decidir” (MORENO VELASCO)¹⁵⁹.

Este principio de responsabilidad parental o corresponsabilidad no ha sido definido por el Código civil. Es cierto que la exposición de motivos de la Ley de 2005 sí lo menciona, pero no lo define. Sólo señala que los progenitores, a la hora de ponerse de acuerdo respecto a la forma de ejercer la guarda respecto de sus hijos menores "procurarán la realización del ejercicio de la corresponsabilidad". Después, a lo largo del articulado, no se encuentra ninguna mención a este principio ni a su definición.

Las legislaciones autonómicas, parte del derecho extranjero así como diversos Tratados y Convenios internacionales sí se han referido a este principio e incluso desarrollado sus normas con respecto a las características que de éste se derivan.

Respecto a la legislación autonómica, señalar que la definición de este principio se encuentra, principalmente, en aquellas autonomías que cuentan con una regulación relativa a la guarda y custodia compartida o, cuanto menos, más favorable al establecimiento de este régimen.

Si comenzamos por orden cronológico de publicación, Aragón fue la primera comunidad en contar con una Ley en este sentido¹⁶⁰. Su exposición de motivos señala, al referirse a la guarda y custodia compartida, que se trata de "un sistema que fomenta la corresponsabilidad de los padres en el ejercicio de su autoridad familiar", así como la igualdad de los progenitores de manera que sigan sintiendo que tienen la responsabilidad de cuidar de sus hijos e incluso, que en estos casos, deberán hacerlo aun más, si cabe, con mayor diligencia atendiendo a las posibles

¹⁵⁹ MORENO VELASCO, V., *op. cit.*, pág. 1.

¹⁶⁰ Ley 26/2010 de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres.

dificultades que puedan surgir para que los menores se adapten a la nueva situación familiar, así como favoreciendo "la distribución igualitaria de los roles familiares".

Señala LATHROP GÓMEZ que "la corresponsabilidad parental no debe confundirse con la custodia compartida, ya que la primera es el principio que informa la segunda"¹⁶¹. GONZÁLEZ DEL POZO¹⁶² añade que "la custodia compartida no es sino la concreción de la forma en que se ejecuta en la práctica la corresponsabilidad parental", por esta razón la pretensión de la Ley aragonesa promueve, como señala el mencionado autor, que "tras la separación ambos padres continúen ejerciendo, en plano igualitario, su responsabilidad parental sobre los hijos, participando activamente en todos los aspectos de la educación y desarrollo de los mismos y manteniendo con ellos una relación y contacto continuados que permitan sostener y reforzar los lazos de afectividad"¹⁶³.

En la misma línea se publica la Ley catalana¹⁶⁴, que en su exposición de motivos señala que una de las principales novedades de la Ley es el abandono del "principio general según el cual la ruptura de la convivencia de los progenitores significa que los hijos deben apartarse de uno para encomendarlos individualmente al otro" y se introduce el concepto de responsabilidad parental¹⁶⁵. Así, después de la ruptura, estas responsabilidades mantendrán el carácter de compartido y teniendo en cuenta que la guarda del menor deberá ejercerse atendiendo al "carácter conjunto de éstas y al interés superior del menor".

¹⁶¹ LATHROP GÓMEZ, F., "Custodia compartida y responsabilidad parental. Aproximaciones jurídicas y sociológicas", Diario La Ley nº 7206, 2009, pág., 5.

¹⁶² GONZÁLEZ DEL POZO, J. P., "Análisis crítico de las medidas judiciales a adoptar, ante la falta de acuerdo de los progenitores, en la llamada Ley de Custodia Compartida de Aragón", Diario La Ley nº 7537, 2010, pág. 4.

¹⁶³ GONZÁLEZ DEL POZO, J. P., "Comentarios al ámbito de aplicación y el contenido del pacto de relaciones familiares en la Ley de Custodia Compartida de Aragón", Diario La Ley nº 7529, 2010, pág. 2.

¹⁶⁴ Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y familia.

¹⁶⁵ LAUROBA LACASA, E., "Art. 233-8. Responsabilidad Parental", en ROCA TRÍAS, E., ORTUÑO MUÑOZ, P., (Coord.), *Persona y Familia. Libro II del Código civil de Cataluña*, Madrid, 2011, pág. 850.

La finalidad de la regulación contenida en el Libro Segundo del Código civil catalán es la de "favorecer las fórmulas de coparentalidad y la práctica de la mediación". En cuanto a la mediación sólo señalar que a su estudio se le dedicará el Capítulo IV, por lo que con respecto a la coparentalidad, que implica el mantenimiento de las responsabilidades parentales compartidas, se puede decir que, tal y como señala la exposición de motivos, "refleja materialmente el interés del hijo por continuar manteniendo una relación estable con los dos progenitores, la igualdad de derechos y deberes entre los progenitores, elimina las dinámicas de ganadores y perdedores y favorece la colaboración en aspectos afectivos, educativos y económicos".

El articulado de la Ley catalana sigue en la misma línea que su exposición de motivos al señalar en el apartado primero del art. 233-8, que "la nulidad del matrimonio, el divorcio o la separación judicial no alteran las responsabilidades que los progenitores tienen hacia sus hijos... Estas responsabilidades mantienen el carácter de compartido y, en la medida de lo posible, deben ejercerse conjuntamente". Y, para determinar el régimen de guarda, el apartado 3 del art. 233-10 señala que "la autoridad judicial, si no existe acuerdo o si éste no se ha aprobado, debe determinar la forma de ejercer la guarda, atendándose al carácter conjunto de las responsabilidades parentales...".

En la Comunidad Valenciana, la Ley 5/2011, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven, señala expresamente en su exposición de motivos que en el articulado de la Ley se verán plasmados, entre otros, el principio de coparentalidad y afirma que "los poderes públicos velarán por la protección del principio de coparentalidad en el cuidado y educación de los menores, y garantizarán el derecho de éstos a que ambos progenitores participen por igual en la toma de decisiones que afecten a sus intereses".

Se observa, en la Ley valenciana, el reflejo y los principios de otra Ley de la misma Comunidad, de la Ley 12/2008, de 3 de julio, de protección integral de la infancia y adolescencia de la Comunidad Valenciana cuyo art. 22 se refiere al derecho a las relaciones familiares. No se puede negar que la Ley valenciana

relativa a la guarda y custodia compartida constituya un desarrollo del mencionado art. 22 ya que señala este precepto que: "Los menores tendrán derecho a crecer y vivir con sus padres, si ambos manifiestan voluntad y aptitud para la crianza, procurándose en los casos de separación de los progenitores una convivencia igualitaria con ambos... En cualquier caso, los menores tendrán derecho a mantener una relación con sus padres, y se protegerá especialmente el derecho del niño que esté separado de uno o ambos padres a mantener relaciones y contacto directo con ambos progenitores de modo regular...En la observancia de estos derechos prevalecerá siempre el mayor interés del menor y la incidencia en su desarrollo psicológico y social".

Lo que pretende la legislación valenciana es resaltar la importancia del "contacto cotidiano y del roce frecuente de los progenitores y sus hijos e hijas menores, como único cauce que posibilita el crecimiento del vínculo afectivo familiar y sienta las bases de un adecuado desarrollo psíquico y emocional de cada menor". Para ello regula la figura de la guarda y custodia compartida como opción preferente en los casos de desacuerdo entre los progenitores con respecto al cuidado de sus hijos y realiza un ajuste en la terminología¹⁶⁶ sustituyendo el término "patria potestad" por el de "autoridad parental", y el de "guarda y custodia" por el de "relación de convivencia". Así, señala que este régimen de convivencia compartido facilita el mejor encaje de la nueva situación familiar para los menores manteniendo los lazos de afectividad entre éstos y sus progenitores, además disminuye el nivel de litigiosidad entre los progenitores y favorece la corresponsabilidad y la distribución igualitaria de los roles sociales entre hombre y mujeres en las relaciones familiares.

En Bélgica, por ejemplo, la institución de la responsabilidad parental -*l'autorité parentale*¹⁶⁷- se regula en los art. 373 a 375 del Código civil belga. Estos preceptos fueron objeto de reforma en el año 2006 con motivo de la Ley de 18 de

¹⁶⁶ SORIANO MARTÍNEZ, E., "La Ley valenciana de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven. Nuevas tendencias en el Derecho de Familia". *Revista de Derecho Civil Valenciano*, nº 9, primer semestre 2011, pág. 7.

¹⁶⁷ Code Civil, Livre I: Des Personnes, Titre IX: De L'autorité Parentale.

julio, según la cual ambos progenitores son titulares conjuntamente de las responsabilidades parentales.

La legislación francesa también se refiere a la *autorité parentale*¹⁶⁸ (autoridad parental), sólo que en el caso de Francia, este término viene a coincidir con lo que en España se entiende por patria potestad. Si bien es cierto que desde la Ley 2002-305 de 4 de marzo de 2002, la legislación francesa se refiere al ejercicio compartido de la mencionada *autorité parentale*¹⁶⁹, A este ejercicio compartido de la autoridad parental francesa se refiere el art. 287 del Código civil francés.

En Portugal la norma que se deriva del art. 1906 de su Código civil, viene a coincidir con la legislación española en cuanto a la patria potestad. En este sentido los dos progenitores ejercen la responsabilidad parental, pero para el caso de no convivencia este ejercicio corresponderá al progenitor en cuya compañía queden los menores, sin perjuicio de que las decisiones importantes deban ser adoptadas por los dos progenitores.

Parece que las normas contempladas en el Código civil español, o mejor dicho, la ausencia de ellas con respecto al ejercicio compartido de la responsabilidad parental, es realmente una novedad. Y ello porque, como se acaba de observar, tanto las legislaciones autonómicas como parte del derecho extranjero, ya contienen normas en este sentido. Lo cierto es que tampoco se puede decir que éstas sean realmente modernas porque este principio de responsabilidad parental ya vería referenciado en Tratados y Convenios internacionales que datan de fechas notablemente anteriores.

La Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, ya señalaba en su art. 18.1 que "los Estados parte 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 del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la

¹⁶⁸ FULCHIRON, H., *Autorité Parentale el Parents Désunits*, Paris, 1985, pág. 43.

¹⁶⁹ BIGOT, A., *L'autorité parentale dans la famille désunie en droit international privé*, Marseille, 2003, pág. 41.

responsabilidad primordial de crianza y desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño". En el mismo sentido, la Carta Europea de los Derechos del Niño del Parlamento Europeo afirma que "12) todo niño tiene derecho a gozar de sus padres... El padre y la madre tienen una responsabilidad conjunta en cuanto a su desarrollo y educación". "14) En caso de separación de hecho, separación legal, divorcio de los padres o nulidad del matrimonio, el niño tiene derecho a mantener contacto directo y permanente con los dos padres, ambos con las mismas obligaciones..."

Parece, pues, que el principio de responsabilidad parental debe imperar siempre en el ámbito de las relaciones familiares ya que, dando cumplimiento al mismo, se garantiza el cumplimiento de todas aquellas finalidades que se acaban de estudiar, como la relación continua entre padres e hijos, etc. El problema radicará en que este principio se pueda seguir aplicando en los supuestos en los que los progenitores ya no viven juntos. Esta es la razón por la que se señala que la custodia compartida es la mejor forma de garantizar este principio, ya que sólo a través de este tipo de convivencia se sigue dando una mayor continuidad a las relaciones familiares aun a pesar de la ruptura.

En el Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental, ya su propio nombre lo indica, sí se encuentran más referencias a este término, así como qué se debe entender por el mismo.

El mencionado Anteproyecto se refiere tanto en la exposición de motivos, como en los preceptos del Código civil que modifica, a la "patria potestad entendida y ejercida como corresponsabilidad parental", y ello con independencia de si los progenitores viven juntos o no, y de si la guarda y custodia de los hijos menores ha sido atribuida a uno de ellos de forma unilateral, o bien es ejercida conjuntamente por ambos. Así, la corresponsabilidad parental es, realmente, una de las principales novedades del Anteproyecto. Señala la exposición de motivos que "se introduce como norma que el ejercicio de la patria potestad será conjunto, aun cuando vivan separados, con lo que no se alteran las

responsabilidades parentales respecto de los hijos (art. 90, 92 y 156 C.c.)".

Principio de igualdad entre los progenitores

Este principio está íntimamente relacionado con el anterior. Si los progenitores son real y efectivamente responsables de sus hijos en la misma medida, éstos estarán en igualdad de condiciones. SERRANO MOLINA¹⁷⁰ afirma “que escoger la guarda y custodia compartida significa reconocer que cada progenitor tiene los mismos derechos y los mismos deberes ante su hijo, que sirve para mantener los vínculos con las dos ramas familiares y para evitar no ya sólo que cada una de las partes acoja la sentencia como una victoria o como una derrota personal sino para romper el esquema clásico según el cual el padre ha de asumir el papel de personaje secundario mientras la madre, en cambio, se hace cargo de la mayor parte de la vida cotidiana del hijo”. No prevalecerá ningún progenitor sobre otro, esto es, no habrá vencedores ni vencidos¹⁷¹, lo que contribuirá a evitar enfrentamientos entre la propia ex pareja y, por tanto, se evitará que pueda repercutir de forma negativa en el menor. Se fomentará, asimismo, que ambos progenitores puedan participar activamente en la vida diaria de sus hijos menores.

Este principio habrá de tenerse en cuenta desde el inicio de la crisis convivencial y no sólo en la guarda y custodia alternada. Esto significa que, con carácter previo a la atribución de cualquier modelo de guarda y custodia, se deberá valorar de la misma forma la aptitud de ambos progenitores para el cuidado de sus hijos, partiendo de la base de que los dos son igualmente capaces para desarrollar sus funciones como padres. Sólo de esta forma los progenitores podrán estar en igualdad de condiciones.

¹⁷⁰ SERRANO MOLINA, A. , "La guarda compartida ¿una regulación necesaria?, en LASART.E (Ed.) *Familia, matrimonio... op. cit.*, pág. 740.

¹⁷¹ RIVERA ÁLVAREZ, J.M^a, *op. cit.*, pág. 138.

Principio de universalidad

En cuanto a este principio mencionar únicamente que, a pesar de que el Código civil se refiere sólo a los casos de nulidad, separación y divorcio, todas aquellas normas relativas a la guarda y custodia de los hijos, así como las que se refieran en particular a la guarda y custodia alternada o sucesiva, serán de aplicación siempre a los supuestos en los que una pareja tenga un hijo en común, con independencia de si hay vínculo matrimonial o no, o de si ha existido o no convivencia. No es necesario que haya existido o exista relación de afectividad, únicamente filiación, ya sea por naturaleza o adopción. Se fundamenta este principio en los arts. 39.2, 2 y 4 CE, de los cuales se desprende la obligación y el deber de los poderes públicos de asegurar la protección integral del menor, lo cual, aplicado al supuesto de la guarda y custodia, implica recordar que, como afirma CASTILLEJO MANZANARES¹⁷², “el deber de los progenitores no depende de la atribución o no de la patria potestad ni de su ejercicio, sino del hecho de la filiación”.

Principio dispositivo

Este principio viene consagrado en los apartados cuarto y quinto del art. 92 C.c., así como en el apartado A) del art. 90 del mismo cuerpo legal. Este principio también es inspirador de la Ley 15/2005, de 8 de julio por la que se modifican el Código civil y la Ley de Enjuiciamiento civil ya que, según se deriva de su exposición de motivos, una de las finalidades de esta Ley es conceder una mayor autonomía a cada uno de los miembros de la familia de manera que como afirma PALAY VALLESPINÓS¹⁷³, lo que trata esta Ley es “reforzar la libertad de decisión de los padres respecto del ejercicio de la patria potestad juntamente con el recuerdo de la corresponsabilidad parental en dicho ejercicio”. La propia exposición de motivos señala que los progenitores “en todo caso determinarán, en

¹⁷² CASTILLEJO MANZANARES, R., *op. cit.*, págs. 399 y 340.

¹⁷³ PALAY VALLESPINÓS, M., *op. cit.*, pág.46.

beneficio del menor, cómo éste se relacionará del mejor modo con el progenitor que no conviva con él, y procurarán la realización del principio de corresponsabilidad en el ejercicio de la potestad”.

Lo que se deriva de estos preceptos es que cabe la posibilidad de que sean los padres los que determinen cuáles con las reglas por las que se regirán las relaciones con sus hijos menores comunes una vez producida la ruptura sentimental. Ya se comentaba antes, en principio, los progenitores, son las personas más adecuadas para determinar estas reglas, puesto que ellos son los mejores conocedores de la situación, de sus hijos, y de lo que es mejor para éstos. De hecho, es lo que se trata de fomentar, el pacto entre los progenitores, de manera que sean éstos los que fijen el régimen de guarda y custodia más adecuado para sus hijos, y no el Juez el que lo imponga. En este sentido, afirma ORTUÑO MUÑOZ que “la guarda y custodia de los hijos es responsabilidad primaria de los padres, y sólo en defecto de éstos, posee el Estado la facultad de resolver las discrepancias existentes, por consiguiente ha de favorecerse y propiciarse el acuerdo de los progenitores, y ello como mandato legal”¹⁷⁴. Así, en los casos en los que hay acuerdo, el Juez “se limitará” a comprobar que éste es el más beneficioso para el menor y, si es así lo aprobará, aunque, señala el art. 92.6 C.c. que: “en todo caso, antes de adoptar el régimen de guarda y custodia, el Juez deberá recabar el informe del Ministerio fiscal...”

Para determinar el régimen de guarda se estará en primer lugar, a lo pactado por los progenitores en convenio regulador. Lo acordado será puesto en conocimiento del Ministerio fiscal, quien elaborará un informe para el Juez. Finalmente, este último, atendiendo a lo establecido por los progenitores, así como a lo señalado por el Ministerio fiscal en el mencionado informe, determinará si el régimen acordado es el más beneficioso para el menor o si por el contrario, insta a los progenitores a llegar a un nuevo acuerdo. En caso de que no lleguen a ningún

¹⁷⁴ ORTUÑO MUÑOZ, P., *op. cit.*, pág. 482. También en este sentido, RIVERA ÁLVAREZ, J. M^a., *op. cit.*, pág. 142, TAMAYO HAYA, S., “El ejercicio de la patria potestad y la guarda y custodia en la reforma del Derecho civil en materia matrimonial”, en LASART.E, C. (ed.) *Familia, matrimonio y..., op. cit.*, pág. 741.

acuerdo, o aquel al que lleguen no sea aprobado judicialmente, será el Juez quien establezca el régimen de guarda y custodia que considere más beneficiosos para el menor atendiendo a las circunstancias particulares de cada caso.

En el Anteproyecto de Ley este principio está ampliamente desarrollado. Son numerosas las referencias que se encuentran relativas a la importancia de que sean los propios progenitores los que decidan las reglas de la nueva situación familiar. Ya no es sólo que se permita que los progenitores pacten o decidan estas reglas, sino que se trata de fomentar este pacto, sobre todo a través de figuras como la mediación familiar (figura que se estudiará en el Capítulo IV).

Señala la exposición de motivos del mencionado Anteproyecto que "sin imponer una modalidad concreta de organización... se alienta a los progenitores, tanto si el proceso es de mutuo acuerdo como si es contencioso, a organizar por sí mismos responsablemente el cuidado de los hijos con ocasión de la ruptura... Quiere favorecerse así la concreción de acuerdos, la transparencia de ambas partes y el cumplimiento de los compromisos conseguidos".

La principal diferencia entre la actual regulación y filosofía del Código civil, y la del Anteproyecto, es que mientras del Código parece deducirse más un principio de libertad de los progenitores a decidir, sobre todo por la exposición de motivos de la Ley de 2005 que propició la reforma de los preceptos relativos a la guarda y custodia, en el Anteproyecto, la comunicación entre los progenitores y su responsabilidad respecto al cuidado y educación de sus hijos cobra especial importancia. El principio del superior interés del menor parece estar más latente.

II.1.3.- Ventajas e inconvenientes

Para determinar el régimen de guarda más adecuado al interés del menor en cada caso concreto, es necesario tener en cuenta todas y cada una las particularidades de cada caso. La guarda y custodia individual a favor de uno sólo de los progenitores ha sido el único sistema existente hasta hace no mucho. Sin embargo, la guarda y custodia compartida resulta ser más novedosa y no falta quienes ven en este régimen la mejor manera de salvaguardar el interés del menor en los casos de cese de la convivencia de los progenitores¹⁷⁵. El sistema de guarda y custodia compartida también tendrá que ser específicamente valorado en cada caso concreto. A este sistema de guarda se le atribuyen, con carácter general, las ventajas y los inconvenientes que seguidamente se estudian.

II.1.2.1.- Ventajas

A) Para los hijos menores

1.- Se garantiza el derecho del niño a mantener el contacto con sus dos progenitores¹⁷⁶, dando así cumplimiento a lo dispuesto en el art. 9.3 de la Convención sobre los Derechos del Niño al establecer que los Estados parte procurarán que los menores puedan “mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño”.

Se considera, pues, que la guarda y custodia ejercida de modo alterno por ambos progenitores es mucho más beneficiosa para sus hijos menores, puesto que les permite permanecer más o menos el mismo periodo de tiempo (aunque dependerá

¹⁷⁵ En este sentido, señala FLAQUER que "en muchos apises se ha convertido en la modalidad de custodia preferida tras el divorcio al ser ampliamente aceptada como la que mejor refleja el interés superior del niño". FALQUER, L., "Liberalización sin protección: Un balance de los resultados de la aplicación de la Ley de divorcio de 2005", en PICONTO NOVALES, T. (ed.), *La custodia compartida a debate*, Madrid, 2012, pág. 35.

¹⁷⁶ DELGADO MARTÍN, J. "La guarda y custodia...", en *Novedades legislativas...*, op. cit., pág. 172 y 173.

del caso concreto, (y ya se ha estudiado que el tiempo de permanencia con cada uno de los progenitores no necesariamente tiene que ser totalmente igualitario). Se da así la máxima continuidad posible a las relaciones afectivas entre los distintos miembros de la familia con anterioridad a la ruptura, de manera que ésta resulte lo menos traumática posible para el menor y sea mucho más fácil adaptarse a un nuevo modelo de familia en el que no se vea privado de estar con ninguno de sus progenitores. En este sentido, DE TORRES PEREA, refiriéndose a la conclusión del estudio de BAUSERMAN señala que “el mejor interés del menor consistirá en evitarle la separación psicológica de cualquiera de sus progenitores y estimularlo para que mantenga las relaciones positivas con ambos”¹⁷⁷.

Los padres juegan un papel de vital importancia en las distintas etapas de la vida de un menor. Son ellos los que les deben querer, educar, alimentar, cuidar etc. Por esta razón y por propia naturaleza, ya desde el nacimiento comienzan a crearse los vínculos afectivos, y es muy importante que éstos se creen respecto de los dos progenitores puesto que cuanto más tiempo pase, mucho más difícil será crear estos vínculos que influirán decisivamente en todo el desarrollo del menor, sobre todo en los aspectos de la confianza y seguridad¹⁷⁸.

Si una vez creado este vínculo afectivo se produce la ruptura convivencial de los progenitores, será necesario que el menor pueda seguir relacionándose con ambos para que éste vínculo se consolide y no se rompa, de hecho, tras la crisis convivencial, afirma DE TORRES PEREA “debe procurarse el máximo contacto del menor con cada uno de sus progenitores”¹⁷⁹ ya que, como además señala ZANÓN MASDEU¹⁸⁰, “el hijo necesita sentir que ambos progenitores le aman y le valoran para poder mantener su autoestima personal”. En el caso de establecer una custodia individual a favor de uno de los progenitores, el menor deberá superar el proceso de duelo que va a vivir por la separación física del otro

¹⁷⁷ DE TORRES PEREA, M. M., *op. cit.*, pág. 11 y 16.

¹⁷⁸ LÓPEZ F., ORTIZ, M^a. J., "El desarrollo del apego durante la infancia", en LÓPEZ, F. y cols., *Desarrollo afectivo y social*, Madrid, 2003, pág. 39-65.

¹⁷⁹ RIVERA ÁLVAREZ, J.M^a., *op. cit.*, pág. 143.

¹⁸⁰ ZANÓN MASDEU, L., *op. cit.*, pág. 190.

progenitor, que se convertirá en mero visitador durante los fines de semana y algunos periodos vacacionales.

2.- Se garantiza también que el menor pueda seguir relacionándose con sus dos familias extensas¹⁸¹. Si el menor pasa el mismo tiempo con sus padres también será mucho más fácil dar continuidad a las relaciones con otros parientes y allegados distintos a los progenitores, como pueden ser abuelos, tíos, primos, etc.

En este sentido merece una especial consideración la reforma llevada a cabo por la Ley 42/2003, de 21 de Noviembre, de modificación del Código civil y de la Ley de Enjuiciamiento civil en materia de relaciones familiares de los nietos con los abuelos. Esta Ley fue la respuesta a una demanda social promovida fundamentalmente por los abuelos que, con motivo de una custodia unilateral, se veían privados de estar con sus nietos¹⁸². La situación era la siguiente: proceso de nulidad, separación o divorcio en el que la guarda y custodia se atribuía exclusivamente a uno de los progenitores (generalmente la madre) teniendo el otro (en este caso el padre) un régimen de visitas de fines de semanas alternos y periodos vacacionales por mitad, y con mucha suerte, alguna tarde entre semana. Consecuencias: los abuelos del cónyuge no custodio (generalmente abuelos paternos) se veían privados de seguir relacionándose con sus nietos, lo cual consideraban una injusticia. Por esta razón, y ante la imposibilidad de ver a sus nietos, fueron ellos mismos los que solicitaron la existencia de alguna norma que diera cobertura a esta situación de manera que, a pesar de la ruptura del vínculo sentimental entre los progenitores, ésta no afectara a las relaciones que hasta ahora tenían con sus nietos. Sin embargo, parece que no sólo la ruptura del vínculo sentimental entre los progenitores podía ser la causa por la que éstos privaban a sus hijos de ver a sus abuelos, también se daba esta privación en supuestos en los que fallecía uno de los progenitores y como consecuencia el menor dejaba de tener contacto con los abuelos, padres del progenitor fallecido, o incluso aquellos

¹⁸¹ BANDERA, M., *Custodia compartida. Cómo evitar que tus hijos se conviertan en arma arrojadiza*, Barcelona, 2005, pág. 100.

¹⁸² En este sentido señala la exposición de motivos de la mencionada Ley que "El legislador no puede olvidar que el ámbito familiar no se circunscribe únicamente a las relaciones paternofiliales que, aunque prioritarias, no pueden aislarse del resto de relaciones familiares".

supuestos en los que los propios progenitores tenía malas relaciones con sus propios padres y abuelos de sus hijos¹⁸³.

Si bien esta reforma tuvo lugar a petición de los abuelos, no es menos cierto que su reclamación llegó a buen término. Se considera importante y que redunde en beneficio del menor, que éste pueda seguir relacionándose con sus abuelos así como con el resto de su familia extensa. Además, se ha de recordar que en la vida actual, en la que habitualmente ambos progenitores trabajan fuera de casa, los abuelos se convierten en una pieza fundamental en la vida del menor permaneciendo mucho tiempo bajo su cuidado¹⁸⁴.

Los abuelos y los nietos tienen derecho a relacionarse, y ello porque así lo establece el art. 160 C.c. al señalar en su párrafo segundo que "no podrán impedirse sin justa causa las relaciones personales del hijo con sus abuelos y otros parientes y allegados", y esta causa no puede centrarse "en el hecho de que las relaciones de los abuelos con los menores sean mejores o peores para sus padres, sino para los propios menores cuyo interés es el protegido"¹⁸⁵.

Afirma BOTANA GARCÍA¹⁸⁶, refiriéndose a la exposición de motivos de la mencionada Ley de 2003, que los abuelos "desempeñan un papel fundamental de cohesión y transmisión de valores en la familia, que es el agente de solidaridad por excelencia de la sociedad civil". Añade, además que "el legislador no puede olvidar que el ámbito familiar no sólo se circunscribe a las relaciones paterno-filiales que, aun siendo prioritarias, no pueden aislarse del resto de la familia". En este mismo sentido, señala que los abuelos "pueden desempeñar un papel crucial

¹⁸³ Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, nº 65/2011, de 3 de febrero (TOL2.238.030), Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo civil, nº 689/2011, de 11 de octubre, (TOL2.261.508).

¹⁸⁴ CÁRCABA FERNÁNDEZ, M., *El derecho de los abuelos a relacionarse con sus nietos*, Madrid, 2000, pág. 11.

¹⁸⁵ MACÍAS CASTILLO, A., "Derecho de la abuela a relacionarse con su nieto a pesar de las malas relaciones existentes con los dos progenitores. Análisis de la STS de 20 de octubre de 2011", *Actualidad Civil*, nº5, Quincena del 1 al 15 de marzo, 2012, pág. 541.

¹⁸⁶ BOTANA GARCÍA, G. A., "Derecho de visita de los abuelos", *Actualidad Civil*, nº 5, Quincena del 1 al 15 de marzo, 2004, pág. 548.

para la estabilidad del menor"¹⁸⁷. Todas estas son las razones por las que ya en 1996 la Sala Primera del Tribunal Supremo se pronunciara en este sentido y señalara que "las relaciones personales entre un menor y sus abuelos, son de ese tipo de relaciones que insertan beneficiosamente al menor en su entorno familiar completo, resultan más necesarias cuando de los ascendientes se trata por su privilegiado grado de parentesco, dado que la personalidad se forja también entre las contradicciones que emanan, a veces, de los planteamientos y opiniones de los parientes..."¹⁸⁸.

En todo caso, de lo que se trata es de salvaguardar el interés del menor y, en este sentido, afirma CAMPO IZQUIERDO, que como el tiempo es limitado en las comunicaciones con los progenitores, también lo será con los abuelos así como otros parientes y allegados. En cualquier caso estas comunicaciones deberán fijarse "en función del derecho del menor a estar con cada uno de ellos, el tiempo preciso; pues con ello se mejora y potencia su desarrollo personal e integral. Recordando que cuando hablamos de comunicaciones, estancias, visitas en relación a un menor, no es cuestión de cantidad sino de calidad"¹⁸⁹.

La importancia de dar continuidad a las relaciones familiares no debe entenderse, por tanto, en un sentido estricto, sino en un sentido amplio de manera que el menor, no sólo siga relacionándose con sus progenitores, sino también con su familia extensa -abuelos, tíos, primos-, amigos, incluso el entorno del que hasta el momento estaba rodeado.

En Italia, por ejemplo, con la Ley de 8 de febrero de 2006 se modificó el art. 155 del Código civil italiano para establecer la guarda y custodia compartida con carácter preferente, de manera que los hijos puedan seguir manteniendo relaciones

¹⁸⁷ Así se establece en la exposición de motivos de la mencionada Ley de 2003. En este sentido, HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, C., "Estudio de la modificación legislativa operada por la Ley 42/2003, de 21 de noviembre, que ha venido a reforzar de forma explícita, el régimen de relaciones entre los abuelos y los nietos, atribuyendo una función relevante a los primeros en el caso de dejación por los progenitores de las obligaciones derivadas de la patria potestad", Diario la Ley, nº 5990, 2004, pág. 1.

¹⁸⁸ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, nº 477/1996, de 11 de junio (TOL1. 658.826).

¹⁸⁹ CAMPO IZQUIERDO, A. L., "Abuelos, parientes y allegados", Actualidad Civil, nº 19/20, 2012, pág. 4.

no sólo con los padres, sino también con el resto de parientes. El Código civil alemán, por su parte señala en el parágrafo 1626, en su apartado tercero, que el interés superior del niño incluye no sólo el mantenimiento del vínculo y del contacto con ambos progenitores, sino también con las personas con las que el niño tiene lazos afectivos, siempre y cuando el mantenimiento de estos vínculos sea beneficioso para él. El Código civil francés, también hace referencia a las relaciones con otros parientes. En su art. 371-4 señala que "el niño tiene derecho a mantener relaciones personales con sus ascendientes. Sólo motivos graves podrán obstaculizar este derecho". E incluso añade que, si fuera necesario, el Juez podrá fijar el régimen de relaciones del hijo "con un tercero, sea o no su pariente".

Se podría decir que, con carácter general, se presume *iuris tantum* que es beneficioso para el menor seguir manteniendo el contacto con sus abuelos, y demás parientes y parece, por lo que se observa, que la guarda y custodia compartida favorece una mayor continuidad de las relaciones familiares, no sólo respecto de los progenitores, sino también con el resto de parientes.

3.- Estabilidad emocional del menor. Numerosos estudios, como el de Margaret Brinig, aseguran que el contacto continuado del menor con sus dos progenitores contribuye a su equilibrio emocional (BANDERA, M.).

Los padres juegan un papel de vital importancia en las distintas etapas de la vida de un menor. Por esta razón y por propia naturaleza, ya desde el nacimiento comienzan a crearse los vínculos afectivos, y es muy importante que éstos se creen respecto de los dos progenitores puesto que cuanto más tiempo pase, o cuanto más tiempo estén separados los progenitores de sus hijos, más difícil será crear estos vínculos que influirán decisivamente en todo el desarrollo del menor, sobre todo en los aspectos de confianza y seguridad¹⁹⁰.

Si tras la separación el menor continúa estando con su padre y con su madre, esto contribuirá a que recupere la confianza y seguridad perdidas durante el proceso. Se dará cuenta de que a pesar de que sus progenitores ya no viven juntos, ambos

¹⁹⁰ LÓPEZ F., ORTIZ, M^a. J., *op. cit.*, pág. 39-65.

le siguen queriendo igual que lo hacían antes, lo que facilitará que el menor fortalezca su autoestima y que tenga una mayor estabilidad emocional.

4.- Los padres: dos seres diferentes. En la actualidad los modelos de familia pueden ser muy diversos: hombres que son padres solteros, mujeres que son madres solteras, parejas del mismo sexo, ya sean de hombres o de mujeres, parejas formadas por un hombre y una mujer, familias reconstituidas... Cualquier modelo de familia es válido puesto que, de lo que se trata, es de que el menor crezca en un ambiente sano de amor y cariño. Y para el menor será muy importante seguir manteniendo el contacto con sus dos progenitores.

POUSSIN, G. y LAMY, A., refiriéndose al supuesto en que la pareja de progenitores esté formada por un hombre y una mujer, afirman que, "esto es algo positivo porque el menor necesita de esas diferencias para poder crecer"¹⁹¹. Y esto es cierto, los padres como hombres y las madres como mujeres, son seres diferentes, y estas diferencias pueden ser enriquecedoras para sus hijos menores. En cualquier caso, y con independencia de si hablamos de una pareja del mismo o de diferente sexo, lo cierto es que ninguna persona es igual a otra. Si un niño tiene dos padres, dos madres, o un padre y una madre, seguirá necesitando de la protección y del cariño de ambos ya que, cada uno, como persona y como progenitor, le aportará distintos beneficios.

B) Para los padres

1.- Ni vencedores ni vencidos¹⁹². La separación, nulidad y divorcio, muchas veces se convierten en una auténtica batalla en la que el vencedor es siempre el

¹⁹¹ POUSSIN G., LAMY A., *Custodia compartida. Cómo aprovechar sus ventajas y evitar sus tropiezos*, Madrid, 2004, pág. 43.

¹⁹² En este sentido, PÉREZ MARTÍN, A.J., "De los efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio", en DOMÍNGUEZ LUELMO, A. (Coord.), *Comentarios al Código civil*, Valladolid, 2010, pág. 200, así como, LUIS ZARRALUQUI, presidente de honor de la Asociación española de Abogados de Familia afirma que "que a uno le den la custodia y al otro las visitas tiene la traducción popular de que uno ha ganado y el otro ha perdido. Uno es padre de primera y el otro de segunda. Uno se queda con los hijos y el otro pierde". www.custodiacompartida.com.

progenitor que disfruta de la guarda y custodia y, el vencido, el progenitor con derecho de visitas (no custodia). De hecho, en innumerables ocasiones la guarda se ha solicitado con carácter exclusivo aunque sólo fuera para fastidiar al ex conviviente. Con la guarda y custodia alterna desaparecen estos términos para pasar a un concepto de igualdad en las relaciones familiares en las que ambos progenitores tienen los mismos derechos y deberes, y ninguno está por encima del otro en lo que respecta a la educación de sus hijos.

2.- Repartir la responsabilidad resulta mucho más fácil en los casos en los que los progenitores no convivientes disfrutaban de sus hijos por periodos de tiempo más o menos iguales que aquellos en los que uno de ellos permanece permanentemente en contacto con el menor. En el primero de los casos, son los dos progenitores quienes, cuando sus hijos están en su compañía, toman todas las decisiones oportunas concernientes a los mismos, sobre todo las decisiones cotidianas de la vida diaria. Por el contrario, en el segundo de los casos, lo habitual será que el progenitor que vive de manera continuada con el menor, sea el que se responsabilice de él en todos los sentidos y tome todas las decisiones, salvo las que se puedan considerar muy importantes (como la aceptación de una herencia, por ejemplo), en las que deberán participar ambos.

Con la guarda y custodia ejercida de modo alterno, se reparten también las responsabilidades existentes para con los hijos, eximiendo de algunas de ellas a quien permanecía todo el tiempo con el menor y dándole algunas otras al que se limitaba a visitarle, provocando así la igual participación de ambos en los quehaceres de la vida diaria del menor y no recayendo sólo sobre uno de ellos toda la responsabilidad.

3.- Rehacer la propia vida¹⁹³. En los casos en los que la custodia sea ejercida de manera unilateral por uno de los progenitores éste, el progenitor custodio, gozará de mucha menos privacidad y de mucho menos tiempo libre para relacionarse, por lo que una custodia compartida le permitiría tener más tiempo para su vida personal.

¹⁹³ BANDERA, M., *op. cit.*, pág. 102.

La guarda y custodia sucesiva permite, no sólo que cada uno de los progenitores pueda disfrutar igualmente de estar con sus hijos, sino que éstos, en los periodos en los que sus hijos no están con ellos también, podrán gozar de su intimidad, tener tiempo para ellos, para divertirse, descansar o relacionarse con los demás. Con este régimen de guarda suele ser más fácil que los padres separados rehagan sus vidas. Además, el hecho de que estén separados o divorciados, no implica que éste deba ser su estado civil para el resto de la vida, sino que éste puede variar, e incluso formar una nueva familia.

A pesar de las ventajas que se acaban de mencionar, también es cierto que hay parte de la doctrina que no está de acuerdo con este régimen y ello porque consideran que puede desestabilizar al menor. DELGADO CORDERO, por ejemplo, considera que en una guarda y custodia compartida en la que el que se desplaza es el menor, “se le está utilizando como si fuera una maleta de viaje, entorpeciendo su ritmo de vida, sus actividades diarias, sus hábitos...”¹⁹⁴.

II.1.2.2.- Inconvenientes

Como inconvenientes que puede desencadenar este modelo de guarda y custodia se señalan:

- La posibilidad de que el cambio de domicilio del menor pueda afectarle negativamente a su estabilidad y tranquilidad¹⁹⁵.
- Que se establezca esta figura sin darse los presupuestos subjetivos necesarios, lo cual llevará a que en vez de resultar lo más beneficioso para el menor, pueda convertirse en todo lo contrario, por ejemplo en los supuestos en que haya sido impuesta por el Juez a solicitud de uno de los progenitores, sin existir acuerdo

¹⁹⁴ DELGADO CORDERO, A. M^a., *op. cit.*, pág. 717.

¹⁹⁵ ESPARZA OLCINA, C. "La guarda compartida", en *Comentarios a las Reformas de Derecho de Familia*, DE VERDA Y BEAMONTE, J.R., (Coord.), Navarra, 2006, pág. 204. IVARS RUIZ, *op. cit.*, pág. 183, DELGADO MARÍN, J., *op. cit.*, pág. 174, DELGADO DEL RÍO, G., *op. cit.* pág. 131.

entre ellos. Ya se ha observado anteriormente como las malas relaciones entre los progenitores pueden ser motivo para la no adopción de este régimen, si bien es cierto que esta tendencia parece estar cambiando. Lo que sí es cierto, es que para que este sistema de guarda funcione se exige una especial avenencia y colaboración de los progenitores¹⁹⁶. En este mismo sentido, señala DELGADO DEL RÍO que "la guarda y custodia compartida requiere para su establecimiento unas condiciones y circunstancias concurrentes en la situación familiar y los interesados, progenitores de los hijos en cuestión, definidas por los especialistas, en orden a un proyecto común, comunicación y flexibilidad, ausentes por lo general, en el conflicto familiar objeto de la contienda judicial¹⁹⁷.

- Que esta figura sea utilizada por alguno de los progenitores únicamente para evitar el pago correspondiente a las pensiones alimenticias de los hijos, o bien, como señala MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, que este figura sea aprovechada para enmascarar pretensiones con respecto a la vivienda conyugal¹⁹⁸.

II.2.- RÉGIMEN LEGAL DE LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA

II.2.1.- Introducción

La guarda y custodia compartida se encuentra regulada, con carácter general, en el art. 92 C.c. Aunque también se ha de recordar que Aragón, Cataluña, Valencia y Navarra tienen Leyes relativas a esta materia, algunas más favorables hacia una guarda y custodia compartida que otras.

La regulación del Código civil vino determinada por el cambio que 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, hizo en el art. 92 C.c.

¹⁹⁶ ESPARZA OLCINA, C., *op. cit.*, pág. 205, IVARS RUIZ, *op. cit.*, pág. 184

¹⁹⁷ DELGADO DEL RÍO, G., *op. cit.*, pág. 131.

¹⁹⁸ MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, T., "Problemas que genera la actual regulación de la guarda y custodia compartida en el proceso contencioso", *Diario La Ley*, nº 7105, 2009, pág. 2

Esta reforma ha sido ampliamente criticada por considerarla insuficiente¹⁹⁹ ya que, como ahora se estudiará, si bien es cierto que se regula por primera vez la figura de la guarda y custodia compartida, la verdadera operatividad de la misma, incluso su establecimiento judicial viene condicionado por el acuerdo entre los progenitores. Así, se puede decir, que la regulación contenida a día de hoy en el art. 92 C.c., configura la guarda y custodia compartida casi como un modelo excepcional²⁰⁰ en los casos en los que no hay acuerdo entre los progenitores. En este sentido, afirma GUILARTE MARTÍN-CALERO que "la regulación de la custodia compartida o alternativa recogida en los art. 90 y 92 C.c. es un ejemplo de mala técnica legislativa y de peor técnica jurídica; el legislador de 2005, al introducir el modelo de custodia compartida, se mostró más preocupado de regular en qué supuestos no debe acordarse tal sistema que de establecer los presupuestos objetivos, las condiciones materiales y particulares que necesariamente deben concurrir para que prospere este régimen de guarda"²⁰¹.

El régimen general que se desprende del Código civil con respecto a la guarda y custodia de los hijos es el siguiente:

- 1) Acuerdo entre los progenitores. Éste será, en principio, aprobado judicialmente, salvo que el Juez considere que no se está salvaguardando el interés del menor. No importa si el régimen de guarda y custodia acordado por los progenitores es compartido o individual.
- 2) En defecto de acuerdo, decidirá el Juez. Y, para que en estos casos se pueda establecer una guarda y custodia compartida, según la redacción del art. 92 C.c. dada por la Ley de 2005, es necesario que este régimen sea solicitado por al menos uno de los progenitores, y el informe favorable del Ministerio fiscal²⁰².

¹⁹⁹ GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., "La custodia compartida alternativa. Un estudio doctrinal y jurisprudencial", Indret. Revista para el estudio del Derecho, pág. 13.

²⁰⁰ SEIJAS QUINTANA, J.A., "De los efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio", en SALAS CARCELLER, A. (Coord.), Código Civil. Comentarios y jurisprudencia, Madrid, 2009, pág. 351.

²⁰¹ GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., *La concreción...*, *op. cit.*, pág. 20.

²⁰² Con respecto al informe del Ministerio fiscal, mencionar que seguidamente se estudiará que el Tribunal Supremo ha eliminado la necesidad de este informe para el establecimiento de una guarda y custodia compartida.

Parece, pues, y así se estudiará, que la exigencia de estos dos requisitos, convierte a la guarda y custodia compartida casi en un régimen excepcional.

Sin embargo, como ya se anunciaba, no existen únicamente normas de derecho común relativas a la guarda y custodia, sino también de derecho autonómico.

En Aragón, el Código del Derecho Foral (CDFA), regula la figura de la guarda y custodia compartida en la sección 3 del Capítulo II relativa a "los efectos de la ruptura de la convivencia de los pares con hijos a cargo", que comprende los art. 75 a 84. El régimen general que se desprende de los mencionados preceptos, es que en caso de no haber acuerdo entre los progenitores, decidirá el Juez, quien podrá establecer un régimen compartido de guarda y custodia si así lo considera oportuno, y ello con independencia de si los progenitores lo han solicitado o no.

Cataluña, en su Código civil (C.c.c.), también regula la figura de la guarda y custodia compartida. No la regula exactamente igual que Aragón, ya que no es automática en defecto de acuerdo entre los progenitores, pero sí fomenta el establecimiento de este régimen, incluso en defecto de acuerdo entre los progenitores. Los efectos de la nulidad del matrimonio, del divorcio y de la separación judicial vienen regulados en los art. 233-1 a 233-25 C.c.c.

En el caso de Navarra, la Ley Foral 3/2011, de 17 de marzo, sobre custodia de los hijos en los casos de ruptura de la convivencia de los padres, más que una Ley relativa a la guarda y custodia compartida, se podría decir que se trata de una Ley que fomenta más la mediación familiar, ya que ésta es concebida como el mejor cauce para que los progenitores adopten acuerdos favorables a una guarda y custodia compartida. En Navarra, en defecto de acuerdo entre los progenitores la guarda y custodia compartida no tendrá ningún carácter preferente. El Juez deberá decidir atendiendo a las circunstancias concretas de cada caso, si bien es cierto que de su art. 3 se desprende un tono favorable hacia el establecimiento de un régimen compartido de guarda y custodia.

Valencia ha sido la última comunidad autónoma en legislar sobre esta materia. La Ley 5/2012, de 1 de abril, de la Generalitat Valencia, de relaciones familiares de

los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven, recuerda, principalmente, a la regulación aragonesa. La Comunidad Valenciana ha optado por establecer un régimen legal supletorio de guarda y custodia compartida en defecto de acuerdo entre los progenitores, art. 4 y 5 Ley valenciana.

Fuera de nuestras fronteras, también se ha regulado la figura de la guarda y custodia compartida. En ocasiones a través de Leyes especiales, y otras modificando los preceptos del correspondiente Código civil que haga referencia a del cese de la convivencia entre los progenitores.

En Italia, por ejemplo, la Ley que articuló la guarda y custodia compartida data de 2006, Ley 54/2006, de 8 de febrero. En Francia, esta figura se reguló mucho antes, en 2002, a través de la Ley 2002-305 del 4 de marzo de 2002. Aunque, sin duda, la legislación más antigua de guarda y custodia compartida, se puede encontrar en la República Checa, que ya desde 1998, cuenta con normas relativas a la responsabilidad parental y a la guarda y custodia.

Puede que la legislación nacional en materia de guarda y custodia compartida será modificada próximamente. En julio de 2013 se aprobó el Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio, que, en teoría, trataría de solucionar las deficiencias de la ya comentada Ley de 2005, en materia de guarda y custodia compartida.

El mencionado Anteproyecto modificaría numerosos preceptos del Código civil a través de los cuales, parece ser, la guarda y custodia compartida perdería su carácter de excepcional, para situarse al mismo nivel que la guarda y custodia individual.

Las principales características del Anteproyecto en este sentido son:

- 1) Promover el acuerdo entre los progenitores a través de la figura de la mediación familiar.

- 2) Fomentar, entre los progenitores, la idea de la corresponsabilidad parental como mejor forma de dar continuidad a las relaciones entre padres e hijos.
- 3) Invitar a los progenitores a que consideren la guarda y custodia compartida como una de las mejores opciones que redundan en interés de sus hijos menores.
- 4) En defecto de acuerdo, no se impone ningún modelo de guarda y custodia, pero sí se desprende que se trata de favorecer el establecimiento de regímenes compartidos de estancia con cada uno de los progenitores.

II.2.2.- Acuerdo entre los progenitores

El apartado 4 del art. 92 C.c. permite que la patria potestad sea ejercida total o parcialmente por uno de los cónyuges. Señala este precepto: "Los padres podrán acordar en el convenio regulador o el Juez podrá decidir, en beneficio de los hijos, que la patria potestad sea ejercida total o parcialmente por unos de los cónyuges".

Ya se ha visto anteriormente la confusión en cuanto al concepto de la guarda y custodia debido a los diferentes términos que utiliza el Código civil para referirse a lo que, en principio, parece ser lo mismo. En este caso, cuando el precepto se refiere al "ejercicio total o parcial de la patria potestad", parece que se está refiriendo a la guarda y custodia. Así, lo que se puede deducir del apartado 4 del art. 92 C.c. es que se permite que los progenitores puedan acordar en el convenio regulador que la guarda y custodia sea ejercida de forma unilateral por uno de ellos, o bien de forma compartida por ambos. Esta posibilidad, esto es: que el ejercicio conjunto o individual de la patria potestad sea acordada por los progenitores, se reguló en el Código civil con la reforma introducida por la Ley de 2005. Anteriormente, esta posibilidad no estaba contemplada.

Otra de las novedades introducidas por la Ley de 2005 respecto al acuerdo de los progenitores en cuanto a la adopción de un régimen de guarda u otro, viene contemplada en el apartado 5 del art. 92 C.c. Este apartado no se refiere ya al "ejercicio de la patria potestad", sino al "ejercicio conjunto de la guarda y custodia de los hijos". Esta decisión adoptada por los progenitores en convenio regulador será, en principio, aprobada judicialmente, salvo que el Juez considere que el interés del menor no queda salvaguardado o que éste se protegería mejor de otra forma.

En cuanto a la necesidad de acuerdo o no entre los progenitores para establecer un régimen compartido de guarda y custodia hay dos corrientes bien diferenciadas:

1) Por un lado, los hay que consideran que la necesidad de acuerdo a la que se refieren los apartados 4 y 5 del art. 92, convierten al régimen de guarda y custodia compartida en un régimen excepcional²⁰³. Esta excepcionalidad se derivaría de la imposibilidad de los progenitores de llegar a acuerdos en las situaciones de crisis convivencial. Y, si no hay acuerdo, no hay guarda y custodia compartida.

2) También existen los defensores de que el acuerdo es necesario²⁰⁴ puesto que el régimen de guarda y custodia compartida requiere de una especial colaboración o predisposición por parte de los progenitores. Desde este sector se rechaza la custodia compartida impuesta por el Juez.

La legislación autonómica también se refiere al acuerdo entre los progenitores. En este sentido, en Aragón, Cataluña y Navarra de lo que se trata, de hecho, es de

²⁰³ LÓPEZ ORDIALES, J.J., "Custodia Compartida. Cuestiones procesales" en SARAVIA GONZÁLEZ, M. y GARCÍA CRIADO, J.J., "La jurisdicción de familia: especialización. Ejecución de resoluciones y custodia compartida", Estudios de derecho Judicial, Madrid, 2008, pág. 266.

²⁰⁴En este sentido, www.magdabandera.com/es/hemeroteca/171004vanguardia_mag.htm, donde se señala que Javier Urrea (Defensor del Menor de la comunidad de Madrid desde 1996 a 2001) afirma que "la custodia compartida es lo ideal" "Pero en absoluto se puede aplicar cuando la relación está muy deteriorada". En esta misma línea, Ángela Alemany (expresidenta de la Asociación de Mujeres Juristas Themis) afirma que "En principio nos parece bien que se introduzca el concepto de la custodia compartida. De hecho, ya había jurisprudencia en éste sentido. Pero creemos que sólo debería concederse cuando ambas partes lo soliciten, porque si no hay mutuo acuerdo es difícilmente aplicable. Para compartir la custodia la comunicación entre los dos padres ha de ser muy buena", SERRANO ALONSO, E., *op.cit.*, pág.130.

favorecer este acuerdo. Se intentan establecer mecanismos de resolución pacífica de conflictos, como la mediación familiar, para que los progenitores sean capaces de llegar a un acuerdo con respecto al régimen de convivencia de sus hijos, y demás medidas con relación a los mismos que se deba acordar.

En Navarra, la Ley Foral 3/2011 sobre custodia de los hijos, se refiere a la mediación en el art. 2, el CDFa le dedica su art. 78, mientras que la legislación catalana la regula en el art. 233-6. Lo que sorprende, es que siendo la legislación valenciana la última en el tiempo, no se encuentre, en ella, ninguna referencia a la mediación familiar; aunque lo cierto es que sí se menciona la importancia de los acuerdos entre los progenitores. Así, la exposición de motivos de la ley Valenciana señala que "la presente Ley asume plenamente los presupuestos antes mencionados y, para garantizarlos adecuadamente, considera necesario hacer conscientes a los progenitores sobre la necesidad e importancia de pactar, en caso de ruptura o de no convivencia, un régimen equitativo de relaciones de sus hijos e hijas menores en lo que se ha denominado ~pacto de convivencia familiar~".

En este punto, se debe mencionar que, una de las principales novedades del Anteproyecto de Ley sobre corresponsabilidad parental, es la posibilidad de que el Juez imponga una guarda y custodia compartida en defecto de acuerdo entre los progenitores. Y ello, sin más requisitos que su valoración de los informes de los distintos especialistas así como de cada situación en particular. Según lo establecido en el mencionado Anteproyecto, el Juez podrá establecer un régimen compartido de guarda y custodia si considera que ésta es la menor forma de salvaguarda el interés del menor, atendiendo a las circunstancias de cada caso concreto. No será necesario ni que lo solicite uno de los progenitores, ni el informe favorable del Ministerio fiscal, ni el informe, también favorable, del equipo técnico adscrito a los juzgados de familia.

Las críticas a este Anteproyecto no se han hecho esperar y el Consejo General del Poder Judicial, en su informe de 19 de septiembre de 2013,

no está de acuerdo con la posibilidad de una guarda y custodia compartida impuesta judicialmente.

El Anteproyecto, sí mantiene que, en los casos en los que exista acuerdo entre los progenitores con respecto a régimen de guarda y custodia, éste será, en principio, aprobado judicialmente.

El mencionado Anteproyecto, de hecho, lo que trata es de favorecer los pactos entre los progenitores a través de la figura de la mediación familiar que se estudiará más adelante.

Fuera de nuestras fronteras, también se prevé la posibilidad de que los progenitores lleguen a acuerdos con respecto al cuidado de sus hijos. Francia se refiere a esta posibilidad en los art 372 y ss. de su Código civil, o el art. 144 del Código civil italiano, que se refiere, por ejemplo, a que "las decisiones de mayor interés para los niños deberán ser adoptadas por ambos progenitores".

II.2.3.- Falta de acuerdo entre los progenitores

A falta de acuerdo entre los progenitores con respecto al régimen de guarda y custodia respecto de sus hijos, será de aplicación lo dispuesto en el apartado 8 del art. 92, según el cual: "excepcionalmente, aun cuando no se den los supuestos del apartado cinco de este artículo, el Juez, a instancia de una de las partes, con informe favorable del Ministerio fiscal, podrá acordar la guarda y custodia compartida fundamentándola en que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor". Así, los requisitos que se derivan del mencionado precepto son:

- 1) Que al menos uno de los progenitores solicite el establecimiento de una guarda y custodia compartida.
- 2) Que el Ministerio fiscal emita un informe favorable respecto a este sistema.

3) Que el régimen compartido de guarda y custodia se la mejor forma de garantizar el interés del menor.

El apartado 8 del art. 92 C.c., establece una excepción al requisito del acuerdo entre los progenitores para otorgar la guarda y custodia compartida. Esto es, aunque los progenitores no estén de acuerdo, uno de ellos podrá solicitarla. En este caso, el Juez lo valorará, recabará el informe del Ministerio Fiscal y sólo acordará esta medida si se considera que es la mejor forma de proteger adecuadamente el interés del menor. Constituye, pues, este apartado, la excepción a la regla general y gran novedad de 2005. Se estará, en primer lugar, a lo pactado por los progenitores en el convenio regulador, o bien al acuerdo al que hubieren llegado a lo largo del procedimiento. Si no existiera acuerdo, en principio, procederá la guarda y custodia unilateral o exclusiva, pero si uno de los progenitores lo solicita, se valorará esta proposición y previo informe del Ministerio fiscal, el Juez podrá acordar la guarda y custodia compartida si sólo de ésta forma se salvaguardan mejor los intereses del menor.

Los apartados quinto y octavo son las grandes referencias a la guarda y custodia compartida pero puede que estén en contradicción: primero se exige acuerdo, empero luego se señala, que aunque no haya acuerdo, la guarda y custodia compartida podrá ser solicitada por cualquiera de los progenitores.

La sentencia del Tribunal Supremo de 29 de abril de 2013²⁰⁵, se refiere, precisamente a la necesidad de solicitud de este modelo de guarda por, al menos, uno de los progenitores. Si bien es cierto que como declara el Alto Tribunal "la interpretación de los art. 92.5, 6 y 7 C.c. debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida que se deba tomar, que se acordará cuando concurren criterios tales como la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con sus hijos y el respeto

²⁰⁵ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, nº 257/2013, de 29 de abril (TOL3.711.046).

mutuo en sus relaciones personales; el resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada, aunque en la práctica pueda ser más compleja que la que se lleve a cabo cuando los progenitores conviven. Señalando que la redacción del art. 92 no permite concluir que se trate de una medida excepcional, sino que, al contrario, habrá de considerarse normal e incluso deseable, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea".

La necesidad de que la guarda y custodia compartida deba ser solicitada por, al menos, uno de los progenitores en caso de desacuerdo como requisito indispensable para que el Juez la pueda acordar, ha desaparecido en la regulación dada por el Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental.

Señala el mencionado Anteproyecto que el Juez podrá establecer, "si lo considera necesario para la protección del interés superior de los hijos, el ejercicio compartido de su guarda y custodia cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador, cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento o cuando, no mediando acuerdo, cada uno de ellos inste la custodia para ambos o para sí".

La principal novedad del Anteproyecto viene dada por la eliminación del requisito de que la custodia compartida sea solicitada por al menos, uno de los progenitores. Esto significa, que aunque los progenitores no estén de acuerdo, incluso aunque no la quieran, e incluso no solicitándola ninguno de ellos, el Juez puede imponer este modelo de régimen de convivencia.

La sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de octubre de 2012, aunque se refiere a la inconstitucionalidad del adjetivo "favorable" del preceptivo informe del Ministerio fiscal, señala que "la aplicación judicial

de una custodia compartida no querida por las partes lleva consigo el riesgo de que sus disensiones acaben por perjudicar a los menores en cuyo beneficio se establece, y ello, sin contar con las limitaciones que la imposición de esta medida comporte sobre los derechos de los padres, dado que si bien deben ceder estos derechos en beneficio de los de los hijos, tampoco cabe excluir de antemano que en casos extremos puedan esos derechos llegar a estimarse lesionados".

Realmente, la eliminación de este requisito de solicitud no se entiende muy bien. El Tribunal Constitucional, como se acaba de ver, ya lo rechazó, incluso con anterioridad a la aprobación del Anteproyecto.

Como se ha estudiado hasta ahora, no sólo es necesario que se cumplan los requisitos legales establecidos en el art. 92 C.c., sino que, además, habrá una serie de circunstancias a tener en cuenta a la hora de establecer este régimen. Entre estas circunstancias se han señalado, por ejemplo, las relaciones entre los progenitores, la actitud de los mismos frente a este tipo de régimen, su predisposición a colaborar o no... Y de hecho, estas circunstancias, o algunas de ellas, han sido recogidas por el Anteproyecto. Puede ser difícil comprender que en ocasiones se rechace la guarda y custodia compartida porque no existe una buena relación entre los progenitores, incluso aunque alguno de ellos sí esté de acuerdo con este régimen, para que posteriormente, y según lo dispuesto en el Anteproyecto, el Juez la pueda imponer con independencia de si los progenitores se llevan bien o no, o si están dispuestos a colaborar para que ese régimen de convivencia sea el más beneficioso para sus hijos.

El Consejo General del Poder Judicial en su informe de 19 de septiembre de 2013 al Anteproyecto sobre el ejercicio de la corresponsabilidad, se refiere, entre otras, a esta cuestión: a la guarda compartida impuesta judicialmente.

Destaca este informe que no se trata de que un régimen compartido de guarda y custodia no sea beneficioso para un menor, sino que, si éste se impone a los progenitores, quedará desvirtuado y muchas de sus ventajas, o incluso su verdadera operatividad, se podrá ver truncada, lo cual podría suponer que, en vez de salvaguardar al menor, le perjudique.

Ya lo dijo el Tribunal Constitucional en la mencionada sentencia de 17 de octubre de 2013. Y, recientemente el CGPJ ha seguido esta línea al señalar "no debe pasar inadvertido que si ninguno de los cónyuges estiman pertinente el establecimiento del sistema de guarda conjunta que, por definición, exige de aquéllos una especial predisposición para facilitar que las relaciones con los hijos "in potestate" se desarrollen de manera flexible y fluida, tal dato anuncia 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" . Continúa diciendo el mencionado informe que "si bien la falta de acuerdo no debe considerarse "a priori" insalvable cuando, al menos, uno de los progenitores interese el establecimiento de la guarda y custodia compartida, si ninguno de los padres solicita la implantación de aquel modelo es evidente que descartan esta 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 acompace con la salvaguarda del superior interés del menor".

Lo cierto es que las regulaciones autonómicas ya contienen algunas normas más parecidas a lo que se establece en el Anteproyecto, que a la regulación del Código civil. No se habla, quizás, de guarda y custodia compartida impuesta, pero sí se establece casi como "régimen legal supletorio", en defecto de acuerdo entre los progenitores. Tal es el caso de la Comunidad Valenciana, que en su art. 5 señala que a falta de pacto, el Juez, "como regla general, atribuirá a ambos progenitores, de manera compartida, el régimen de convivencia con los hijos e hijas". Añade

además, que la oposición de uno de ellos no será obstáculo para la adopción de este régimen. Y ¿qué ocurre en caso de oposición por parte de los dos progenitores? Nada dice la Ley valenciana, pero el Juez, en teoría, tratará de establecer un régimen compartido de guarda y custodia.

Realmente, en las legislaciones autonómicas no se habla de si es necesario que lo solicite uno de los progenitores, o ninguno. Simplemente se suele aludir al carácter compartido de las responsabilidades familiares, a la continuidad de las relaciones familiares, etc.

Fuera de nuestras fronteras también se encuentran diferentes opciones. Cabe la posibilidad, de que en caso de desacuerdo entre los progenitores, la guarda y custodia compartida aparezca como régimen legal supletorio, siempre que el interés del menor no se salvaguarde mejor de ninguna otra manera, bien que se exijan determinados requisitos para el establecimiento de este régimen, o bien que el Juez pueda adoptar el que considere más oportuno, teniendo en cuenta las circunstancias del caso concreto y sin que ningún régimen prevalezca sobre el otro.

En Bélgica²⁰⁶, a falta de acuerdo, el Tribunal estudia la posibilidad de que el alojamiento del menor se establezca de forma igualitaria entre cada uno de los progenitores, siempre y cuando así haya sido solicitado por uno de ellos. Es lo que la Ley de 2006 ha denominado *–résidence égalitaire-* constituyendo así una de las principales novedades introducida por la misma. No obstante, y para el caso de que este régimen no sea el más beneficioso para el menor, se establece también la posibilidad de una “residencia no igualitaria”, que vendría a coincidir con la guarda y custodia con carácter exclusivo, y que el Tribunal deberá decidir en resolución motivada.

En Francia, para el caso de no haber acuerdo, el art. 373.2.9 del Código civil Francés, concede facultades al Tribunal de Familia para establecer, si lo considera

²⁰⁶ www.droitbelge.be/codes.asp. Code Civil, Livre I: Des Personnes, Titre IX: De L'autorité parentale.

oportuno, en interés del menor, un sistema de “*résedence alternée*”, incluso aunque ninguno de los progenitores lo haya solicitado o propuesto. También se puede establecer este sistema a modo de prueba durante un tiempo determinado para ver cómo funciona y si el menor se adapta o no a él. Si esta “residencia alterna” se establece de modo temporal, transcurrido ese tiempo, el Juez debe pronunciarse sobre su carácter definitivo o no, o bien señalar cuál es el sistema que se considera más conveniente para salvaguardar al interés más necesitado de protección: el interés del menor.

En Inglaterra y Gales, si no hay acuerdo el Juez dispone de un amplio margen de discrecionalidad y podrá tomar decisiones, denominadas “order”²⁰⁷ en aras a establecer con quién o quiénes va a residir el menor y los contactos que deberá tener con el progenitor con quien no conviva. Así podrá establecer:

- a) “*Contact order*” o régimen de visitas.
- b) “*Residence order*”, podrá ser establecida a favor de dos o más personas aunque no convivan ni entre sí ni con el menor. En este caso, la “orden” deberá especificar los períodos de tiempo durante los cuales el menor residirá en las diferentes viviendas. No obstante, y a pesar de contemplar esta posibilidad, lo cierto es que no es habitual, en la práctica, el establecimiento de éste régimen, prefiriéndose que el menor tenga una residencia fija y estableciéndose un amplio régimen de visitas.
- c) “*Prohibited steps order*” que prohíbe que sobre las materias en ella especificadas, se puedan tomar decisiones sin autorización judicial.
- d) “*Specific issue order*” dirigida a resolver cuestiones específicas que estén relacionadas con cualquier aspecto de la responsabilidad parental.

²⁰⁷ Children Act 1989, Part. II, Section 8 (1).

El Juez puede adoptar todas estas medidas incluso de oficio, aunque no hayan sido solicitadas por ninguno de los progenitores. La justificación de esta regla se desprende de las secciones 1 y 11 del Children Act 1989, ya que de ellas se deriva que los retrasos en la adopción de medidas concernientes a los menores, provocan serios daños en cuanto a su bienestar se refiere.

Por lo que respecta a la legislación italiana²⁰⁸, no se puede afirmar que a falta de acuerdo entre los progenitores la guarda y custodia compartida sea establecida con carácter prioritario, a diferencia de lo que ocurre como se acaba de estudiar en Bélgica o en Francia, pero este tipo de régimen de convivencia, sí será uno por los que podrá optar el Juez. Así, atendiendo a lo dispuesto en el Código civil italiano, tras la modificación operada por la Ley de 54/2006, de 8 de febrero²⁰⁹, las modalidades contempladas en la mencionada norma son las siguientes:

a) “*Affidamento condiviso*”: es la gran novedad introducida por la mencionada Ley de 2006. Permite al Juez regular los efectos de la separación de los cónyuges manteniendo esta modalidad de *-affidamento-*, de manera que se permite que ambos progenitores puedan tener una participación activa en la evolución y desarrollo de sus hijos menores.

b) “*Affidamento congiunto*”: no puede entenderse como una custodia compartida en el sentido de alternancia de residencia del menor, sino que se identifica con una responsabilidad parental conjunta y que a su vez viene a identificarse con la patria potestad del Derecho español. Así tanto en Italia como en España ambos progenitores seguirán siendo titulares de la patria potestad a pesar del cese de la convivencia, manteniendo los mismos derechos y deberes para con sus descendientes menores de edad.

c) “*Affidamento alternato*”: éste sí se identifica con la guarda y custodia compartida en sentido amplio, por lo que exige la alternancia de períodos más o menos iguales del menor con cada uno de sus progenitores. En este caso caben

²⁰⁸ www.altalex.com

²⁰⁹ Legge 8 febbraio 2006, n° 54: Disposizioni in materia di separazione dei genitori e affidamento condiviso del figli.

dos posibilidades: la primera de ellas, que sea el menor el que vaya cambiando de residencia. La segunda que, permaneciendo el menor en la misma residencia, sean sus progenitores los que entren y salgan de ella según los períodos de tiempo establecidos. No obstante, y a pesar de que este régimen está permitido y regulado, la realidad jurisprudencial muestra cierta reticencia por parte de los Tribunales a aplicarlo, salvo en casos muy excepcionales, puesto que considera que esa alternancia no proporciona al menor la seguridad y estabilidad necesarias para su desarrollo emocional.

d) “*Affidamento esclusivo*”: esto es, la atribución de la guarda y custodia a uno sólo de los progenitores.

II.2.4.- Audiencia del menor

Señala el apartado 6 del art. 92 C.c. que "en todo caso, antes de acordar el régimen de guarda y custodia, el Juez, deberá recabar el informe del Ministerio fiscal, y oír a los menores que tengan suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del fiscal, partes o miembros del equipo técnico judicial, o del propio menor, valorar la alegaciones de las partes vertidas en la comparecencia y la prueba practicada en ella, y la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos para determinar su idoneidad con el régimen de guarda".

Se regula así, en este apartado, la llamada "audiencia del menor". Y no se trata de un precepto aislado sino que debe encuadrarse dentro del marco de la protección a los menores y del interés superior de los mismos, de manera que puedan opinar o ser parte en las decisiones que les afecten. Y, lo que es claro, es que en los procesos en los que se decida sobre su guarda y custodia, estará implicado directamente²¹⁰.

Antes de concretar este derecho, se debe recordar que su fundamento hay que buscarlo en el interés superior del menor. La obligación del Juez de oír a los

²¹⁰ ZARRALUQUI SÁNCHEZ EZNARRIAGA, L., "El menor...", *op. cit.*, pág. 42

menores en los casos señalados en la Ley, y con las condiciones que en ella se establecen, constituyen un reflejo del mismo.

Habrá que partir del art. 12 de la Convención de los Derechos del niño según el cual: "los Estados parte garantizarán al niño, que esté en condiciones de formarse un juicio propio, el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan, teniéndose debidamente en cuenta, las opiniones del niño en función de la edad y madurez. Con tal fin, se dará en particular al niño la oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que le afecte, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la Ley nacional".

Como se comentaba, no es el art. 92.6 C.c. un precepto aislado, sino que "debe incardinarse en un contexto más amplio (art. 154 C.c., art. 9 LOPJM, art. 770 LEC, etc.)"²¹¹.

El problema se plantea a la hora de concretar, de materializar, este derecho. Se ha reconocido que el menor tiene derecho a ser oído, pero se deberán concretar los supuestos, así como la forma en que esta audiencia se va a llevar a cabo.

Los requisitos que se desprenden del art. 92.6 C.c. son que el menor tenga suficiente juicio y que se estime necesario por las personas a las que el precepto se refiere.

Por lo que respecta a la suficiencia de juicio, es claro que "la voluntad manifestada por un menor de edad será mayor y más eficaz cuando mayor sea el hijo, además de cuanto más razonable y razonada sea su posición"²¹².

Anteriormente, el art. 92 se refería a la edad de 12 años como criterio para oír a los menores. A partir de esta edad, era preceptivo que fueran escuchados. Con la

²¹¹ MONTERO AROCA, J., FLORES MATÍES, J., ARENAS GARCÍA, R., *Separación y Divorcio tras la Ley 15/2005*, Valencia, 2006, pág. 137.

²¹² ZARRALUQUI SÁNCHEZ EZNARRIAGA, L., "El menor...", *op. cit.*, pág. 43. En este mismo sentido, RIVERO HERNÁNDEZ, F., *op. cit.*, pág. 190 señala que: "no es lo mismo lo que puede decir un niño de ocho años que el de quince, ni tan relevante la opinión y la voluntad de uno u otro, tanto por lo que respecta a las razones que de cómo al valor de su personal deseo u opción".

Ley de 2005 la referencia a esta edad se suprimió, y se adoptó el criterio de la suficiencia de juicio.

Es cierto que según la decisión de que se trate o la opinión del menor que se quiera obtener, son distintos los criterios que se utilizan, o el grado de capacidad de obrar que se le exige. Pero, además, resulta que también hay más factores, que según afirma ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA también deberán tenerse en cuenta, como son: la inteligencia, la educación, formación, ambiente social... Razón por la cual, probablemente la referencia a una edad concreta y determinada a partir de la cual un menor deba ser escuchado no es lo más acertado. Sí es cierto que hay criterios de referencia, pero no determinantes, así SERRANO MOLINA señala, respecto a la edad que los criterios de referencia que suelen utilizarse son, por lo general, los siguientes: "desde los siete hasta los diez u once años comienzan a desarrollar de una forma más clara sus aspectos cognitivos, y es a partir de los doce o trece cuando su testimonio se asemeja más al de un adulto"²¹³. Parece, por tanto, más acertado que se hable de "suficiencia de juicio". Pero, ¿cuándo un menor tiene suficiente juicio?, MONTERO AROCA afirma que el menor tendrá suficiente juicio "siempre que sea capaz de formarse una opinión y expresarla"²¹⁴.

Una vez el menor ha expresado su opinión, ¿qué ocurre?, ¿es vinculante?. Definitivamente el Juez no está obligado a seguir la opinión de lo expresado por el menor²¹⁵. Es cierto, que como señala MONTERO AROCA, el Juez deberá decidir conociendo la opinión del menor, "y ese conocimiento es el derecho del menor y el deber del Juez", pero luego el Juez deberá decidir partiendo siempre de lo que estima que es mejor para el menor²¹⁶. Es un derecho del menor expresar su opinión y un deber del Juez escucharlo, pero eso no implica que el Juez deba

²¹³ SERRANO MOLINA, A., "¿En qué supuestos resulta pertinente la audiencia del menor?", en *La prueba a consulta*, Diario La Ley, nº 7494, 2010, pág. 2.

²¹⁴ MONTERO AROCA, J., *Guarda y custodia de los...*, *op. cit.*, pág., 209.

²¹⁵ ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L., "El menor...", *op. cit.*, pág. 42.

²¹⁶ MONTERO AROCA, J., *Separación y Divorcio...*, *op. cit.*, pág. 137. El mencionado autor, en *Guarda y custodia de los hijos...*, pág. 213, señala que "lo imperativo de la audiencia del menor es la existencia de la misma, pero la opinión que se exprese en ella por el menor no es un imperativo legal.

decidir siempre lo que haya dicho un menor, aunque sí deberá tenerlo en cuenta. Y ello porque, en muchas ocasiones, la voluntad del menor puede venir condicionada o coaccionada por terceros, en general sus propios padres.

Si el menor tiene suficiente juicio, el Juez deberá escuchar su opinión. Sin embargo, esta opinión así como la audiencia del menor en general, deberá estar limitada "a cuestiones pertinentes, que guarden relación con la tutela judicial que se pretende obtener (art. 281 LEC), y útiles, que según reglas y criterios razonables y seguros, puedan contribuir a esclarecer la cuestión sometida a tutela judicial"²¹⁷. O, como señala el art. 9.1 LOPJM: "el menor tiene derecho a ser oído tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo o judicial en que esté implicado y que conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social".

Para que el Juez pueda tener o no en cuenta la opinión del menor, es requisito imprescindible que su audiencia se estime necesaria, y así resulta por imperativo del art. 92.6 C.c. La procedencia o no de la audiencia del menor, como se deriva del art. 92.6 C.c., la determinará el Juez, pero ésta podrá ser solicitada por el Ministerio fiscal, partes o miembros del equipo técnico judicial o del propio menor.

Con carácter general, y dada la redacción del art. 92.6 C.c. que comienza señalando que "antes de adoptar el régimen de guarda y custodia...", se puede entender que la audiencia del menor, así como las circunstancias que posteriormente se mencionan, se tendrán sobre todo en cuenta en defecto de acuerdo entre los progenitores.

La redacción de este apartado 6 del art. 92 C.c. parece referirse más a aquellos supuestos en los que los progenitores no han alcanzado un acuerdo, o éste no ha sido aprobado judicialmente. Pues, en el caso de haber acuerdo, y que éste haya sido aprobado por el Juez, no será necesario, con carácter general, ni audiencia del menor, ni que el Juez entrar a valorar las relaciones entre los progenitores. En este

²¹⁷ ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L., "El menor...", *op. cit.*, pág. 42.

sentido, afirma ZARRALUQUI SÁCHEZ-EZNARRIAGA que "en los pleitos matrimoniales se restringe a los supuestos en que no haya acuerdo entre los progenitores, o sea, a que sea el Juez el que tenga que adoptar las medidas", así, "cuando parece más lógica la audiencia y menos limitada su extensión, es cuando existen discrepancias entre los padres"²¹⁸.

La redacción del art. 770 LEC también parece dar a entender que la audiencia de los menores tendrá lugar en los supuestos en los que no haya habido acuerdo entre los mismos. Señala el apartado 4º del art. 770 LEC que: "... si el procedimiento fuere contencioso y se estima necesario de oficio o a petición del fiscal, partes o miembros del equipo técnico judicial o del propio menor, se oirá a los hijos menores o incapacitados si tuviesen suficiente juicio y, en todo caso, a los mayores de doce años". Sin embargo, el apartado 5 del art. 777 LEC, refiriéndose a los supuestos de mutuo acuerdo, señala que "si hubiera hijos menores o incapacitados, el Tribunal recabará el informe del Ministerio fiscal sobre los términos relativos a los hijos y oirá a los menores si tuvieran suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del fiscal o partes o miembros del equipo técnico judicial o del propio menor.

En cuanto a la forma en que la audiencia del menor deberá practicarse, habrá que acudir a lo dispuesto en el art. 9.1 LOPJM, según el cual: "en los procedimientos judiciales, las comparencias del menor se realizarán de forma adecuada a su situación y al desarrollo evolutivo de éste, cuidando de preservar su intimidad".

Lo que está claro es que el menor, como persona, tiene derecho a que su opinión se tenga en cuenta en aquellos casos en los que se vayan a adoptar decisiones que le puedan afectar. Esa opinión tendrá mayor grado de vinculación a mayor edad del menor. En cualquier caso es una persona, sobre la que se va a adoptar una decisión, y respecto de la cual se deberán adoptar una serie de cautelas que garanticen el cumplimiento de este derecho. De lo que se trata es de que el menor no quede excluido del proceso por razón de su edad, y menos aún, cuando se trata de un proceso que versa sobre su custodia. Se trata de dar una mayor participación

²¹⁸ *Ibidem*, pág. 50.

al menor en los procesos familiares y ello siempre que se considere que esto es lo más beneficioso para él. El Juez no estimará la audiencia de un menor si considera que puede no ser buena para el mismo.

Así, como se ha estudiado la audiencia del menor queda condicionada a que el Juez lo estime necesario. Por tanto, al requisito de la suficiencia de juicio, se le añade que el Juez lo considere oportuno. Si no lo considera así, el apartado 3 del art. 9 LOPJM, señala que "la denegación de la audiencia será motivada y comunicada al Ministerio fiscal". Y ello porque, como afirma AGURTZANE GOIRIENA "el Juez deberá explicitar las razones por las cuales no considera necesario o pertinente escuchar la opinión de un menor con respecto a una cuestión que le afecta sobremanera, como es con cuál de los progenitores va a convivir o si lo hará de forma alterna en régimen de guarda compartida, o el régimen de visitas con el otro progenitor"²¹⁹.

II.2.5.- Intervención del Ministerio fiscal y del Equipo Técnico: valor de los informes periciales

Al informe del Ministerio fiscal se refiere el art. 92.8 C.c., señalando que para que el Juez pueda establecer una guarda y custodia compartida en defecto de acuerdo entre los progenitores será necesario, entre otros requisitos, "el informe favorable del Ministerio fiscal". Sin embargo, el calificativo "favorable" del mencionado informe, ha sido declarado inconstitucional por el Tribunal Constitucional en sentencia de 17 de octubre de 2012²²⁰.

La cuestión de constitucionalidad es planteada por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Gran Canaria, por posible contradicción del art. 92.8 C.c. con los art. 14, 24, 39 y 117.3 CE.

²¹⁹ AGURTZANE GOIRIENA, L., "La suficiencia de juicio del menor y el criterio de oportunidad en los procesos de separación y divorcio", Diario La Ley, nº 2823, 2007, pág. 4.

²²⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional, nº 185/2012, de 17 de octubre (TOL2.675.044).

Señala la mencionada sentencia que "la duda sobre la constitucionalidad proviene únicamente del adjetivo "favorable" que se añade a la exigencia del preceptivo informe del Ministerio fiscal... y a cuya existencia se supedita la decisión jurisdiccional de acordar la guarda y custodia compartida como un prius o un requisito de procedibilidad sin que el Juez o Tribunal no pueden Juzgar". No se está cuestionando, pues, la necesidad del informe del Ministerio público. Sólo si el hecho de que éste sea favorable o no a una guarda y custodia compartida puede condicionar la decisión del Juez.

La inconstitucionalidad del mencionado adjetivo, "favorable", viene determinada porque según el Tribunal Constitucional "supeditar el examen de la idoneidad de la custodia compartida a que el Ministerio fiscal se muestre favorable a ella, no resulta razonable ni deriva de la función constitucional del Ministerio fiscal. Exigencia que se entiende contraria al derecho a la tutela judicial efectiva que consagra el art. 24.1 CE, pues condiciona el derecho de la parte que la solicita a obtener un pronunciamiento de fondo por parte del órgano judicial a un informe favorable del Ministerio público". La doctrina ya se había planteado la posible inconstitucionalidad de este calificativo que el art. 92. 8 exigía al informe del Ministerio fiscal²²¹.

Superada la cuestión de la preceptividad del informe del Ministerio fiscal y la no necesidad de que éste sea favorable a un régimen de guarda y custodia compartida, señala el Tribunal Constitucional que en cualquier caso, "el régimen de custodia, sea o no compartida y exista o no acuerdo parental, debe adoptarse siempre, considerando cuál sea la situación más beneficiosa para el niño; y si bien se confiere a los progenitores la facultad de autorregular tal medida y el Ministerio fiscal tiene el deber de velar por la protección de los menores en este tipo de procesos, sólo al órgano judicial le corresponde la facultad de resolver el conflicto que se le plantea, pues exclusivamente él tiene encomendada constitucionalmente la función jurisdiccional".

²²¹ CAMPO IZQUIERDO, L., *op. cit.*, pág. 3, HERNANDO RAMOS, S., "El informe del Ministerio Fiscal en la guarda y custodia compartida", Diario La Ley nº 7206, La Ley 12953/2009, pág. 3.

Además del informe del Ministerio fiscal, que sigue siendo preceptivo aunque no necesariamente ha de ser favorable, señala el art. 92.9 C.c. que "el Juez..., de oficio o a instancia de parte, podrá recabar el informe de especialistas debidamente cualificados, relativo a la idoneidad de la patria potestad y del régimen de custodia de los menores.

Respecto a estos informes, señalar, que el Juez no queda vinculado por los mismos. Las razones podrían ser las mismas por las que no queda vinculado por el informe del Ministerio fiscal, aunque sí que es cierto que como afirma MONTERO AROCA "se trata claramente de un medio de prueba"²²². Continúa diciendo el mencionado autor que "el que se atribuya a los informe periciales notable valor probatorio, no significa que existan sentencias en las que la decisión final se separa de lo "aconsejado" por los peritos. Es cierto que el informe pericial servirá al Juez y le ayudará a tomar la decisión, sobre todo por tratarse de peritos expertos e independientes que, aplicando sus conocimientos técnicos, se refieren normalmente a la "psicología infantil y a otras ramas del conocimiento relativas a las relaciones interpersonales"²²³.

Estas pruebas periciales quedarán sujetas a las normas de la LEC. Baste recordar que como afirma FÁBREGA RUIZ "la prueba pericial constituye un medio probatorio a través del cual una persona con conocimientos especializados, técnicos, artísticos, científicos, etc., que el órgano judicial no posee, aporta los mismos al proceso con el fin de auxiliar al Juez en la toma de una decisión para resolver el asunto sometido a su valoración"²²⁴.

Con respecto a quién puede solicitar el mencionado informe el Código civil es claro: tanto el Juez de oficio, como el propio Juez pero a instancia de parte, que podrá ser bien el Ministerio fiscal, cualquiera de los progenitores, o incluso abuelos u otros parientes que pudieran encontrarse personados en el procedimiento.

²²² MONTERO AROJA, J., *Guarda y custodia de los hijos... op. cit.*, pág. 217.

²²³ *Ibidem*

²²⁴ FÁBREGA RUIZ, C.F., "La actuación de psicólogos y trabajadores sociales en los procedimientos judiciales", *Diario la Ley*, nº 6247, 2005, pág. 1.

La norma relativa a estos dictámenes no es del todo uniforme por lo que respecta a las comunidades autónomas y el régimen del Código civil. En Aragón y en Cataluña nada se menciona con respecto al dictamen de los especialistas. En la Comunidad Valenciana, el art. 5. Se limita a decir que "será la autoridad judicial, previa audiencia del Ministerio fiscal, la que fijará..." Se refiere, sólo, a la audiencia del Ministerio fiscal, nada dice de si queda el Juez vinculado por lo que en ella se exponga; y nada dice del dictamen de especialistas. En Navarra, sin embargo, la Ley Foral se refiere, no sólo a la audiencia del Ministerio fiscal, sino también "a los dictámenes y audiencias que estime necesario recabar, cuando así convenga a los intereses de los hijos".

El Anteproyecto sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental que se viene comentando, nada dice con respecto a la necesidad o no de estos dictámenes.

II. 2.6.- Resolución judicial

En última instancia la decisión corresponde al Juez²²⁵, que debe de decidir atendiendo siempre al principio del superior interés del menor y dando cumplimiento a los requisitos del art. 92 C.c. que se han ido estudiando. Así, se deriva del art. 91 C.c. al establecer que "en las sentencias de nulidad, separación o divorcio, o en ejecución de las mismas, el Juez, en defecto de acuerdo entre los cónyuges o en caso de no aprobación del mismo, determinará conforme a lo establecido en los artículos siguientes las medidas que hayan de sustituir a la ya adoptadas con anterioridad en relación a los hijos, vivienda familiar...".

En este mismo sentido, señala el Tribunal Supremo, que "esta normativa debe completarse con lo establecido en el art. 91 C.c., que permite al Juez una amplia facultad para decidir cuál debe ser la solución adecuada a la vista de las pruebas que obran en su poder, de modo que en los pronunciamientos judiciales sobre

²²⁵ GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. *La concreción...*, *op. cit.*, pág. 23.

menores no rige el principio dispositivo, tal y como se afirma en la exposición de motivos de la vigente Ley de Enjuiciamiento civil y regulado en el art. 752.1.2 LEC. Además, en relación con la guarda compartida, el art. 96.2 C.c., establece que el Juez debe valorar las alegaciones de las partes "vertidas en la comparecencia y la prueba practicada en ella, y la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos para determinar su idoneidad con el régimen de guarda"²²⁶.

Las reglas para determinar el régimen de guarda serán las siguientes:

- Si hay acuerdo entre los progenitores éste será aprobado judicialmente salvo que el Juez considere que no ha quedado protegido el interés superior del menor (art. 92.5 C.c.).
- Si no hay acuerdo entre los progenitores, será de aplicación lo dispuesto en el apartado 8 del mencionado art. 92 C.c. El Juez decidirá dependiendo de si se dan los requisitos del mencionado precepto.

Ya se estudiado, cuando se hablaba de los supuestos en los que no hubiera acuerdo entre los progenitores con respecto a la guarda y custodia, que se ha declarado inconstitucional el requisito inicialmente previsto por la Ley de 2005 con respecto al informe favorable del Ministerio fiscal. Como se acaba de estudiar ya no es necesario el informe favorable del ministerio público con lo que se podría decir que el Juez tiene más responsabilidad que nunca.

En cuanto a esta decisión del Juez en caso de desacuerdo, se debe de recordar que no rige en estos casos el principio dispositivo a que se refiere el art. 216 de la LEC debiendo regir lo dispuesto por el art. 751 del mismo cuerpo legal. Así se recoge también en la exposición de motivos de la LEC, al tratarse de un procedimiento especial en el que, además, se tendrán en cuenta muy especialmente los intereses de los menores.

²²⁶ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, nº 614/2009, de 28 de septiembre (TOL1. 723.158). En este mismo sentido, Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, nº 144/2013, de 4 de junio (TOL3. 794.621), Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, nº 195/2013, de 14 de mayo (TOL3.787.230).

Cabe plantearse, teniendo en cuenta que es el Juez el que va a decidir, que no es necesario el informe favorable del Ministerio fiscal, y que si bien los informes psicosociales ayudan al Juez pero tampoco son vinculantes, el Juez puede decidir lo que estime conveniente, atendiendo siempre a estos informes, que igualmente deberá recabar, y, por supuesto, salvaguardando el interés del menor, con independencia de si hay acuerdo entre los progenitores o de si en caso de no haberlo, el régimen de guarda y custodia no es solicitado por ninguno de ellos.

Las cuestiones que se suscitan son dos:

1) ¿Puede el Juez establecer una guarda y custodia compartida cuando los progenitores han acordado una custodia individual a favor de uno sólo de los progenitores? ¿Y si considera que esta medida no salvaguarda el interés del menor? Lo cierto es que cuestión no es más que retórica porque ya se ha ido observando que, a pesar de que parece ser que la tendencia está cambiando, sobre todo a partir de la jurisprudencia asentada por el Tribunal Supremo, lo cierto es que, por regla general, los pactos entre los progenitores con respecto a la guarda y custodia de los hijos sí se aprobarán judicialmente. De hecho se fomenta la cultura del pacto entre los progenitores en este sentido. En cualquier caso y, dando respuesta a la segunda pregunta, toda decisión vendrá condicionada por el interés superior del menor.

2) Si no hay acuerdo entre los progenitores ¿puede el juez establecer una guarda y custodia compartida justificándola en que sólo de esta forma se protege mejor el interés del menor? La respuesta es que no. Y ello porque aun a pesar de que no rige el principio dispositivo y aunque el Juez deberá velar por el cumplimiento del interés del menor, el art. 92.8 señala claramente que será necesario que este tipo de custodia sea solicitada por al menos uno de los progenitores. Así lo establece el Tribunal Supremo en sentencia de 28 de mayo de 2013 al señalar que "la adopción de la medida de la guarda conjunta exige la petición de parte"²²⁷, de ambos progenitores o de uno de ellos, en sentencia de 3 de junio de 2013, el Tribunal Supremo permite acordar este tipo de guarda -refiriéndose a la guarda compartida-

²²⁷ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, nº 214/2013, de 28 de mayo (TOL3. 794.111)

a instancia de una de las partes"²²⁸. En sentencia de 19 de abril de 2012 el Alto Tribunal no acuerda un régimen de guarda y custodia compartida porque no había sido solicitada por ninguno de los progenitores y, en consecuencia, no se había vulnerado ni el apartado 5, ni el apartado 8 del art. 92 C.c.²²⁹.

Se puede decir, por tanto, que si bien es cierto que no regirá en estos supuestos el principio dispositivo y que el Juez tiene una mayor facultad de decisión, tras la declaración de inconstitucionalidad de la necesidad de que hubiera un informe favorable del Ministerio fiscal, los requisitos legales deben ser siempre cumplidos por lo que, en defecto de acuerdo, la única posibilidad de que sea establecida una guarda y custodia compartida es que sea solicitada por, al menos, uno de los progenitores y el Juez advierta que esta es la mejor forma de garantizar el principio del interés superior del menor.

La legislación del Código civil dista, una vez más, de la las legislaciones autonómicas. Así, en el Código Foral aragonés, si bien es cierto que su art. 80 se refiere a que la guarda y custodia compartida podrá ser solicitada por uno o los dos progenitores, también afirma que el Juez "adoptará de forma preferente la custodia compartida en interés de los hijos menores, salvo que la custodia individual sea más conveniente", y ello con independencia de si los progenitores la han solicitado o no. De hecho señala en el apartado 5 del mencionado precepto que "la objeción a la custodia compartida de uno de los progenitores que trate de obtener la custodia individual, no será base suficiente para considerar que la custodia compartida no coincide con el mejor interés del menor". En el mismo sentido se pronuncia la legislación valenciana que, en sede de medias judiciales y a falta de acuerdo entre los progenitores, también señala que el Juez, como regla general, "atribuirá a ambos progenitores de manera compartida, el régimen de convivencia con los hijos e hijas menores de edad".

A caballo entre lo dispuesto en el Código civil y en las Leyes aragonesa y valenciana, se encuentra la legislación navarra. Ésta señala en su art. 3.3, que "el

²²⁸ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, nº 162/2013, de 3 de junio (TOL3. 793.044)

²²⁹ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, nº 229/2012, de 19 de abril (TOL2. 532.886)

Juez decidirá sobre la modalidad de custodia más conveniente para el interés de los hijos menores, teniendo en cuenta la solicitud que haya presentado cada uno de los padres, y atendiendo, además de a lo dispuesto en esta Ley Foral, a los siguientes factores...". Así, se diferencia de lo dispuesto en el Código civil, en que en ningún sitio se establece la necesidad solicitud de custodia compartida por parte de los progenitores, sino que, simplemente, el Juez deberá tener en cuenta "la solicitud de cada uno de los padres", no se dice que ésta sea vinculante. Pero tampoco señala que se adoptará de forma preferente la guarda y custodia compartida, razón por la cual se diferencia de lo señalado en Aragón y Valencia.

El art. 233-10 de la Ley catalana, no establece una guarda y custodia compartida en defecto de acuerdo entre los progenitores, como en Aragón y Valencia. Sin embargo, aunque no se imponga por Ley ningún modelo en concreto de guarda y custodia, sí señala el mencionado precepto que la autoridad judicial deberá determinar el régimen de guarda "atendiendo al carácter conjunto de las responsabilidades parentales". Parece, pues, que se prioriza la guarda y custodia compartida frente a la individual, pero no se exige por Ley como régimen legal supletorio en defecto de acuerdo.

De producirse una modificación del art. 92 C.c. en el sentido al que se refiere el Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental, no se puede decir que la guarda y custodia compartida vaya a tener un carácter preferente frente a la custodia individual. Sin embargo, sí quedaría eliminado otro de los requisitos legales que, hasta ahora, podían impedir el establecimiento de un régimen compartido de guarda y custodia por parte del juez en defecto de acuerdo entre los progenitores.

Como se ha estudiado, el régimen legal del art. 92 C.c., exige, cuando no hay acuerdo entre los progenitores, el informe (ya no favorable) del Ministerio fiscal, y que el régimen de guarda compartida haya sido solicitado por, al menos, uno de los progenitores. Eliminada, como se ha estudiado, la obligatoriedad del informe favorable del Ministerio fiscal por la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de octubre de 2012, resta el

requisito de la solicitud por parte de uno de los progenitores. Así, el mencionado Anteproyecto de Ley señala en el art. 92 Bis 1 que, "el Juez podrá acordar, en interés de los hijos, que su guarda y custodia sea ejercida por uno solo de los progenitores o por los dos, de forma compartida. Podrá establecer, si lo considera conveniente para la protección del interés superior de los hijos, el ejercicio compartido de su guarda y custodia, cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador, cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento o cuando, no mediando acuerdo, cada uno de ellos inste la custodia para ambos o para sí.

Es cierto que, como se ha observado, la regulación de la guarda y custodia del Código civil no favorece, en absoluto, al establecimiento de regímenes compartidos de guarda y custodia, y ello, sobre todo, por los impedimentos legales que se acaban de comentar. Sin embargo, aun eliminados estos requisitos legales, y si la redacción del art. 92 C.c. quedara tal y como se establece en el Anteproyecto de Ley, no se puede decir que, como se ha venido prometiendo por parte del Ministerio de Justicia, la nueva regulación vaya a favorecer la adopción de la guarda y custodia compartida.

Es cierto que, desde Justicia, se dice que no se pretende que ningún régimen tenga carácter preferente frente al otro, y así se ha plasmado en la propia redacción del Anteproyecto, pero también lo es que la exposición de motivos del mencionado Anteproyecto parece dar a entender, que si bien no habrá preferencias entre un régimen compartido o individual de custodia, sí se deberá determinar este régimen atendiendo al carácter compartido de las responsabilidades parentales, esto es, a la responsabilidad parental. El propio nombre del Anteproyecto así lo indica. Sin embargo, y a pesar de su exposición de motivos, luego, en el articulado del Anteproyecto, concretamente en el art. 92 BIS, no se aprecia este matiz.

Se podría considerar, que como el Anteproyecto modifica el ejercicio de la responsabilidad de manera que se entiende que éste es compartido, con independencia de si los progenitores viven juntos o no, el Juez, para determinar el régimen de guarda y custodia deberá partir de este supuesto. Sin embargo, no se entiende muy bien que después de 8 años de críticas a la reforma operada a través de la Ley de 2005, no se dé un paso más hacia adelante en este sentido y, al regular el régimen de guarda y custodia, no se reitere y se señale expresamente el "nuevo" carácter de compartido del ejercicio de la responsabilidad parental.

La crítica que se le podría hacer a la regulación del Anteproyecto en cuanto a la decisión judicial en defecto de acuerdo entre los progenitores, es que, si aun a pesar de que la guarda y custodia compartida no ha sido solicitada por ninguno de los progenitores, el Juez la puede adoptar, implicaría que se está imponiendo a los progenitores un régimen de estancia y convivencia con sus hijos que ni quieren, ni han solicitado. Tratándose de un sistema, se podría decir, que requiere de una especial colaboración entre los progenitores, podría resultar, quizás, contraproducente, el establecimiento de este régimen por parte del Juez.

II.3.- VIVIENDA Y GASTOS EN RÉGIMEN DE GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA

II.3.1.- La vivienda familiar

La atribución del uso de la vivienda y ajuar familiar se encuentra regulada en los art. 90 a 96 C.c. De estos preceptos se desprende que en los casos de nulidad,

separación y divorcio²³⁰ la vivienda se atribuirá a los hijos y al progenitor en cuya compañía queden (ex art. 96 C.c.). No obstante, si los progenitores estuvieren de acuerdo, podrán establecer en el convenio regulador a que se refiere el art. 90 C.c., que la vivienda sea atribuida al otro progenitor. Todo ello, sin perjuicio de que este acuerdo quede aprobado judicialmente, y con carácter general así se hará, siempre y cuando no perjudique al interés del menor.

El primer párrafo del art. 96 C.c., con respecto a la atribución de la vivienda señala que "en defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por el Juez, el uso de la vivienda y de los objetos de uso ordinario en ella corresponden a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden". Dicción perfectamente válida y aplicable a los supuestos de guarda y custodia exclusiva o unilateral, esto es a aquellos supuestos en los que los hijos permanecen la mayor parte del tiempo con uno sólo de los progenitores. Pero, ¿qué ocurre en los supuestos en los que el tiempo que cada progenitor está con sus hijos es más o menos igualitario?

Ya se ha comentado en repetidas ocasiones que hasta 2005 ni si quiera estaba regulada en ningún texto legal la posibilidad de que la distribución del tiempo de los hijos menores con sus progenitores fuera equitativa. Sin embargo, y así se ha estudiado, con la ya mencionada Ley de 2005 se introduce por primera vez en un texto legal esta posibilidad modificando el art. 92 C.c. La reforma operada a través de la Ley de 2005 ha sido a todas luces insuficiente, y no sólo porque el legislador fue tímido a la hora de modificar el art. 92 C.c. relativo a la guarda y custodia, como ya se ha estudiado; sino porque se debería haber aprovechado aquella Ley para abordar los temas relativos a la atribución de la vivienda familiar y los gastos en los casos de cese de la convivencia de los progenitores y, sin embargo no se hizo²³¹. La situación actual, por tanto, según el régimen del Código civil y por lo que respecta a la vivienda, no prevé el supuesto de que los menores no queden sólo en compañía de un progenitor.

²³⁰ Aunque del Código civil se refiera a los casos de "nulidad, separación y divorcio", deberemos incluir todos aquellos en los que con independencia de la existencia o no de vínculo matrimonial, existan dos progenitores con un hijo menor en común cuya convivencia ha cesado o bien no ha existido.

²³¹ MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, T., *op. cit.*, pág. 11.

La realidad que se observa es que a partir de 2005, a través de los cambios introducidos en el art. 92 del C.c., cabe la posibilidad de que la guarda y custodia sobre los hijos menores sea ejercida de forma compartida entre ambos progenitores y no sólo individualmente por uno de ellos como se venía haciendo hasta la fecha. Sin embargo, según el art. 96 del C.c.: "el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario en ella corresponden a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden". ¿Y si los hijos menores están alternativamente en compañía de uno y otro progenitor por haberse establecido una guarda y custodia compartida? El Código civil nada dice al respecto.

Se puede afirmar que el régimen de guarda y custodia que se establezca es muy importante, pues de él pueden depender en muchas ocasiones el resto de circunstancias, como por ejemplo el pago de los gastos y alimentos de los hijos, la atribución de la vivienda familiar, etc. Esto es, si los hijos pasan la mayor parte del tiempo con un progenitor, el otro deberá abonar una cantidad, que suele ser mensual, para los gastos ordinarios de los hijos. Si, por ejemplo, el tiempo de estancia con cada progenitor se reparte, es posible que los gastos también "se repartan" y que cada progenitor abone los gastos que se generen mientras sus hijos permanezcan en su compañía²³². Lo mismo puede ocurrir con la vivienda, y ahora se verán las distintas posibilidades.

Estas posibilidades son variadas porque siempre dependerá del caso concreto y, por supuesto, del interés del menor, pero cuando la guarda y custodia es compartida determinar la atribución del uso de la vivienda familiar no suele ser tan fácil como seguir las reglas del Código civil para el caso de una custodia individual.

Han sido los Juzgados y Tribunales los que han tenido que determinar el modo y forma de ejercer la guarda y custodia y todas las consecuencias derivadas de la misma, entre otras, la atribución de la vivienda y ajuar familiar.

²³² Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, nº 278/2010, de 29 de abril (TOL1.912.721), Sentencia de la Audiencia Provincial de Oviedo, nº 174/2010, de 17 de mayo (TOL1.890.592).

Desde que comenzaron a dictarse sentencias en las que se atribuía la guarda y custodia compartida, las posibilidades de adjudicación de la vivienda familiar cambian. Si los progenitores están de acuerdo²³³ con respecto a qué van a hacer con la vivienda, y aplicando el principio del superior interés del menor, este acuerdo se aprobará judicialmente siempre y cuando no contravenga los intereses de los menores. En el caso en el que los progenitores no se pongan de acuerdo las posibilidades, con carácter general, son tres: que la vivienda se atribuya a un progenitor o al otro, siendo los hijos los que cambien de residencia; o la los hijos, siendo éstos los que permanecerían en la vivienda y los padres los que entrarán y salieran de ella²³⁴. En el caso de que cada uno de los progenitores habite en una vivienda diferente se procurará que éstas estén relativamente cerca, para que el menor pueda seguir relacionándose con sus padres sin tener que desvincularse de su barrio²³⁵. Además, cada progenitor procurará que el menor tenga su propio espacio en cada una de las casas proporcionándole así más estabilidad. Será igualmente necesario que en cada una de las viviendas el menor cuente con lo indispensable para la vida diaria facilitando de esta manera la alternancia de un hogar a otro. Así, es recomendable que el menor pueda disponer en ambas viviendas de aquello que más utiliza como lo indispensable para su higiene personal, algo de ropa íntima, etc.

Es cierto que el Código civil no contiene normas relativas a la atribución de la vivienda para los casos en los que la guarda y custodia de los hijos sea ejercida de modo alternativo entre los progenitores. Sin embargo, las Leyes autonómicas que regulan la guarda y custodia compartida sí. Es el caso, como se ha venido estudiando hasta ahora de las Leyes de Aragón, Cataluña y Valencia.

²³³ Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares, nº 42/2009, de 10 de febrero (TOL1.492.656), Sentencia de la Audiencia Provincial de León, nº60/2009, de 25 de febrero (TOL1.490.981), Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, nº 79/2002, de 5 de febrero (TOL1.188.738), Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, nº 557/2006, de 18 de octubre (VLEX-373860).

²³⁴ Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, nº 612/2010, de 20 de mayo (TOL1.920.107) y Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, nº 462/2010, de 23 de junio (TOL1.920.107).

²³⁵ En este sentido, LUQUE JIMÉNEZ afirma que el principio *favor filii* "puede concretarse en el criterio de mantener la estabilidad del menor en su mismo entorno social y escolar para no someterlo a cambios radicales de la misma, ya que su estabilidad es importante para su desarrollo". LUQUE JIMÉNEZ, M^a del C., *La atribución del derecho de uso de la vivienda familiar en situación de crisis matrimonial*, Madrid, 2012, pág. 58.

La Ley valenciana, por ejemplo, regula la atribución de la vivienda en su art. 6. Las reglas que se desprenden de este precepto dependen de la existencia o no de acuerdo entre los progenitores. Son las siguientes:

1) Si hay acuerdo entre los progenitores respecto a la atribución de la vivienda, éste se aprobará judicialmente, salvo que contradiga el interés del menor. En el mismo sentido se pronuncian las legislaciones aragonesa (art. 81) y catalana (art. 233.20.7), así como el régimen general del Código civil (art. 96).

2) El problema se plantea en los casos en los que no existe acuerdo entre los progenitores. Y, según lo dispuesto en el mencionado art. 6 de la legislación valenciana, el régimen será el siguiente:

A) Lo primero que se debe tener en cuenta para atribuir la vivienda familiar es "lo que sea más conveniente para los hijos". Ello supone, tal y como ocurre con todas las normas que puedan afectar a la vida de los hijos menores, que siempre deberá prevalecer el interés superior del menor. Sin embargo, partiendo siempre de la base de que los menores son los más necesitados de protección, y más aun en los casos de ruptura de la convivencia de sus progenitores, la principal novedad con respecto a la regulación del Código civil es que si bien en el art. 96 del mencionado texto legal, la vivienda se atribuye directamente a "los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden", la legislación valenciana, como se acaba de observar, omite la referencia a la compañía de cualquier progenitor limitándose a referirse únicamente al interés del menor. La atribución de la vivienda ya no queda, por tanto, condicionada a la compañía de uno u otro progenitor, puesto que se presupone, que ésta ha quedado repartida entre ambos.

En el mismo sentido se pronuncia la legislación aragonesa que, en su art. 81, señala que en los casos de guarda y custodia compartida, a falta de acuerdo entre los progenitores, la atribución de la vivienda familiar vendrá determinada por el "interés para las relaciones familiares", esto es, por el interés del menor, y de éste para relacionarse con sus progenitores y con el resto de familiares.

B) Salvaguardado el interés del menor, lo que sea mejor para los hijos y para las relaciones familiares, la Ley valenciana señala en el último inciso del párrafo primero del art. 6 que la vivienda familiar se atribuirá "al progenitor que objetivamente tuviere mayores dificultades de acceso a otra vivienda". En el mismo sentido se pronuncian las legislaciones aragonesa y catalana en los art. 7.1 y 233-20.3 respectivamente.

Esta regla constituye la segunda novedad respecto a la regulación del Código civil. Como ya se ha visto, primero se ha omitido la referencia a la compañía de un progenitor (parece obvio porque se suele referir a los supuestos de guarda y custodia compartida, pero seguidamente se verá que no), y ahora se introduce la referencia al progenitor que, quizá se pueda decir, necesite de una mayor protección del ordenamiento jurídico por tener más dificultades a la hora de acceder a otra vivienda.

Esta preferencia de atribución de la vivienda familiar al progenitor que tenga las dificultades a que la Ley se refiere puede tener diferentes consecuencias, sobre todo económicas, dependiendo de si la vivienda es privativa del progenitor al que no se le ha atribuido su uso, o es común de ambos progenitores. A estos supuestos se refiere el párrafo segundo del art. 6.1 de la Ley valenciana. El mencionado precepto reza lo siguiente: "en el caso de atribuirse la vivienda a uno de los progenitores, si ésta es privativa del otro progenitor o común de ambos, se fijará una compensación por la pérdida del uso y disposición de la misma a favor del progenitor titular o cotitular no adjudicatario..." Continúa diciendo el mencionado precepto que "tal compensación podrá ser computada, en todo o en parte, como contribución a los gastos ordinarios..."

La legislación aragonesa, por su parte, no hace distinción alguna respecto a la titularidad privativa o común de la vivienda; no así la catalana que en el apartado 7 del art. 233-20 señala que si la vivienda "pertenece en todo o en parte al cónyuge que no es beneficiario, debe ponderarse como contribución en especie para la fijación de los alimentos de los hijos y la prestación compensatoria que eventualmente devengue el otro cónyuge".

La redacción de la legislación valenciana podría llevar a confusión al referirse a una "compensación por la pérdida del uso y disposición". Puesto que la utilización del término "compensación" puede llevar a diferentes interpretaciones.

No debe entenderse en el sentido técnico y legal de compensación de deudas a que se refieren los art. 1195 y sig. C. c., sino a compensación en el sentido de reparar un daño por la pérdida o privación de un derecho. Así, se tratará de reparar un daño y no de compensar una deuda. No se debe, entonces, interpretar el término compensación en el sentido jurídico, sino en los términos amplios en los que queda definida por el diccionario de la R.A.E. que entiende que compensación es "dar o hacer un beneficio en resarcimiento de un daño, perjuicio o disgusto que se ha causado".

El progenitor no adjudicatario sufre, en consecuencia, un perjuicio por perder el uso y disposición de la vivienda, perjuicio que la Ley valenciana cuantifica en "las rentas pagadas por alquileres de viviendas similares en la misma zona", se puede decir que el progenitor que abandona la que hasta ese momento era la vivienda familiar, de lo que es titular es de un derecho cuantificable económicamente. Lo que tampoco aclara la Ley valenciana es quién será el deudor del derecho que surge a favor del otro progenitor como consecuencia de la no atribución, ni tampoco, si este derecho, ahora ya cuantificado, se podrá, entonces, compensar, jurídicamente hablando, cuando acreedor y deudor sean recíprocamente acreedores y deudores el uno del otro y se den los requisitos de la compensación establecidos en el art. 1195 del C.c.

No se sabe quién es el deudor porque la Ley tampoco lo aclara. Lo que la Ley menciona es que ese derecho económico (o compensación, como dice la Ley), puede ser computado "como contribución a los gastos ordinarios..." Ahora el problema es determinar qué se deberá entender por gastos ordinarios y por contribución a los mismos.

Se podría decir que los gastos ordinarios son los derivados del uso habitual de la vivienda, como puede ser el agua, la luz, etc. Sin embargo esta es una opción que se descarta ya que la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales parece que está

mayoritariamente de acuerdo en que estos gastos sean pagados únicamente por quien efectivamente la disfruta²³⁶. Por tanto, como el progenitor no adjudicatario no debe, en principio, pagar estos gastos, se puede entender que su derecho de crédito por la privación del uso y disposición, no se puede aplicar como contribución a estos gastos. Con independencia del derecho o no que pueda surgir a favor del progenitor no adjudicatario, éste no contribuye, con carácter general, al pago de los gastos ordinarios derivados de la vivienda.

Si no son los gastos ordinarios de la vivienda ¿podría entenderse que la Ley se refiere a los gastos ordinarios de los hijos? Si así fuera... ¿serían los hijos deudores de su progenitor por no poder disfrutar éste de la vivienda? Lógicamente no se puede decir que los hijos sean deudores de uno de sus progenitores porque éste se haya visto privado del uso de la vivienda familiar, pero sí se puede afirmar que la Ley se refiere a los gastos de los hijos. No se hablaría de que los hijos sean deudores sino de que el progenitor no adjudicatario aportaría los gastos ordinarios de dos formas distintas, en dinero y en especie. Esto es, pasando una cantidad mensual a sus hijos, pero teniendo en cuenta que ya les está proporcionando parte de la vivienda.

La legislación catalana, por su parte, plantea menos dudas. Su redacción se entiende mejor. Señala su art. 230-20.7, que "la atribución del uso de la vivienda, si esta pertenece en todo o en parte al cónyuge que no es beneficiario, debe ponderarse como contribución en especie para la fijación de los alimentos de los hijos...". Añade, además, el señalado precepto, que la mencionada atribución también podrá ponderarse como contribución "de la prestación compensatoria que eventualmente devengue el otro cónyuge". Así, la Ley catalana añade algo más que la valenciana, que nada dice con respecto a la posible contribución de la no atribución del uso de la que fuera la vivienda familiar, a la prestación compensatoria que se devengare a favor del otro progenitor.

²³⁶ Sentencia de la Audiencia Provincia de Burgos, nº 91/2010, de 9 de marzo (TOL1.838.114), PINTO ANDRADE, C., *La atribución del uso de la vivienda familiar*, Barcelona, 2011, pág. 94.

Ayuda bastante la legislación catalana a la interpretación de lo establecido en el art. 6 de la Ley valenciana y ello porque se puede entender que al ser ésta posterior en el tiempo, se ha intentado seguir el modelo ya fijado por otras comunidades autónomas, aunque en este caso con una redacción un poco menos acertada. Se entiende que la Ley valenciana ha pretendido seguir el modelo catalán, por lo que la no atribución podrá ponderarse como contribución en especie tanto para los alimentos de los hijos como para el pago de la pensión compensatoria si ésta se devengare. En estos casos se hablaría, además, de una contribución en especie. Este régimen es, además, extensivo a los supuestos de guarda y custodia individual.

En todos los casos, las legislaciones autonómicas coinciden en que la atribución de la vivienda deberá tener carácter temporal. En este sentido, el art. 233-20. 5 de la legislación catalana señala que para los supuestos en los que la vivienda sea atribuida al progenitor más necesitado de protección, esta atribución "debe hacerse con carácter temporal y es susceptible de prórroga, también temporal, si se mantienen las circunstancias que la motivaron. Esta temporalidad puede deberse a diversas circunstancias como por ejemplo, hasta que se produzca la liquidación de la sociedad conyugal, o incluso por un periodo delimitado de años, o incluso sujeta a término o condición de que el progenitor adjudicatario encuentre trabajo o tenga una mayor estabilidad económica, etc²³⁷.

Igualmente, se separa el régimen aplicable a la vivienda familiar de aquellas otras que pudiera tener la familia y que fueran segundas o ulteriores viviendas.

Se puede observar, por tanto, que el principal problema tiene lugar cuando, habiendo transcurrido un periodo en el que los miembros de la familia han permanecido unidos y viviendo bajo el mismo techo (el que constituía la vivienda familiar), producida la separación física de los progenitores, la unidad se rompe y uno de los progenitores debe abandonar el hogar familiar, con el consiguiente

²³⁷ PINTO ANDRADE, C., "La atribución de la vivienda familiar y su temporalización existiendo hijos menores de edad: líneas jurisprudenciales y doctrinales", Actualidad civil, nº 21, 2012, pág. 3 a 7.

perjuicio que ello conlleva. Lo que ocurre es que este perjuicio en vez de ser "compensado", como dice la Ley valenciana, o "reparado" en dinero, cabe la posibilidad de que estando latente este derecho se pueda entender constituye un pago en especie de las cantidades que puedan ser debidas, bien a los hijos en concepto de alimentos, o bien al otro progenitor en concepto de pensión compensatoria si esta se devengare a su favor.

Esta cuestión, recientemente analizada, sólo surgiría para el supuesto de que la vivienda fuera atribuida a un solo progenitor y fuera éste el que disfrutara de la misma. No obstante, también cabe la posibilidad de que todas estas dudas no se planteen porque el Juez puede incluso instar la venta de la vivienda. Así lo señala el art. 7.4 de la Ley aragonesa al establecer que "cuando el uso de la vivienda sea a título de propiedad de los padres, el Juez acordará su venta, si es necesaria para unas adecuadas relaciones familiares". La Ley aragonesa es la única que refiere expresamente a esta posibilidad de venta. Ni la legislación valenciana ni la catalana se refieren a la misma. No obstante, y dado el margen de actuación del Juez, en ningún sitio se prohíbe que pueda instar esta venta por lo que se entiende que si no está prohibida, está permitida.

La regulación de la atribución del uso de la vivienda familiar y sus consecuencias, sería ampliamente modificada si, finalmente, el Anteproyecto de Ley de corresponsabilidad parental llegara a convertirse en Ley y se modificara el Código civil en este sentido.

La redacción del Anteproyecto con respecto a la vivienda se presenta bastante más acertada y menos confusa que la contenida, actualmente, en el Código civil. Según el Anteproyecto, en primer lugar, se aprobará lo pactado por los progenitores siempre y cuando no contravenga el interés del menor. En defecto de acuerdo las reglas son:

- 1.- El Juez acordará lo que considere oportuno teniendo en cuenta las medidas de guarda y custodia adoptadas.
- 2.- Siempre en función de lo que sea lo más conveniente para los hijos.

3.- Si la guarda y custodia es compartida, al progenitor que "objetivamente tuviere más dificultades de acceso a otra vivienda". Este supuesto también se aplicaría para los casos en que no existieran hijos o éstos fueran mayores de edad.

4.- Si la guarda y custodia es individual, en principio el uso de la vivienda familiar corresponderá a los hijos y al progenitor custodio. Sin embargo, cabe la posibilidad de que el Juez atribuya la vivienda al otro progenitor, no custodio o guardador, si éste es el más necesitado.

En el Anteproyecto también se regulan ampliamente las consecuencias que se derivan de la atribución del uso de la vivienda familiar a uno u otro progenitor. Son las siguientes:

- La atribución del uso de la vivienda, si es privativa del progenitor no usuario o común de ambos, será siempre temporal. Caben dos supuestos:

1) Si el progenitor que permanece en la vivienda tiene atribuida la guarda y custodia de los hijos, este derecho de uso de la vivienda, durará mientras exista la obligación de prestar alimentos a los hijos o se liquide la vivienda.

2) En los demás supuestos, la atribución del derecho de uso será durante dos años, mientras se proceda a la liquidación del inmueble. (Se podrá solicitar una prórroga en determinados supuestos).

- Si el derecho de uso de la vivienda se atribuye a uno de los progenitores:

1) Se deberá tener en cuenta para fijar la cuantía de la prestación de alimentos y de la prestación compensatoria que pudiera proceder.

2) Los gastos ordinarios de la vivienda de conservación, mantenimiento, comunidad, suministros, etc., serán a cargo del progenitor

que la disfrute. Los extraordinarios y los impuestos a cargo del propietario o de lo que se haya establecido en ese sentido.

Se puede observar que la redacción del art. 96 del Anteproyecto es mucho más concreta, detallada y acertada que la contenida en el Código civil. Esta nueva redacción ayudaría a solucionar muchos de los problemas que actualmente se dan con relación a la atribución del uso de la vivienda.

Además, también se refiere el mencionado Anteproyecto, a los supuestos en los que los progenitores, durante su convivencia, disfrutaban de la vivienda a título diferente de propiedad, bien alquiler o cesión de un tercero, así como al supuesto en que existiera una carga hipotecaria sobre la misma.

Nada se menciona en el Anteproyecto con respecto a la posibilidad de instar la venta judicial de la vivienda, ni tampoco qué puede ocurrir con las segundas residencias.

II.3.2.- Gastos ordinarios y extraordinarios

En el art. 154 C.c. se establece que uno de los derechos y deberes inherentes a la patria potestad es el de alimentar a los hijos. Y esta obligación, como ya se ha visto, permanece inalterada aun a pesar de la separación de los progenitores, ya que en virtud de lo dispuesto en el art. 92.1 "la separación, la nulidad y el divorcio no eximen a los padres de sus obligaciones para con los hijos". Además, el art. 90. D) C.c. señala que uno de los extremos a los que deberá referirse el convenio regulador que los progenitores presentarán junto con la demanda de separación o divorcio, es "la contribución a las cargas del matrimonio y alimentos, así como sus bases de actualización y garantías en su caso".

Si los progenitores no se ponen de acuerdo en cuanto a los alimentos y gastos de los hijos menores, o este acuerdo no es aprobado judicialmente, señala el art. 93

C.c. que "el Juez, en todo caso, determinará la contribución de cada progenitor para satisfacer los alimentos y adoptará las medidas convenientes para asegurar la efectividad y acomodación de las prestaciones a las circunstancias económicas y necesidades de los hijos en cada momento".

La primera posibilidad, como ya se ha visto con la guarda y custodia, es que los progenitores se pongan de acuerdo respecto al modo en que a partir de ese momento, contribuirán al mantenimiento y sustento de sus hijos. Esta oportunidad viene dada por el art. 90 C.c., a través del convenio regulador, si es de aplicación el régimen general del Código civil, del pacto de relaciones familiares a que se refiere el art. 77 del Código de Derecho Foral de Aragón, el plan de parentalidad del art. 233-9 del Código civil de Cataluña o bien el pacto de relaciones familiares del art. 4 si se trata de la Ley valenciana de relaciones familiares.

Realmente, la denominación que se le atribuya al documento en el cual los progenitores establezcan las reglas por las que se regirá su convivencia con sus hijos menores así como las consecuencias económicas que se derivan de su separación convivencial, no es trascendental. De lo que se trata es de brindar una oportunidad a los progenitores, como mejores conocedores de su situación y la de sus hijos, de que sean ellos los que reorganicen la nueva vida familiar.

Lo que resulta evidente, según ROMERO COLOMA²³⁸, es que el tipo de régimen de convivencia que se establezca entre los padres y los hijos deberá ser tenido en cuenta a la hora de fijar una pensión alimenticia, o de determinar cómo y a quién corresponde satisfacer los gastos ordinarios y extraordinarios de los hijos. Sin embargo, no contiene el Código civil reglas específicas al respecto.

²³⁸ ROMERO COLOMA, A. M^a., *La guarda y custodia compartida (una medida familiar igualitaria)*, Madrid, 2011, pág. 140 y 141.

El Código civil no establece reglas para la cuantificación de los alimentos²³⁹, solo se refiere a la "capacidad económica y a las necesidades de los hijos". Ni tampoco se refiere a la posible diferenciación en cuanto a la satisfacción de los gastos respecto de los hijos atendiendo al régimen de custodia que se establezca. Ciertamente es que el legislador podría haber aprovechado la Ley de 2005 por la que modifica el sistema de guarda, para decir algo más con respecto a los gastos y a la vivienda, pero no fue así, por lo que la Ley de 2005 no ayudó, en absoluto, "a dilucidar estas cuestiones tan delicadas"²⁴⁰. En este mismo sentido afirma CASTILLO MARTÍNEZ que "la reforma operada por la Ley de 2005 no ha alterado la regulación relativa a la obligación de pago de alimentos ni a los criterios para la determinación de su cuantía a aplicar en los supuestos de custodia compartida"²⁴¹, razón por la cual como señala IVARS RUIZ "han sido los tribunales los encargados de determinar esta contribución"²⁴².

La Legislación valenciana y la aragonesa sí se han pronunciado con respecto al reparto de los gastos. La primera, señala en su art. 7 que "en defecto de pacto de convivencia familiar, la autoridad judicial determinará, en función de los recursos económicos de que dispongan ambos progenitores, la cantidad que éstos deberán satisfacer en concepto de gastos ordinarios de atención a los hijos e hijas menores. Cada uno de ellos contribuirá a satisfacer estos gastos en atención a sus propios recursos y a las necesidades de los hijos e hijas. Los gastos extraordinarios serán satisfechos por ambos progenitores de conformidad con lo acordado entre ellos. A falta de pacto, la autoridad judicial decidirá el modo en que deberán ser sufragados, con independencia de quién los satisfizo y de si el régimen de convivencia es compartido o no...En función del régimen de convivencia con los hijos e hijas menores que se haya establecido, la autoridad judicial decidirá el modo concreto en que hayan de ser satisfechos los gastos de atención a los hijos e

²³⁹ El Código civil no establece reglas cuantificadoras de las pensiones de alimentos sin embargo y ante la demanda insistente de muchos abogados y profesionales dedicados al ámbito de la familia durante muchos años, el Consejo General del Poder Judicial ha publicado recientemente en su web unas tablas orientadoras para poder cuantificar las pensiones alimenticias de los hijos en los procesos de familia. Publicado en www.poderjudicial.es el 12 de julio de 2013.

²⁴⁰ *Ibidem*, pág. 139.

²⁴¹ CASTILLO MARTÍNEZ, C. del C., *op. cit.*, pág. 9.

²⁴² IVARS RUIZ, J., *op. cit.*, pág. 165.

hijas menores". En el mismo sentido se pronuncia el Código Foral aragonés al establecer en su art. 82: "Tras la ruptura de la convivencia de los padres, ambos contribuirán proporcionalmente con sus recursos económicos a satisfacer los gastos de asistencia de los hijos a su cargo. La contribución de los progenitores a los gastos ordinarios de asistencia a los hijos se determinará por el Juez en función de las necesidades de los hijos, de sus recursos y de los recursos económicos disponibles por los padres. El Juez asignará a los padres la realización compartida o separada de los gastos ordinarios de los hijos teniendo en cuenta el régimen de custodia, y si es necesario, fijará un pago periódico entre los mismos. Los gastos extraordinarios necesarios de los hijos serán sufragados por los progenitores en proporción a sus recursos económicos disponibles. Los gastos extraordinarios no necesarios se abonarán en función de los acuerdos a los que lleguen los progenitores y, en defecto de acuerdo, los abonará el progenitor que haya decidido la realización del gasto".

Cuestión distinta, serían los desacuerdos derivados de si un determinado gasto es ordinario o extraordinario y a quién corresponde su pago. Esta cuestión, por regla general ha sido resuelta por los Tribunales al no encontrar en el Código civil ninguna definición al respecto. Aunque sea como apunte rápido, ya que esta cuestión podría ser objeto de otro trabajo de investigación, señalar que con carácter general, se consideran gastos ordinarios todos aquellos que son necesarios para la alimentación, vestido y sustento de los menores. En general, se consideran gastos ordinarios aquellos mencionados en el art. 142 C.c. "todo lo indispensable para el sustento habitación, vestido y asistencia médica, y también educación e instrucción del alimentista". Mientras que, cuando se habla de gastos extraordinarios, se puede decir que se trata, como afirma ESCRIBÁ IVARS "de un gasto cuyo concepto es indeterminado, inespecífico, y su cuantía ilíquida por su propia naturaleza, que necesita predeterminación y objetivización en cada momento"²⁴³. Cuando se habla de gastos extraordinarios, en ocasiones se hace una diferenciación para separar los que se denominan gastos extraordinarios necesarios y gastos extraordinarios no necesarios.

²⁴³ ESCRIBÁ IVARS, J., *op. cit.*, pág. 172.

Sí se encuentra en la Legislación valenciana relativa a las relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven, una definición de estos gastos, si bien es cierto que estas definiciones tampoco ayudan mucho. El art. 3 De la mencionada Ley valenciana, al referirse a las definiciones, señala que se entiende por gastos ordinarios "aquellos que los hijos e hijas menores precisen de forma habitual a lo largo de una anualidad y cuyo devengo sea previsible en dicho periodo. Se entenderán siempre incluidos los relativos a la alimentación, vestido, educación y cualesquiera otros que los progenitores pacten como tales o que estén consolidados antes del cese de su convivencia". Respecto a los gastos extraordinarios continúa señalando la Ley que éstos serán "aquellos que puedan surgir en relación con los hijos e hijas menores de forma excepcional".

En cualquier caso y con independencia de si un gasto es ordinario o extraordinario, existen diversas posibilidades en cuanto a la distribución de los mismos. En este sentido, siguiendo a DELGADO DEL RÍO²⁴⁴, se señalan las siguientes opciones:

- 1) Posibilidad de creación de un fondo común. De esta forma se procede por parte de ambos progenitores a la apertura de una cuenta mancomunada para los gastos ordinarios y extraordinarios que se iría actualizando anualmente conforme al IPC²⁴⁵.
- 2) Apertura de una cuenta corriente normal de ingresos y gastos a nombre de los hijos menores²⁴⁶.
- 3) Si hay una capacidad económica muy diferente entre ambos progenitores, el progenitor con mayor capacidad económica pasa una cantidad en concepto de alimentos mientras que el otro progenitor, se encarga de la gestión de los mismos

²⁴⁴ DELGADO DEL RÍO, G., *op. cit.*, pág. 185 y ss.

²⁴⁵ MARTÍN NÁJERA, M^a. T., *op. cit.*, pág. 35.

²⁴⁶ Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona, nº 402/2005, de 27 de julio (TOL840.674).

haciéndose ella cargo de todos los gastos ordinarios. Los extraordinarios serán por mitad²⁴⁷.

4) Cada progenitor asume los gastos ordinarios mientras el menor permanezca en su compañía, y los gastos extraordinarios por mitad²⁴⁸.

Esta última suele ser la regla general. Aunque respecto de ella señala ALASCIO CARRASCO²⁴⁹ que puede tener sus ventajas, pero también inconvenientes. Por un lado, la ventaja de que no sea necesario establecer pensión de alimentos en la medida en que todos los gastos quedarán cubiertos, ya sea por uno u otro progenitor, dependiendo de con quién habite el menor en cada momento. Sin embargo, puede tener la desventaja de que un progenitor no realice determinados gastos, esperando a que los realice el otro progenitor cuando permanezca con el menor. Por ejemplo, la ropa para el colegio, los libros y el material escolar, etc.

En cualquier caso, tratándose de un sistema en el que ambos cónyuges permanecen con sus hijos más o menos el mismo lapso de tiempo, la regla general²⁵⁰ es que los gastos, que se podrían llamar cotidianos u ordinarios, correspondientes a comida, ropa, así como todos aquellos que tengan que ver con las necesidades básicas de los menores en su vida diaria, corresponderán al progenitor en cuya compañía esté. El resto de gastos ordinarios, como el colegio, serán satisfechos por los dos cónyuges por partes iguales. Los gastos extraordinarios por mitad. También cabe la posibilidad de que los gastos extraordinarios sean satisfechos por el progenitor que los solicita. Todo ello, teniendo en cuenta siempre los recursos económicos de cada uno de los progenitores y la posibilidad de que cada uno contribuya al mantenimiento y educación de su hijo en diferente medida.

²⁴⁷ Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares, nº 291/2005, de 29 de junio (TOL683.131).

²⁴⁸ Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares nº 42/2009, de 10 de febrero (TOL1.492.656), Sentencia de la Audiencia Provincial de León, nº 60/2009, de 25 de febrero (TOL1.490.981), Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, nº 79/2002, de 5 de febrero (TOL1.188.738), Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, nº 557/2006, de 18 de octubre (VLEX-373860).

²⁴⁹ ALASCIO CARRASCO, L., "La excepcionalidad de la custodia compartida impuesta (art. 92.8 C.c.), Indret. Barcelona, 2011, pág. 21

²⁵⁰ Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, nº 278/2010, de 29 de abril (TOL1.912.721), Sentencia de la Audiencia Provincial de Oviedo, nº 174/2010, de 17 de mayo (TOL1.890.592).

No se refiere, el Anteproyecto de Ley, a la diferencia ni definición de gastos ordinarios ni extraordinarios, pero sí los regula más ampliamente. El apartado c) del art. 90 señala algunas de las circunstancias a tener en cuenta a la hora de cuantificar estos gastos, como por ejemplo: el tiempo de permanencia de los menores con cada uno de los padres, o la atribución que se haya hecho del uso de la vivienda familiar".

Capítulo III

EL INTERÉS DEL MENOR

III.1.- MARCO LEGAL

No se puede estudiar la guarda y custodia de los hijos con independencia del sobradamente conocido y reiterado interés del menor. Se debe determinar, en primer lugar, el marco legal o normativo que se refiere al interés del menor para que se pueda comprender mejor su relación con la guarda y custodia compartida.

Son múltiples y de muy diferentes rangos las normas que se refieren al interés del menor. Hay normas internacionales, europeas, estatales, etc. Se mencionarán algunas de las más importantes para la mejor comprensión de este concepto.

El Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos de 16 de diciembre de 1966 (entró en vigor en marzo de 1976), señala en su art. 24.1 que “todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por razón de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado”. No se refiere directamente al interés del menor, pero sí hace referencia a derechos que se entienden entran dentro de la esfera de protección del mismo.

Se puede decir que el término interés del menor es realmente reciente, pues la primera vez que se hace alusión a él, es en la Convención de los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de Noviembre de 1989. Su art. 3.1 señala que "en todas las medidas concernientes a los niños que tomen instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”.

Primera mención al interés superior del menor y primera crítica que se le puede hacer a esta redacción: no se explica qué es el interés del menor. No dice el

mencionado precepto qué es lo que habrá que valorar a la hora de adoptar cualquier decisión que afecte a un menor. Lógicamente, se puede entender interés del menor como lo más beneficioso, lo mejor para él, etc., de hecho, son palabras que en numerosas ocasiones se utilizan indistintamente cuando se estudia el interés del menor, pero realmente no se sabe cómo se puede concretar este principio. Y se puede adelantar ya que, a día de hoy, tampoco existe una definición legal de interés del menor. Se trata de un concepto jurídico indeterminado y que habrá de valorarse en su contexto, tiempo y lugar²⁵¹.

La Convención de los Derechos del Niño señala, además, en su art. 9.3 que los Estados parte procurarán que los menores puedan “mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés del niño”. Se vuelve a referir, la Convención, al interés del niño, aunque, en este caso, se refiere a los supuestos en los que los niños estén separados de sus padres. Es cierto que el precepto se refiere a otros supuestos, como puede ser el encarcelamiento, pero ¿se podría aplicar a los supuestos en que los progenitores estén separados de sus hijos por otras causas, como por ejemplo si uno de los progenitores tiene una custodia exclusiva y el otro sólo goza de un restrictivo régimen de visitas?. Se podría entender que sí porque lo que se deduce del art. 9.3 de la Convención es que, en principio, será bueno para un niño poder estar con sus dos progenitores, que necesita a sus dos progenitores y que si, por la razón que sea no puede estar con ellos, el Estado deberá encargarse de que mantengan un relación, porque esto es beneficioso para el menor. Es bueno para un menor poder estar con sus progenitores, y así debería de ser. Salvo que las circunstancias concretas adviertan que el menor estará mejor salvaguardado de otra manera.

La Carta Europea de los Derechos del Niño de 21 de Septiembre de 1992 dispone en el apartado segundo de su art. 24 que: “en todos los actos relativos a los menores llevados a cabo por autoridades públicas o instituciones privadas, el interés superior del menor constituirá una consideración primordial”.

²⁵¹ RIVERO HERNÁNDEZ, F., *El Interés del Menor*, 2ª edición, Madrid, 2007, pág. 70.

Esta normativa internacional, alguna anterior y otra posterior a la Constitución Española de 1978, ayuda a determinar algunos de los Derechos fundamentales establecidos en la propia Constitución, así como numerosas Leyes que en esta materia se han dictado con posterioridad. De lo que no hay absolutamente ninguna duda, es que la Constitución Española marca un antes y un después en todo el ordenamiento jurídico español. No obstante, y dada la extensión de la materia, hay que centrarse en aquellos preceptos que puedan ayudar a comprender mejor la protección del menor así como de la familia.

En el marco constitucional, los menores quedan integrados dentro de la familia. De ahí la importancia de los preceptos que se refieren a la protección familiar y de la infancia. Especial consideración merece el art. 39 CE, aunque sin olvidar otros preceptos que también reconocen derechos a la familia o la protegen de algún otro modo, como por ejemplo el art. 18 CE que se refiere al derecho a la intimidad personal y familiar y el art. 32 CE relativo al matrimonio, entre otros.

El art. 39 CE resulta de especial trascendencia. Señala su apartado primero: "los poderes públicos asegurarán la protección social, económica y jurídica de la familia". Parece, más que el reconocimiento de un derecho, un mandato al legislador²⁵². Se trata de que, en cualquier actividad legislativa, se proteja siempre a la familia, y así se deberá hacer por mandato constitucional.

Refiriéndose el art. 39 a "la familia" puede que se debiera analizar qué se debe entender por tal. No hace ninguna referencia a la familia matrimonial, no matrimonial, familia con hijos, sin hijos, etc. Sin embargo, parece que estas cuestiones quedan subsanadas por el art. 14 CE, que se refiere al derecho a la igualdad y el art. 32 CE, dedicado al derecho a contraer matrimonio. Así, refiriéndose a familia en general, y en virtud de lo dispuesto en los mencionados preceptos, no haría falta matizar el término "familia" ya que en él se englobaría cualquier familia²⁵³ con independencia de si los progenitores están casados entre

²⁵² ALZAGA, O., *Comentario sistemático a la Constitución Española de 1978*, Madrid, 1978, pág. 311.

²⁵³ JIMÉNEZ BLANCO, A., *Comentarios a la Constitución Española. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Madrid, 1993, pág. 511.

sí, de si existen hijos o no, o de si éstos han nacido dentro o fuera del matrimonio. No hay, por tanto, ninguna duda de que los poderes públicos dictarán y aprobarán normas para proteger a todas las familias.

La importancia de que la Constitución de 1978 se refiriera a la familia con carácter general no se puede rechazar. Así, quedaron protegidos desde 1978 modelos familiares muy distintos a los existentes en aquella época y que a día de hoy no se pueden negar. Hoy en día se observan familias con dos progenitores, con un solo progenitor, con progenitores del mismo sexo, con hijos, sin hijos, con hijos adoptados, con hijos de uno sólo de los miembros de una pareja, familias reconstituidas (aquellas en las que sus miembros ya han tenido una convivencia de pareja y otra familia. Se juntan dos progenitores aportando ambos hijos propios a los que se suman los hijos comunes de ambos). Muchos de estos modelos de familia eran impensables en 1978 pero, sin embargo, quedaron igualmente protegidos por la Constitución.

Proteger a la familia es fundamental porque en ella es donde crecen los niños, o por lo menos, donde deberían hacerlo. Los niños, sobre todo los menores, necesitan una familia que les cuide, que les pueda alimentar y que les garantice un desarrollo social y afectivo. Proteger a la familia es una forma de salvaguardar el interés del menor.

El apartado segundo del art. 39 CE señala que "los poderes públicos asegurarán 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". Se observa otro mandato constitucional en el que hay que diferenciar tres premisas:

1) Protección de los hijos iguales ante la Ley, que se ha materializado con carácter general, en toda una legislación protectora del interés superior del menor. En este mismo sentido, se han promulgado Leyes exclusivamente dedicadas a la protección de los menores como la 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, que a continuación se examinará. No obstante, la

legislación especial relativa a los menores, también existen en el Código civil normas de protección de los mismos. En general, siempre se trata de salvaguardar el interés del menor, pero existen determinados mecanismos destinados exclusivamente a su protección. Estos mecanismos se encuentran regulados en el Código civil y son las figuras del acogimiento y la adopción, cuyas normas se encuentran en los art. 172 a 180 C.c.²⁵⁴

La referencia a los "hijos" con carácter general no se entiende muy acertada en este caso, a diferencia de lo que ocurría con la familia en general del apartado anterior. Se entiende que se quiere referir a hijos menores, pero la palabra empleada: "hijos", por sí sola, no parece la más adecuada. Si así fuera, se estaría refiriendo también a hijos mayores de edad que pueden protegerse ellos solos, a personas completamente adultas que también son hijos o hijas. No parece, por tanto, que fuera intención del legislador incluir a personas mayores de edad, que aun siendo hijos, no requieren de ninguna protección especial por gozar de plena capacidad jurídica y de obrar.

También se refiere al precepto a los "hijos iguales éstos ante la Ley". Ahora sí se entiende mejor por qué utiliza sólo la palabra hijos. Los hijos mayores de edad también son iguales ante la Ley y deben tener, por ejemplo, los mismos derechos sucesorios. Aun a pesar de que se entienda mejor esta igualdad entre los hijos, parece que se está refiriendo, principalmente, a la antigua distinción entre hijos matrimoniales y no matrimoniales o legítimos e ilegítimos, de manera que éstos sean iguales ante sus progenitores y ante la Ley. De ahí que tras la reforma del año 1981²⁵⁵, la redacción del art. 108 C.c. cambiara, diferenciando en la actualidad dos clases de filiación: la natural y la adoptiva, da igual que sea matrimonial y no matrimonial.

²⁵⁴ No procede un estudio más amplio de las figuras del acogimiento y de la adopción por no ser objeto del presente trabajo. Simplemente apuntar que a través de estas figuras se demuestra lo importante que es para un menor que alguien cuide de él. Cuando un niño esté en situación de desamparo porque no tiene quien le cuide, el Estado asumirá su tutela y dispondrá en su favor de los mecanismos necesarios para que pueda cubrir sus necesidades.

²⁵⁵ Ya se ha examinado esta norma al estudiar el epígrafe relativo a "Las modificaciones posteriores en materia de patria potestad".

2) Protección de las madres, cualquiera que sea su estado civil. Resulta obvio que hay que proteger a las madres, aunque también a los padres. Si se tiene en cuenta que la norma data de 1978, se entiende mejor. A día de hoy cabe la posibilidad de que un solo progenitor, sea varón o mujer, adopte un hijo. Sin embargo, en la mencionada fecha, que un hombre solo adoptara era bastante inusual. Así, cuando un niño tenía un solo progenitor, normalmente solía ser la madre (salvo los supuestos de fallecimiento, claro). Por esta razón, se protege a las madres y ello con independencia de si están casadas o no con el padre de sus hijos.

La protección a las madres también se puede deber a que en el año 1978 lo más habitual era que la madre se quedara al cuidado de los hijos, mientras que el padre iba a trabajar. Si el padre fallecía, por ejemplo, se rompía la relación entre los progenitores, la mujer y el hijo menor quedaban desprotegidos. De ahí esta especial protección constitucional.

3) Finalmente, el último inciso se refiere a la investigación de la paternidad. Señala BELLO JANEIRO que los hijos tienen derecho a que se declare su filiación biológica, "y por consiguiente aparece un deber para los padres y los poderes públicos para que se realicen las pruebas pertinentes para ello." Añade que el Tribunal Constitucional se ha pronunciado al respecto señalando que "la investigación de la paternidad prevalece sobre la posible intromisión en la intimidad o el derecho a la integridad física siempre que estas pruebas sean indispensables para los fines perseguidos"²⁵⁶.

La investigación de la paternidad se puede considerar desde dos puntos de vista. Como derecho de los hijos a conocer su filiación biológica al que se refería BELLO JANEIRO (no hay duda de que todo el mundo tiene derecho a conocer su filiación), o como obligación de los padres de cuidar y alimentar a sus hijos. La paternidad se podrá también investigar para saber quién o quiénes son los

²⁵⁶ BELLO JANEIRO, D., "El Derecho de Familia en la constitución Española", en HERRERA CAMPOS, R., BARRIENTOS RUIZ, M.A., (Coord.), *Derecho de Familia en el siglo XXI. El Derecho de Familia ante los Grandes Retos del siglo XXI. II Congreso Mundial de Derecho de Familia y Menores*, vol. I, Almería, 2011, pág. 60.

progenitores para que éstos cumplan con sus obligaciones de padres²⁵⁷. En los casos de reproducción asistida será de aplicación lo dispuesto en los art. 7, 8 y 9 de la LTRA.

El apartado tercero del art. 39 CE parece estar íntimamente relacionado con el anterior al establecer: "los padres deben prestar asistencia de todo orden a sus hijos habidos dentro o fuera del matrimonio y en los casos en los que legalmente proceda". Como se acaba de apuntar, los padres, por el hecho de serlo deberán cuidar a sus hijos, protegerles, darles alimentos educación, etc. A todos estos deberes se refiere el art. 154 C.c.

Si se ponen en relación los apartados 2 y 3 del art. 39 CE, resulta que, por un lado los hijos tienen el derecho a que se les proteja y a saber quiénes son sus padres y, de otro, los padres tienen la obligación de cuidar de sus hijos. Estos derechos y obligaciones se derivan de la filiación y, como ya se apuntaba, da igual que ésta sea por naturaleza o por adopción.

La cuestión principal radica en que los hijos menores, por razón de su edad, son personas más vulnerables. Tienen capacidad jurídica, pero no tendrán plena capacidad de obrar hasta que cumplan la mayoría de edad, establecida en el código civil en los 18 años (ex art. 315 c.c.). Aunque se pueden realizar algunos actos con plena eficacia jurídica antes de los 18 años como casarse, emanciparse, testar, etc. Como consecuencia, se puede decir que los menores no sólo gozarán de todos los derechos y libertades de cualquier persona, sino además, de unos derechos y protección especial por razón de su edad. Esta protección especial, hasta que los hijos cumplan los 18 años, como señala el art. 39·CE "en los casos en los que legalmente proceda" tarea de los progenitores.

Se puede decir que la Constitución obliga a los poderes públicos a establecer las reglas necesarias para proteger a los menores. Con carácter general, deberán ser los padres lo que los protejan. Este mandato constitucional tiene su reflejo en el

²⁵⁷ Las obligaciones de los padres respecto de los hijos se han estudiado en el segundo capítulo relativo a la patria potestad y guarda y custodia.

art. 154 C.c.²⁵⁸, que se refiere a la patria potestad. De este precepto, sin perjuicio de su estudio posterior, se deriva la obligación de los padres de cuidar y proteger a sus hijos, y ello lo deberán hacer con independencia de que exista o no convivencia entre ellos. Esto es, aunque los progenitores se separen, se divorcien, no hayan convivido nunca juntos, o existiendo, haya cesado la convivencia, en virtud de lo dispuesto en el art. 154 C.c. y en el art. 39 CE, deberán seguir prestando asistencia de todo orden a sus hijos. Es un mandato constitucional, que no surge del matrimonio sino de la filiación, de la procreación, y que permanecerá en tanto en cuanto los hijos sean menores de edad y en los casos "en los que legalmente proceda".

El último apartado del art. 39 CE señala: "los niños gozarán de la protección prevista en los Convenios y Tratados internacionales que velen por sus derechos". Esto supone, que toda la normativa española, deberá respetar y estar en consonancia con aquellos Convenios y Tratados internacionales en los que España sea parte, también en aquellas normas que se dicten por la Comunidad Europea. La primera norma en respetar estos derechos ha sido la propia Constitución que parece ha tenido en cuenta lo ya señalado por la Asamblea General de las Naciones unidas con respecto a los derechos y protección de los niños menores. Por la propia jerarquía normativa el resto de legislación deberá estar en consonancia con la constitución.

Otra de las normas que habrá que estudiar si se habla de la protección de los menores es de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor a la que antes se hacía referencia. La mencionada Ley modifica numerosos preceptos del Código civil, sobre todo aquellos relativos a los sistemas públicos de protección de los menores. Anteriormente ya se hacía referencia a estos sistemas: el acogimiento y la adopción que, como se comentaba, también son sistemas de protección de los menores. Estos sistemas de protección son, lógicamente, muy importantes. Sin embargo, dada la materia que se está estudiando es más conveniente referirse a aquellas normas privadas que afectan a

²⁵⁸ *Ibidem*

las relaciones familiares de los menores. Resultará de mayor importancia para el presente trabajo estudiar con más detalle aquellas normas que se refieran al ámbito privado y al menor como sujeto dentro de una familia en la cual ha de crecer, desarrollarse y ejercer sus derechos.

Se ha hablado de la protección de la familia y de los hijos menores, pero también se ha comentado que existen diversos modelos de familia y que incluso estos pueden cambiar a lo largo de tiempo. De lo que se trata es de proteger al menor, salvaguardar sus intereses y derechos dentro de una familia, con independencia de los cambios que en ésta se puedan producir.

La exposición de motivos de la LPJM²⁵⁹ se refiere a que la protección del niño consiste en considerar a éstos como personas titulares de derechos, que poco a poco irán adquiriendo una mayor capacidad para ejercerlos. Añade que “la mejor forma para garantizar social y jurídicamente la protección a la infancia es promover su autonomía como sujetos”.

Otros preceptos, como el art. 3 o el art. 9. de la Ley que se comenta, también resultan de especial interés. El primero de ellos, el art. 3, se centra, principalmente, en la obligatoriedad de respeto a los Tratados y Convenios internacionales reconociendo los derechos que en éstos se establezcan a favor de los menores. Se sigue así con el mandato constitucional que antes se estudiaba del art. 39 CE. Por su parte, el art. 9 de la Ley, se refiere al derecho del menor a ser oído en cualquier procedimiento en el que se vea involucrado y pueda tomarse alguna decisión que le afecte.

El Código civil también protege al menor, algunas veces refiriéndose a sus necesidades o su interés (art. 103.1º y 92 C.c. entre otros), señalando la obligación de que éstos sean salvaguardados, otras, refiriéndose al beneficio de los hijos (art. 154 C.c.), garantizando el cumplimiento de los derechos de los menores (por ejemplo, art. 92.2 C.c. en el que se reconoce su derecho a ser oídos).

²⁵⁹ ZARRALUQUI SÁCHEZ-EZNARRIAGA, L., “La Protección...” *op. cit.*, pág. 32, RIVERO HERNÁNDEZ, F., *op. cit.*, pág. 31, ASENSIO SÁNCHEZ, M.A., *op. cit.*, pág. 64.

La Ley de Enjuiciamiento civil establece mecanismos especiales para aquellos procedimientos judiciales en los que los menores se vean afectados. Así, también se tratará de proteger a los menores para que los procedimientos judiciales que les puedan afectar les resulten lo menos traumático posible, y siempre se salvaguarden sus derechos fundamentales. La protección de la Ley de Enjuiciamiento civil hacia los menores queda manifestada en la regulación de los procedimientos que les afectan. Esta regulación se encuentra en el Libro IV bajo la rúbrica "Los procesos especiales". Así, cuando se trate de cuestiones que afecten a los menores, no se seguirán las reglas de los procesos ordinarios o comunes, sino las reglas relativas a los procesos especiales. En este sentido, señala ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA que, "para la constatación del beneficio o perjuicio del menor hay normas que determinan su intervención en los procesos que les puedan afectar". En materia matrimonial, añade este autor, "los menores de edad o incapacitados son, en los procedimientos matrimoniales, objeto de una protección singular".

III.2.- QUÉ SE ENTIENDE POR INTERÉS DEL MENOR

Se acaba de observar la gran cantidad de normas que existen relativas a la protección, beneficio o interés del menor. Incluso normas con distintos rangos: internacionales, europeas, estatales, etc. Todas ellas obligatorias y que, además, deben ser tajantemente cumplidas. Sin embargo, no se encuentra en ninguna de ellas una definición de qué se entiende por interés del menor. En este sentido, señala ROCHA ESPÍNDOLA, que "la legislación no define el concepto de interés del menor, sino que se limita a dar una primera aproximación del mismo, configurándolo como un auténtico principio general del Derecho, inspirador de toda actuación, tanto a nivel público como privado que siga en relación con el

menor y que, además, constituye un auténtico principio interpretativo de las normas cuando existen menores"²⁶⁰.

Así pues, aun a pesar del gran aluvión de normas²⁶¹ relativas al interés superior del menor, resulta que se trata de un concepto jurídico indeterminado²⁶² del que no hay ninguna definición, pero que se deberá tener muy presente a la hora de tomar cualquier decisión que pueda afectar a un menor. Se trata, por tanto de un concepto general y abstracto²⁶³, no concreto. De hecho, hay quienes consideran que sólo de esta manera se puede garantizar eficientemente el interés del menor, porque existe un amplio abanico de posibilidades y será el Juez quien en cada caso concreto, atendiendo a estos principios y derechos fundamentales determine qué es lo mejor para el menor. En este sentido afirma ROCA TRÍAS que si bien es general, "no es un concepto vacío puesto que su contenido consiste en asegurar la efectividad de unos derechos a unas personas que por sus condiciones de madurez no pueden actuar por sí mismas para reclamar su efectividad"²⁶⁴. Así, puede que si se estuviera hablando de un concepto completamente definido y delimitado fuera más complicado adaptarlo a cada caso concreto.

Para asegurar la efectividad a que se refiere ROCA TRÍAS, será necesario que las Leyes establezcan no sólo criterios de protección sino también criterios de evitación del daño. Esto significa que se puede estudiar el interés del menor desde

²⁶⁰ ROCHA ESPÍNDOLA, M. *Claves para entender las reformas del Derecho de Familia español: Principio informadores*, Valladolid, 2013, pág. 427. (Tesis sin publicar)

²⁶¹ Nos hemos referido a las que nos afectan directamente como la Constitución, la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor, algunos preceptos del Código civil y Tratados internacionales, etc. pero debemos recordar que existen muchísimas normas más que tratan de proteger a los menores, cada una de ellas incluso centrada en un aspecto diferente, como aquellas relativas a la sanidad, alimentación, adopción ejecución de sentencias, etc.

²⁶² RIVERO HERNÁNDEZ, F., *op. cit.*, pág. 30, ASECIO SÁNCHEZ, M.A., *La patria potestad y la libertad de conciencia del menor.*, Madrid, 2006, pág. 61. ROCHA ESPÍNDOLA, M. *op. cit.*, pág. 425 señala que "si bien es cierto que el principio del interés del menor se presenta como un concepto jurídico indeterminado, el cual requiere ser concretado en cada situación concreta,..., la Ley se refiere a una esfera de realidad cuyos límites no parecen bien precisados en su enunciado. No obstante, lo que está claro es que intenta delimitar un supuesto concreto que admite ser precisado en el momento de su aplicación. En otras palabras, en estos supuestos la norma no nos ofrece la solución directa de cada caso, de tal modo que ésta debe ser buscada acudiendo a criterios de valor o de experiencia, según se trate de la naturaleza del concepto".

²⁶³ GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., *La concreción...*, *op. cit.*, pág. 8.

²⁶⁴ ROCA TRÍAS, E., *Familia y cambio social (De la -casa- a la persona)*, Madrid, 1999, pág. 220.

dos vertientes²⁶⁵: la positiva y la negativa, o lo que es lo mismo, aquella que se refiere al mantenimiento de unas circunstancias especiales que considera beneficiosas para el menor; y aquella otra, que en aras a evitar un daño futuro, prevé mecanismos para que éste no llegue a ocurrir.

En cualquiera de los casos, ningún supuesto es igual que otro y mucho menos en derecho de familia. Los menores, como personas que son, tienen necesidades diferentes entre sí. Existen, además, otros muchos factores que determinarán esas necesidades, como por ejemplo la edad.

De nada sirve que se hable del interés del menor con carácter general si no se estudia cada caso concreto²⁶⁶. Lógica e indudablemente no tendrán las mismas necesidades un menor de tres meses que un menor de 14 años²⁶⁷. De hecho, aunque sea rápidamente, indicar que el Código civil reconoce a los menores de 18 años pero que tienen ya 12, 14 o 16 años la posibilidad de ser oídos en juicio²⁶⁸, casarse o emanciparse. Así, las necesidades son distintas, su autonomía va creciendo y la posibilidad de que sean ellos mismos quienes puedan ejercitar directamente los derechos que les son reconocidos también aumentan con la edad. Mencionar que, por razones obvias, no se pueden comparar supuestos que se refieran al patrimonio de un menor, con aquellos que se refieran al entorno familiar del mismo, puesto que los derechos de los que pueden verse privados son muy distintos. En lo que más hay que centrarse en el presente trabajo, por la materia que se aborda, es en la estabilidad personal y emocional de los menores dentro del ámbito de las crisis familiares.

La pregunta principal que hay que hacerse para el presente estudio es ¿cómo concretaremos el interés del menor en los supuestos de crisis familiares? Para ello

²⁶⁵ RIVERO HERNÁNDEZ, F., *op. cit.*, págs. 62 y 63, ROCA TRÍAS, E. *op. cit.*, pág. 212, GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., *La concreción...*, *op. cit.*, pág. 10.

²⁶⁶ Señala ROCHA ESPÍNDOLA, M., *op. cit.*, pág. 435, que: "el interés del menor no siempre es el mismo, ni si quiera con carácter general para todos los hijos, va mudando en relación con las circunstancias personales y familiares".

²⁶⁷ ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L. "La protección...", *op. cit.*, págs. 27 a 31.

²⁶⁸ El derecho de los menores a ser oídos en materia de guarda y custodia se encuentra recogido en el art. 92 del C.c. que luego estudiaremos. A través de este derecho se puede, por ejemplo, hacer efectivo el interés del menor en los supuestos en los que sea suficientemente maduro y mayor para expresar su opinión o su voluntad. Lo estudiaremos más adelante.

es necesaria la figura del Ministerio fiscal, los gabinetes de equipos psicosociales adscritos a los juzgados de familia y, principalmente, los Jueces que son los encargados de hacer los estudios oportunos para finalmente determinar cuáles son las circunstancias más apropiadas para el mejor desarrollo del menor y para que, como se comentaba, éste vaya ganando en autonomía y confianza.

Son importantes los informes de los equipos psicosociales, aunque no vinculantes ni para el Ministerio fiscal, ni para el Juez. El Ministerio fiscal se encargará de que los derechos de los menores estén garantizados y también emitirá un informe, que tampoco es vinculante para el Juez, aunque sí lo suelen tener muy en cuenta a la hora de adoptar cualquier decisión final que pueda afectar a un menor. Así se ha estudiado en páginas anteriores.

Respecto al tema objeto de estudio, será necesario saber cómo determinar el interés del menor en las situaciones de crisis familiar o mejor aun, cómo determinar el interés superior del menor para decidir qué régimen de guarda y custodia es el más beneficioso para los hijos cuyos padres dejan de convivir. Así, señala ROCHA ESPÍNDOLA, que "en la delicada trama del proceso de divorcio se alude constantemente al interés del menor, como principio que primará sobre cualquier otro interés legítimo con el que pueda concurrir, especialmente cuando se trate de adoptar cualquier medida que pueda afectarle"²⁶⁹. Lógicamente, los menores son los más necesitados de protección pero hay que tener en cuenta, que en los supuestos de crisis familiares entran en conflicto muchos intereses. Por un lado, los de los progenitores, que muchas veces superados por las circunstancias y dada la carga emocional existente en este tipo de situaciones, no son capaces de ver lo que realmente es mejor para sus hijos puesto que lo que tienen es miedo a perderlos, también intereses de otros familiares como los abuelos, y por otro, el interés de propio menor que se ve inmerso en una situación que sin buscarla y sin quererlo, le afecta directamente, y que su buena o mala resolución condicionará el resto de su vida, así como su desarrollo a todos los niveles: físico, emocional, afectivo, social, psicológico, etc. Por esta razón, proteger al menor cobra tanto

²⁶⁹ ROCHA ESPÍNDOLA, M., *op. cit.*, pág. 471.

interés cuando se trata de cuestiones familiares, ya que, el hecho de que se produzca la ruptura del vínculo sentimental entre los progenitores, ni muchísimo menos y en ningún caso, significa que éstos dejen de tener los derechos y obligaciones que les corresponden como padres (art. 92 C.c.). De alguna manera, garantizar el interés del menor supondría dar continuidad a un ambiente familiar cuyas circunstancias han cambiado por completo para que este cambio resulte lo menos perjudicial posible en la vida del niño. Así, *a sensu contrario*, el perjuicio que sufre el menor es la imposibilidad de que las circunstancias familiares permanezcan inalterables y pueda convivir simultáneamente con sus dos progenitores.

Para que el interés del menor quede salvaguardado en estos procesos familiares, y puesto que no existen una serie de criterios legalmente establecidos²⁷⁰, se ha observado en las distintas sentencias estudiadas que el Juez tendrá en cuenta diversos criterios²⁷¹:

- Las circunstancias personales de cada uno de los progenitores así como la relación de cada uno de éstos con el menor. Incluso la relación entre los progenitores.

²⁷⁰ En este sentido, PÉREZ CONESA, C. *Las Medidas Judiciales tras la Crisis Matrimonial y su Modificación*, Madrid, 2006, pág. 30 apunta que: “Se han indicado como criterios para la determinación concreta del interés del menor los siguientes: atender, en primer lugar, a las necesidades materiales vitales del menor al mismo tiempo que las de tipo espiritual adecuadas a su edad y situación; los deseos y opiniones del menor que sean compatibles con lo anterior y realmente suyos, y no inducidos de una voluntad ajena; el mantenimiento del estatus quo del menor; la edad, sexo, personalidad, afectividad, creencias religiosas y formación cultural del menor y de su entorno; los riesgos que la situación actual y posterior a la decisión en interés del menor puedan derivarle y las perspectivas personales, intelectuales y profesionales de futuro del menor, a cuya mejora debe orientarse su bienestar actual y futuro”. Sin embargo, como decíamos no están tasados legalmente.

²⁷¹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, nº 531/210, de 21 de septiembre (TOL1.989.351), Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, nº 81/2011, de 28 de enero (TOL2.090.220), Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, nº 1017/2010, de 29 de septiembre (TOL1.975.786), Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, nº 21/2011, de 12 de enero (TOL2.087.482), Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, nº 849/2010, de 15 de diciembre (TOL2.065.675), Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, nº 605/2010, de 23 de septiembre (TOL2.005.536), Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, nº 938/2010, de 15 de septiembre (TOL1.954.160), Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón, nº 65/2010, de 27 de octubre (TOL2.045.885).

- También son importantes las circunstancias laborales. El tiempo que cada uno de los progenitores pasa fuera del casa y el que puede dedicarle a su/s hijo/s, así como el nivel adquisitivo de cada uno de ellos.
- La voluntad manifestada por el menor. Aunque ésta no es vinculante, el art. 92.2 C.c. señala que el Juez velará por el cumplimiento de su derecho a ser oídos.
- La edad de los menores y las necesidades que éstos tengan dependiendo del momento de su vida en el que se encuentren, de su estado de madurez, de su salud. Las necesidades no sólo son distintas en función de la edad, sino que menores de la misma edad, también pueden requerir cuidados distintos.
- La relación del menor con sus dos familias extensas.
- Si existe proximidad o no entre los domicilios de los progenitores.

Todos estos criterios servirán al Juez para determinar qué es lo mejor para un menor en un caso concreto. Teniendo en cuenta estas valoraciones, no se puede afirmar que el principio del interés superior del menor nos lleve, por sí sólo, a una guarda y custodia compartida, ni a una guarda y custodia monoparental, o a una guarda y custodia con un amplio régimen de visitas, o con un régimen de visitas más restringido, será necesario objetivizarlo. Una determinación apriorística sobre lo más beneficioso para el menor podría llevar a equívocos, al establecimiento de soluciones que no les favorezcan en absoluto. Por esta razón, los Jueces y Tribunales, así como el Ministerio fiscal, serán los máximos garantes de los derechos de los menores en este tipo de procesos. Hay que tener en cuenta, sobre todo, que los menores son personas y, por tanto, titulares de todos los derechos que le son inherentes a cualquier persona por el hecho de serlo. Que, además, por razón de su edad y de sus circunstancias, necesitan una protección especial y es necesario que alguien se encargue de velar por ellos.

Por regla general, son los propios progenitores los que se encarguen del cuidado y protección de sus hijos²⁷². Sin embargo, en los supuestos de crisis familiares, en los que entran en juego tantos intereses y en los que los propios progenitores también están viviendo una situación difícil e indeseada, puede que les resulte algo más complicado priorizar los intereses de sus hijos. Por esta razón, como afirma ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, “la aplicación del principio del interés del menor reviste una mayor dificultad en los litigios entre sus padres”. Razón por la cual, señala GONZÁLVEZ VICENTE, que: “el beneficio de los niños debe ser la principal motivación de las decisiones judiciales, el Juez deberá valorar y decidir teniendo en cuenta las circunstancias que concurren en los progenitores y en los hijos y resolver siempre lo mejor para éstos”²⁷³.

III.3.- EL INTERÉS DEL MENOR EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

El Tribunal Supremo, como órgano constitucional que se encuentra en la cúspide del poder judicial, es el Tribunal Superior en todos los órdenes, salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales cuya responsabilidad recae sobre el Tribunal Constitucional ajeno al poder judicial.

El Tribunal Supremo es el tribunal de última instancia en todos los casos y sus decisiones sólo pueden ser dejadas sin efecto cuando el Tribunal Constitucional encuentra lesión de los derechos y libertades constitucionales. En todos los demás casos, no es posible apelar o recurrir una decisión firme del Tribunal Supremo.

²⁷² Ya se veía con anterioridad en el estudio del art. 39 CE, que los padres son los encargados de prestar asistencia de todo orden a sus hijos. Esto implica que los progenitores deberán velar por los intereses de sus hijos y procurar siempre su beneficio.

²⁷³ GONZÁLVEZ VICENTE, P., "Guarda y custodia de los hijos", en *Derecho de Familia. Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid, 1993, pág. 111.

Como Tribunal de última instancia, llegan a él multitud de recursos ya que también conocerá y decidirá sobre los recursos ordinarios y extraordinarios previstos por la Ley contra las resoluciones de los tribunales inferiores.

Por ser la materia que ocupa a la presente investigación, corresponde examinar el contenido de aquellas sentencias del Alto Tribunal relativas a la guarda y custodia de los hijos y a cómo debe quedar protegido el interés superior del menor en estos casos.

Lo primero que se ha de recordar es el mandato constitucional del art. 39 CE según el cual los poderes públicos deberán asegurar la protección social, jurídica... de la familia. En este caso, la protección queda garantizada a través del poder judicial. A este principio constitucional se le debe añadir lo dispuesto en el art. 2 de la LOPJM según el cual "en la aplicación de la presente Ley, primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir".

Se ha estudiado ya que el interés superior del menor está por encima de los intereses individuales de los progenitores, o por lo menos debería estarlo; que la guarda y custodia compartida podría ser un modelo que garantizaría mejor el cumplimiento de este principio, así como que el interés del menor debe de estar presente en todas y cada una de las decisiones que se adopten con respecto a los mismos. En este sentido, el Tribunal Supremo también deberá procurar que, a la hora de establecer un régimen determinado de convivencia de los hijos menores con sus progenitores, el interés del menor sea íntegramente salvaguardado. Así, señala el mencionado Tribunal en sentencia de 28 de septiembre de 2009 que "la normativa relativa al interés del menor tiene características de orden público, por lo que debe ser observada necesariamente por los jueces y tribunales en las decisiones que se tomen en relación a los menores, como se afirma en la sentencia del Tribunal Constitucional 141/200, de 29 de mayo, que lo califica como -

estatuto jurídico indisponible de los menores de edad dentro del territorio nacional-"²⁷⁴.

La cuestión sobre la que resolverá el Tribunal Supremo se referirá a la discusión sobre si el juzgador *a quo* ha aplicado correctamente el interés superior del menor a la vista de los hechos de la sentencia que se recurre²⁷⁵, y no entrará a valorar la realidad que determina cuál es el interés del menor en cada caso concreto. En este mismo sentido, señala la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de noviembre de 2011, que el Alto Tribunal "debe examinar si la resolución recurrida ha aplicado correctamente los criterios objetivos en los que se concreta el interés del menor, no está autorizada para formular doctrina general"²⁷⁶.

Es cierto que el Tribunal Supremo reconoce que "conviene al interés del menor, salvo casos excepcionales, permanecer con ambos progenitores en la forma más parecida a la que precedió a la ruptura y concluye que sólo la adopción de esta medida es la mejor manera de proteger adecuadamente el interés del menor, de manera que siempre que se den los requisitos necesarios para la opción del sistema de guarda y custodia compartida, acordar esta medida es la mejor manera de proteger el interés del menor"²⁷⁷. Sin embargo, señala, que para determinar el régimen de guarda y custodia más adecuado para el menor, se deberán tener siempre en cuenta los criterios de protección del interés del menor, debiendo ser el art. 92 C.c. interpretado con esta finalidad²⁷⁸. Así, afirma ROCHA ESPÍNDOLA que "la jurisprudencia no tiene señalada un línea general que delimite el contenido del interés del menor para cualquier supuesto de hecho planteado. Lo que tiene establecido el Tribunal Constitucional es la consideración del interés superior del niño como criterio básico y preferente a la hora de elegir el progenitor del menor

²⁷⁴ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, nº 614/2009, de 28 de septiembre (TOL1.723.158).

²⁷⁵ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, nº 641/2011, de 27 de septiembre (TOL2.248.671)

²⁷⁶ Sentencia del Tribunal Supremo, nº 795/2011, de 18 de noviembre (TOL2.301.698).

²⁷⁷ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, recurso nº 681/2007, (TOL1.987.881)

²⁷⁸ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, nº 154/2012, de 9 de marzo, (TOL2. 498.899), Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, nº 961/2011, de 10 de enero (TOL2. 450. 763).

encargado de la guarda y custodia de los hijos"²⁷⁹. Y, para garantizar el principio del interés superior del menor en relación con un sistema compartido de guarda y custodia, ha señalado que:

- La guarda y custodia compartida está concebida en el art. 92 C.c. como una forma de protección del interés de los menores cuando sus progenitores no conviven, no como un sistema de premio o castigo al cónyuge por su actitud en el ejercicio de guarda. Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de noviembre de 2011²⁸⁰.

- Lo que importa es garantizar o proteger, con este procedimiento, es el interés del menor, si bien es cierto que tiene derecho a relacionarse con ambos progenitores, esto ocurrirá siempre que no se lesionen sus derechos fundamentales a la integridad física, psicológica, libertad, educación, intimidad, etc. Y ello, sin perjuicio de que esta medida pueda ser revisada cuando se demuestre que ha cambiado la situación de hecho y las nuevas circunstancias permiten un tipo distinto de guarda, o impiden el que se había acordado en un momento anterior. Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de julio de 2011²⁸¹.

- La guarda y custodia compartida está establecida en interés del menor, no de los progenitores. La norma que admite la guarda y custodia compartida no está pensada para proteger el principio de igualdad entre ambos progenitores, porque la única finalidad que persigue es que se haga efectiva la mejor forma de procurar la protección del interés del menor, exigencia constitucional establecida en el art. 39.2 CE, cuyo párrafo tercero, al mismo tiempo, impone a los progenitores la obligación de prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio... El régimen de esta asistencia siempre deberá tener en cuenta estos criterios, porque en cada uno de los casos lo que debe decidir el Juez es cuál

²⁷⁹ ROCHA ESPÍNDOLA, M., *op. cit.*, pág. 484.

²⁸⁰ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, nº 795/2011, de 18 de noviembre (TOL1.301.698), BLASCO GASCÓ, F de P., *Instituciones de Derecho Civil. Derecho de Familia*, Valencia, 2013, pág. 315.

²⁸¹ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, nº 759/2011, de 22 de julio (TOL2.196.632).

será el mejor régimen de protección del hijo, según sus circunstancias y las de sus progenitores"²⁸².

- La guarda y custodia compartida no debe ser considerado como un régimen excepcional. En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de noviembre de 2013, recordando la sentencia del mismo tribunal de 29 de abril, señala que: "la interpretación de los artículos 92, 5, 6 y 7 CC debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida que se deba tomar, que se acordará cuando concurren criterios tales como la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales; el resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada, aunque en la práctica pueda ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven. Señalando que la redacción del artículo 92 no permite concluir que se trate de una medida excepcional, sino que al contrario, habrá de considerarse normal e incluso deseable, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea"²⁸³.

En resumen, aunque el Tribunal Supremo interprete el art. 92 C.c., determine cuáles son las circunstancias para la adopción de una guarda y custodia compartida y analice los requisitos legales del primero, sólo podrá entrar a valorar si los criterios para determinar interés del menor se han tenido en cuenta por el Juez *a quo* o no²⁸⁴, no pudiendo analizar las circunstancias objetivas y

²⁸² Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, nº 641/2011, de 27 de septiembre (TOL2.248.671)

²⁸³ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, nº 757/2013, de 29 de noviembre (TOL4.031.153), Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, nº 761/2013, de 12 de diciembre (TOL4.041.997)

²⁸⁴ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, nº 758/2013, de 25 de noviembre (TOL4.035.768)

determinadas de cada caso para pronunciarse nuevamente sobre si en éstas concurre o no el interés superior del menor.

III.4.- EL INTERÉS DEL MENOR EN LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA

Se acaba de observar lo difícil que puede llegar a ser determinar el interés del menor. Existen una gran cantidad de normas, ninguna de ellas define el interés del menor y además, en los supuestos de crisis familiares, los progenitores parece que no son las personas más adecuadas para determinar cuál es el interés de sus hijos.

El principal conflicto en materia de crisis familiares suele ser la guarda y custodia de los hijos. Realmente, este problema podría considerarse reciente porque como se ha observado en el epígrafe relativo al Código civil de 1889 y sus modificaciones posteriores, en el propio Código civil se señalaba que en los casos de separación o divorcio los hijos quedarían a cargo de la madre, si el niño fuere menor de siete años. No había, pues, discusión respecto a la custodia de los hijos. Sin embargo, conforme fue pasando el tiempo y equiparándose los roles entre hombres y mujeres, la referencia al cuidado del hijo menor de siete años desapareció. Hasta ese momento el principal problema era determinar si el interés del menor, en los casos de separación o divorcio, consistía en que el menor permaneciera con su madre y viera a su padre un fin de semana de cada dos, o a la inversa, puede que lo mejor fuera que estuviera con su padre y ver a su madre un fin de semana de cada dos (aunque hay que reconocer que esto último era lo menos habitual).

Ahora, se añade algo más a la discusión sobre el interés del menor en materia de guarda y custodia. Se tiene que decidir si es mejor que los hijos menores estén con un progenitor, con el otro, o con ambos por periodos alternos. Si están con un progenitor con un régimen de visitas amplio o restringido a favor del otro, etc. Las posibilidades son infinitas. Por esta razón, cada vez se complica más determinar

qué es lo mejor para un menor en los casos en los que cesa la convivencia entre sus progenitores.

En principio, parece que lo mejor para un niño menor de edad es estar con sus padres y que éstos le cuiden²⁸⁵. Sin embargo, cuando los progenitores no viven juntos esta posibilidad desaparece y surge la necesidad de determinar cuál será la mejor manera de que el hijo pueda seguir relacionándose con sus dos progenitores, aun a pesar de su ruptura.

Hasta 2005, como ya se ha estudiado en segundo capítulo relativo a la guarda y custodia compartida, lo que existía era la posibilidad de una guarda y custodia individual, pero a partir de la mencionada fecha es posible que los progenitores cuiden alternadamente de sus hijos.

Ante la infinidad de posibilidades, la dificultad, como antes se observaba, de que sean los progenitores los que decidan debido a la carga emocional de los procesos familiares, teniendo en cuenta que la normativa relativa al interés del menor tiene características de orden público²⁸⁶, y que deberá ser observada necesariamente por los Jueces y Tribunales, serán ellos los que, con ayuda del Ministerio fiscal y de los equipos psicotécnicos adscritos a los Juzgados de familia, decidan el régimen de guarda y custodia más beneficioso para el menor, atendiendo a las circunstancias de cada caso concreto. Teniendo en cuenta únicamente el interés del menor, no se puede decir que un régimen u otro sea el más beneficioso porque habrá que atender a las circunstancias de cada caso concreto. Lo que es obvio es que cada uno de los regímenes de guarda y custodia podrá ser apropiado para un menor pero no para otro, lo que implica que todos ellos quedan a disposición de los progenitores y del Juez para que se decida de qué manera podrá, el menor, seguir manteniendo contacto con sus dos progenitores, sin que esto sea un perjuicio para él, puesto que lo importante, como afirma BELOFF, es "facilitar el

²⁸⁵ GARRIGA GORINA, M., "El criterio de la continuidad frente a la guarda conjunta", *Indret. Revista para el estudio del Derecho*, 2008, pág. 35.

²⁸⁶ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, nº 614/2009, de 28 de septiembre (TOL1. 723.158), Sentencia del Tribunal Constitucional, nº 143/1990, de 26 de septiembre (TOL81.824), Sentencia del Tribunal Constitucional, nº 298/1993, de 18 de Octubre, (TOL82.319).

establecimiento y la continuidad de lo que llamamos -relaciones familiares psicológicas- para mantener la unidad de la familia en armonía doméstica, para establecer la unidad familiar donde hubo una ruptura y para fortalecer lo que queda de la unión allí donde la ruptura es irreparable"²⁸⁷. En este mismo sentido se pronuncia DELGADO DEL RÍO quien, refiriéndose a una Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 22 de diciembre de 2008, señala que "el Tribunal acuerda mantener el sistema de guarda compartida, entre otros motivos, porque se preserva la continuidad y estabilidad de la vida familiar del menor, teniendo siempre presente a las dos figuras paternas..."²⁸⁸.

En relación con el interés del menor y la guarda y custodia compartida ha habido últimamente numerosos debates, sobre todo por parte de los grupos favorables y pro custodia compartida ya que, "una parte de la doctrina veía en la guarda y custodia compartida el régimen de convivencia más adecuado para proteger el interés del menor, al permitir la continuidad de la relación familiar entre los hijos y los progenitores"²⁸⁹. Estos debates se centran, principalmente, en la necesidad o no de que la guarda y custodia compartida se establezca por Ley en defecto de acuerdo entre los progenitores²⁹⁰. Considero que esto puede tener dos lecturas: la primera de ellas, que se considere que efectivamente la guarda y custodia compartida es el régimen más beneficioso para los menores cuyos progenitores dejan de vivir juntos y ésta sea la razón por la que se deba establecer. Y, la segunda, que si bien se puede entender que esta figura puede no siempre ser la más adecuada, se impone por Ley para darla a conocer y que, en general, se conozcan los múltiples beneficios que puede llegar a tener para que, efectivamente, sea contemplada como opción por los progenitores respecto al cuidado de los hijos a partir del cese de su convivencia, sobre todo teniendo en cuenta la necesidad de los menores de permanecer con sus dos progenitores.

²⁸⁷ BELOFF M., *Derecho, Infancia y Familia*, Barcelona, 2000, pág. 116.

²⁸⁸ DELGADO DEL RÍO, G., *op. cit.*, pág. 276.

²⁸⁹ ROCHA ESPÍNDOLA, M., *op. cit.* pág. 473.

²⁹⁰ El Consejo General del Poder Judicial, en su informe de 19 de septiembre de 2013, respecto del Anteproyecto de Ley sobre corresponsabilidad parental, no se muestra conforme con un sistema compartido de guarda y custodia cuando éste es impuesto por el Juez, esto es, cuando no hay acuerdo entre los progenitores.

Con independencia de si la guarda y custodia compartida deba tener un carácter preferente o no en la Ley, lo que sí es cierto es que se trata de una modalidad más de guarda que trata de favorecer al menor. Se puede decir que está basada en el interés del menor. Supuesto distinto es que se esté o no de acuerdo en la forma de articular este régimen. La finalidad de la guarda y custodia compartida es que el menor mantenga el contacto y la relación con sus dos progenitores aun a pesar de la ruptura, y la de tratar de facilitarle la adaptación al nuevo modelo familiar. Conciliar estas dos cuestiones son una mejor y mayor garantía de protección del menor.

Para proteger de esta manera el interés del menor, algunas Comunidades Autónomas han legislado sobre esta materia estableciendo la guarda y custodia compartida como preferente en los casos de nulidad, separación y divorcio, incluso tratando de favorecer el pacto de los progenitores en este sentido. Aunque se irán estudiando a lo largo del presente trabajo en necesario mencionar:

- El Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de "Código del Derecho Foral de Aragón", el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas, refiriéndose a la guarda y custodia compartida, señala el art. 75.2. "la finalidad de esta Sección es promover, en los casos de ruptura de la convivencia de los padres, unas relaciones continuadas de éstos con sus hijos, mediante una participación responsable, compartida e igualitaria de ambos en su crianza y educación en el ejercicio de su autoridad familiar. Asimismo, pretende que los hijos mantengan la relación con sus hermanos, abuelos y otros parientes y personas allegadas". Añade el párrafo segundo del art. 80 que "el Juez adoptará de forma preferente la custodia compartida en interés de los hijos menores, salvo que la custodia individual sea más conveniente, teniendo en cuenta el plan de relaciones familiares que deberá presentar cada uno de los progenitores y atendiendo, además, a los siguientes factores..."

- La Ley 25/2010, de 29 de julio, del Libro Segundo del Código civil de Cataluña relativo a la persona y familia, en la misma línea que la Ley aragonesa, señala en

su art. 233-10: "la autoridad judicial, si no existe acuerdo o si este no se ha aprobado, debe determinar la forma de ejercer la guarda, ateniéndose al carácter conjunto de las responsabilidades parentales, de acuerdo con el art. 233-8.1. Sin embargo, la autoridad judicial puede disponer que la guarda se ejerza de modo individual si conviene más al interés del hijo". No impone ningún tipo de guarda.

- En Valencia, la Ley 5/2011, de 1 de abril, de la Generalitat Valenciana, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven, señala en su art. 5.2 que "Como regla general, atribuirá a ambos progenitores, de manera compartida, el régimen de convivencia con los hijos e hijas menores de edad, sin que sea obstáculo para ello la oposición de uno de los progenitores o las malas relaciones entre ellos".

- En Navarra, el Juez establecerá el tipo de guarda y custodia que considere más adecuado para el interés de los menores atendiendo a las circunstancias que se enumeran en el art. 3 de la Ley Foral.

Se observa, pues como lo importante es el interés del menor y parece que la guarda y custodia compartida la mejor forma de salvaguardarlo. Todo ello sin perjuicio de las circunstancias concretas de cada caso.

Se han comentado las distintas posibilidades de decisión en el caso del Anteproyecto de Ley de corresponsabilidad parental. Simplemente señalar que, con independencia del régimen que se adopte, ya sea por los progenitores o por el Juez, siempre se deberá establecer el que sea más conveniente para la protección de los menores (art. 92 BIS Anteproyecto).

Capítulo IV

MEDIACIÓN FAMILIAR Y GUARDIA Y CUSTODIA

IV.1.- MEDIACIÓN EN GENERAL

IV.1.1.- Concepto

Señala el Libro Verde, sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil presentado por la Comisión de las Comunidades Europeas en el año 2002 que "desde hace algunos años se asiste en los Estados miembros al desarrollo de las modalidades llamadas alternativas de solución o de resolución de conflictos, aunque todo el mundo esté de acuerdo en que estos sistemas son muy antiguos. Las ventajas inherentes a estas modalidades de justicia privada y la crisis de eficacia de los sistemas judiciales suscitaron un interés renovado hacia estos métodos de apaciguamiento de los conflictos más consensuales que el recurso al Juez o a un árbitro. A escala comunitaria se han desplegado esfuerzos considerables para acompañar su desarrollo, especialmente en el ámbito de la sociedad de la información, con miras a incrementar la confianza del consumidor y de la pequeña y mediana empresa en el comercio electrónico".

En el mencionado Libro Verde "la noción de modalidad alternativa de solución de conflictos designa los procedimientos extrajudiciales de resolución de conflictos aplicados por un tercero imparcial, de los que el arbitraje propiamente dicho queda excluido". Y se puede decir que la mediación forma parte de este conjunto de procedimientos de resolución de conflictos que se han considerados extrajudiciales y que se encuadra dentro de los conocidos como *ADR (Alternative Dispute Resolution)*, esto es: métodos alternativos de resolución de conflictos²⁹¹.

²⁹¹ TENA PIAZUELO, I., "Ley aragonesa de mediación familiar..., la que faltaba", Diario La Ley, nº 7626, 2011, pág. 3.

La mediación es definida por la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2008 como "un procedimiento estructurado, sea cual sea su nombre o denominación, en el que dos o más partes en litigio intentan voluntariamente por sí mismas alcanzar un acuerdo sobre la resolución de su conflicto con la ayuda de un mediador". Continúa diciendo que mediador es "todo tercero a quien se pida que lleve a cabo una mediación de forma eficaz, imparcial y competente, independientemente de su denominación o profesión en el Estado miembro en cuestión y del modo en que haya sido designado o se le haya pedido que lleve a cabo la mediación". En el mismo sentido se pronuncia la exposición de motivos de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles.

La publicación de la mencionada directiva Europea dio un gran impulso a la mediación²⁹², aunque es cierto que, ya desde la Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa, Recomendación N° R (98) 1 sobre mediación familiar, las diferentes definiciones sobre mediación en general así como sobre la mediación familiar, han sido numerosas. Con carácter general, la mediación ha sido definida por TENA PIAZUELO como "un proceso en el que un tercero (es decir, el mediador), que no está directamente implicado en la cuestión conflictiva, facilita la discusión entre las partes intentando ayudarlas a resolver sus dificultades y lograr un acuerdo"²⁹³. CASTILLEJO MANZANARES señala: "con la mediación se ha buscado lograr un mecanismo de solución de conflictos apto para supuestos concretos necesitados de diálogo y composición". Continúa diciendo que es un mecanismo de solución de conflictos caracterizado por la "intervención en una disputa o negociación, de un tercero competente e imparcial, aceptado por las partes, que carece de poder de decisión y que les ayudará a alcanzar voluntariamente su propio arreglo. La mediación tiene sentido, en primer lugar, desde el momento en que existe el conflicto entre dos o más partes que no

²⁹² BARONA VILAR, S., *Mediación en asuntos civiles y mercantiles en España*, Valencia, 2013, pág. 75.

²⁹³ TENA PIZUELO, I., "Crisis de pareja, mediación familiar, y reconciliación, reseña de una oportunidad perdida", *Actualidad civil*, n° 13-14, 2012, pág. 9.

se ponen de acuerdo"²⁹⁴. ESCRIVÁ IVARS, dando algunas pinceladas más sobre la mediación, afirma que "la mediación, en general, como institución compleja, aplicable a diferentes ámbitos, es un método de resolución de conflictos, con la intervención de una tercera persona imparcial y experta, previamente solicitada y aceptada por las partes, ya sea a iniciativa propia o por indicación de la autoridad judicial o administrativa, que tiene por objeto ayudar a las partes y facilitarles la obtención por sí mismos de un acuerdo satisfactorio"²⁹⁵. COBAS, VALERO Y BARAT afirman que la mediación es un método alternativo y/o complementario de resolución de conflictos que aporta una forma diferente de abordar y resolver las disputas en aquellos casos en que exista una relación que vaya a perdurar en el tiempo o que sea legalmente complicada de resolver"²⁹⁶. O bien, siguiendo a CORVO LÓPEZ, se puede decir que la mediación se revela como "un instrumento de pacificación del sistema en crisis, cuyo principal objetivo estriba en crear lazos que permitan a las personas en conflicto regular sus relaciones futuras alcanzando acuerdos satisfactorios para ambas partes"²⁹⁷.

No obstante, a pesar de todas estas definiciones de las que se extraen parte de los caracteres y principios que seguidamente se estudiarán de la mediación, como puede ser la voluntariedad del proceso, o la posibilidad de encontrar en él acuerdos a través del diálogo y la comunicación entre las partes, no se puede atribuir a la mediación, como señala RABASA SANCHIS²⁹⁸, un carácter "cuasi mágico capaz de resolver de forma inmediata los problemas seculares de nuestra administración de justicia". Como se comentaba, seguidamente se verán todos los beneficios o ventajas de la mediación, pero sin olvidar que no se puede afirmar que la mediación sea la solución a todos los problemas, ni que, a la inversa, todos los problemas o conflictos son susceptibles de ser solucionados a través de la

²⁹⁴ CASTILLEJO MANZANARES, R., *op. cit.*, pág. 372.

²⁹⁵ ESCRIVÁ IVARS, J., *Matrimonio. Mediación Familiar*, Madrid, 2001, pág. 129.

²⁹⁶ COBAS COBIELLA, M^a E., VALERO LLORCA, J, BARAT TREJO, J., "Modernización de la justicia y Mediación. Una visión desde la Ley Valenciana", *Revista de Derecho Civil Valenciano*, n^o 10, 2011, pág. 4.

²⁹⁷ CORVO LÓPEZ, E. M^a., "Los hijos menores ante la mediación familiar", en HERRERA CAMPOS, R., BARRIENTOS RUIZ, M.A. (coord.), *Derecho y familia en el s. XXI, II Congreso Mundial de Derecho de Familia y Menores*, Almería, 2011, pág. 261.

²⁹⁸ RABASA SANCHIS, B., "Arbitraje y mediación como fórmulas alternativas de resolución de conflictos: ventajas y limitaciones", *El Legajo*, n^o 18, 2010, pág. 24.

mediación. Sin ir más lejos, por ejemplo, la mediación está prohibida por Ley en determinados ámbitos como el de la violencia de género.

IV.1.2.- Marco legislativo

La mediación comienza en Estados Unidos y Canadá²⁹⁹ a principios del siglo³⁰⁰, sobre todo en el ámbito familiar. De ahí que la primera normativa que se puede encontrar a nivel europeo en materia de mediación quede reservada a este ámbito. Como se comentaba anteriormente, la Recomendación nº R (98)1 sobre Mediación Familiar aprobada por el Consejo de Ministros de los Estado miembro el 21 de enero de 1998 da un gran impulso en España a la mediación en general y a la mediación familiar en particular, especialmente con la promulgación de todas las Leyes autonómicas de mediación familiar que seguidamente se estudiarán.³⁰¹ En ella "se recomienda a los Gobiernos de los Estados miembro a: instituir o promover la mediación familiar, o llegado el caso, reforzar la mediación familiar existente; tomar o reforzar cualquier medida que se estime necesaria... para la promoción y utilización de la mediación familiar como mecanismo apropiado de resolución de litigios familiares, para ello, los Estados podrán organizar y poner en práctica la mediación de la manera que consideren oportuna, ya sea a través del sector público o privado, así como, tomar medidas necesarias que permitan a las partes el acceso a la mediación familiar, incluyendo la mediación internacional, con el fin de contribuir al desarrollo de esta modalidad de acuerdo amistosos de los litigios familiares"³⁰². Desde esta recomendación, se han ido sucediendo en los

²⁹⁹ MARTÍN DIZ, F., *La mediación: sistema complementario de Administración de Justicia*, Madrid, 2010, pág. 58.

³⁰⁰ BARONA VILAR, S., "La mediación: un mecanismo para mejorar y complementar la vía jurisdiccional. Ventajas e inconvenientes. Reflexiones tras la aprobación de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles", en ETXEBARRIA GURIDI, J.F (Dir.), *Estudios sobre el Significado e Impacto de la Mediación: ¿Una Respuesta innovadora en los Diferentes Ámbitos Jurídicos?*, Navarra, 2012, pág. 26.

³⁰¹ ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIEGA, L., *Actualización del derecho de familia y sucesiones*, Madrid, 2006, pág. 149.

³⁰² LÓPEZ SAN LUÍS, R., "La mediación familiar como instrumento para la adopción de la guarda y custodia compartida", en GARCÍA GARNICA, M^º del M. (Dir.), *La protección del menor en las rupturas de pareja*, Pamplona, 2009, pág. 389.

distintos países de la Unión Europea Leyes, de mediación familiar así como Leyes dedicadas a asuntos mediación en asuntos civiles y mercantiles.

Si se continúa en el ámbito Europeo, el Libro Verde de la mediación de año 2002 resulta determinante, su sinopsis señala que: "las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil (se denominarán "ADR" por "*Alternative Dispute Resolution*") suscitan un interés renovado en la Unión Europea por tres motivos: en primer lugar, se ha tomado conciencia de la nueva eclosión de las ADR en la práctica en beneficio de los ciudadanos, cuyo acceso a la justicia ha mejorado gracias a ello. En segundo lugar, las ADR son objeto de especial atención por parte de los Estados miembros, atención que en ocasiones desemboca en trabajos de carácter legislativo. Por último, las ADR representan una prioridad política -confirmada en varias ocasiones- para las instituciones de la Unión Europea a las que incumbe promover estas modalidades alternativas, procurar el mejor entorno posible para su desarrollo y esforzarse por garantizar su calidad".

Aplicando lo dispuesto en el Libro Verde a la mediación, se ha de hacer hincapié en el papel de ésta como instrumento al servicio de la paz social. En la mediación, los terceros no toman ninguna decisión, las propias partes no se enfrentan sino que, al contrario, emprenden un proceso de aproximación, eligen el método de resolución del conflicto y desempeñan un papel más activo en este proceso para intentar descubrir por sí mismas la solución que más les conviene. Una vez resuelto el conflicto, este enfoque consensual incrementa para las partes la posibilidad de que las partes sigan manteniendo relaciones de carácter comercial o de otro tipo.

Observándose, por tanto la importancia de las ADR y de la mediación, también se publicó por el Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea, la Directiva 2008/52/CE de 21 de mayo de 2008, sobre algunos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles. Señala la Directiva que "la mediación puede dar una solución extrajudicial económica y rápida a conflictos en asuntos civiles y mercantiles, mediante procedimientos adaptados a las necesidades de las partes.

Es más probable que los acuerdos resultantes de la mediación se cumplan voluntariamente y también que preserven una relación amistosa y viable entre las partes". Y "para promover el uso más frecuente de la mediación y garantizar que las partes que recurran a ella puedan contar con marco jurídico predecible, es necesario establecer una legislación marco que aborde, en particular, los aspectos fundamentales del procedimiento civil".

El objetivo primordial de la Directiva, tal y como se establece en su art. 1, es "facilitar el acceso a modalidades alternativas de solución de conflictos y fomentar la resolución amistosa de litigios promoviendo el uso de la mediación y asegurando una relación equilibrada entre la mediación y el proceso judicial".

Si bien la Directiva Europea data del año 2008, lo cierto es que, en España, no se aprueba una Ley de mediación civil hasta el año 2012³⁰³. La mediación, con carácter general, y sin perjuicio de las legislaciones autonómicas en materia de mediación familiar, fue regulada por la Ley 5/2012, de 6 de julio de mediación en asuntos civiles y mercantiles. La mencionada Ley, modifica algunos preceptos de la Ley de Enjuiciamiento civil (LEC), para articular la mediación en el proceso civil, además de anunciar el futuro desarrollo reglamentario del control del cumplimiento de los requisitos de la mediación exigidos en la Ley. En la actualidad, tal mandato reglamentario trata de cumplirse en el Proyecto de Real Decreto por el que se desarrolla la Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles en materia de formación, registro y aseguramiento de la responsabilidad profesional de los mediadores, y en el Proyecto de Real Decreto por el que se regula la mediación por medios electrónicos. El único desarrollo de la mencionada Ley se encuentra en el Real Decreto por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles.

Hay que señalar que, con carácter general, la normativa autonómica se circunscribe al ámbito de la mediación familiar. Sin embargo, Cataluña se adelantó a la legislación estatal en materia de mediación civil al promulgar su Ley

³⁰³ BARONA VILAR, S., *Mediación en asuntos civiles...*, op. cit., pág. 75.

15/2009, de 22 de julio, de mediación en el ámbito del derecho privado. Señala su preámbulo que "la presente Ley se circunscribe en una corriente europea de actualización de Leyes de mediación", señalando que Austria y Bélgica han promulgado Leyes de mediación en general. La primera cuenta con la Ley 29/2003, mientras que la legislación belga data del 21 de febrero de 2005.

La mencionada Ley de mediación civil de Cataluña tiene como objetivo, entre otros, "ampliar el alcance de la mediación a determinados conflictos del ámbito civil caracterizados por la necesidad de las partes de mantener una relación viable en el futuro".

IV.1.3.- Principios

Con el mencionado panorama legislativo, los principios que se predicen de la mediación con carácter general, vienen a coincidir tanto en la legislación europea como en la española, así como en las legislaciones autonómicas. La Ley 5/2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles señala como principios de la mediación los siguientes:

1) principio de voluntariedad (art. 6): "la mediación es voluntaria... Nadie está obligado a mantenerse en el procedimiento de mediación ni a concluir un acuerdo". Esta voluntariedad, señala MÁS BADÍA, opera en sentido positivo respecto de las partes que se someten a mediación ya que éstas son libres de acudir a mediación o no, e incluso de desistir o abandonar la misma a lo largo del procedimiento, mientras que respecto de la génesis del proceso mediador, la voluntariedad opera desde un punto de vista negativo. Desde el punto de vista del sistema, no se excluye la posibilidad de que legalmente se pueda ordenar, con carácter obligatorio, la asistencia a una sesión informativa de mediación cuando así lo acuerde el órgano judicial correspondiente³⁰⁴. En este mismo sentido, SOLETO MUÑOZ, señala, que en otros ordenamientos como en los de Argentina, Alemania, Bélgica o Grecia, "la mediación puede ser un trámite obligado, o al

³⁰⁴ MÁS BADÍA, "Mediació Familiar y condifencialitat. Comentari a la Snetència del Tribunal Suprem núm. 109/2011, de 2 de març", Revista de Derecho Civil Valenciano, nº 10, 2011, pág. 8.

menos acudir a una sesión informativa... No obstante, la Directiva Europea recalca el carácter voluntario de la mediación al establecer la posibilidad de invitar a las partes a recurrir a mediación o a una sesión de información"³⁰⁵.

En cualquier caso, como afirman MUNNÉ y VIDAL, "la mediación se basa en la autonomía de la voluntad desde su origen hasta su conclusión, pasando por todo el procedimiento que se siga para su desarrollo"³⁰⁶.

2) la imparcialidad y neutralidad (arts. 7 y 8): "en el procedimiento de mediación se garantizará que las partes intervengan con plena igualdad de oportunidades... desarrollando la mediación de forma que permita a las partes alcanzar por sí mismas un acuerdo de mediación". El mediador deberá realizar su tarea de forma neutral e imparcial, constituyendo esta neutralidad e imparcialidad deberes del profesional mediador³⁰⁷. Así, la imparcialidad en este ámbito, afirma LÓPEZ SAN LUÍS, "viene a ser entendida como la cualidad de no tomar partido por alguna de las partes en conflicto, tratando objetivamente la cuestión, descubriendo los intereses y necesidades de los implicados. Como el hecho, por parte del mediador, de no actuar en aquellos casos en que tenga o haya tenido una relación personal o profesional, con cualquiera de ellas, que comprometa su imparcialidad"³⁰⁸. La neutralidad, señala CASTILLEJO MANZANARES, vendrá determinada porque la persona del mediador "no podrá orientar ni menos imponer a las partes su propia escala axiológica frente a la propia de cada parte, evitando así plantear alternativas que vayan dirigidas a alcanzar soluciones que sean más conformes a la propia escala de valores de la persona mediadora"³⁰⁹. En este mismo sentido, afirma SILLERO CORVETTO, que ser imparcial en mediación "supone no favorecer indebidamente a alguno de los intervinientes, mantenerse

³⁰⁵ SOLETO MUÑOZ, H., "La mediación en el ámbito de la ruptura matrimonial", en LASART.E, C., (ed.), *Familia, matrimonio y divorcio en los albores del siglo XXI. Jornadas internacionales sobre las reformas del Derecho de Familia*, Madrid, 2006, pág. 413.

³⁰⁶ MUNNÉ CATARINA, F., VIDAL TEIXIDÓ, A., *La Mediación. Resolución pacífica de conflictos. Régimen jurídico y eficacia procesal.*, Madrid, 2013, pág. 14.

³⁰⁷ LAUROBA LACASA, M^a. E., "La ,Mediación familiar en Cataluña", en GINÉS CASTELLE, T. N., *La familia del siglo XXI. Algunas novedades del Libro II del Código civil de Cataluña*, Barcelona, 2011, pág. 150.

³⁰⁸ LÓPEZ SAN LUÍS, R., *op. cit.*, pág. 393.

³⁰⁹ CASTILLEJO MANZANARES, R., *op. cit.*, pág. 380.

equidistante entre ambos y tener como premisa, a lo largo de todo el proceso, que la tarea está presidida por los criterios de la verdad y la equidad"³¹⁰.

3) la confidencialidad (art. 9): "el procedimiento de mediación y la documentación utilizada en el mismo es confidencial. La obligación de confidencialidad se extiende al mediador, que quedará protegido por el secreto profesional, a las instituciones de mediación, y a las partes intervinientes de modo que no podrán revelar la información que hubieran podido obtener derivada del procedimiento". Siguiendo a la recientemente mencionada autora, la confidencialidad opera respecto de tres niveles con respecto al mediador: el primero de ellos en cuanto a su secreto profesional de manera tanto de los hechos como de las circunstancias que le han sido confiados; el segundo, en cuanto a que no podrá ser llamado en juicio como testigo ni como perito y, el tercero, respecto de las partes sometidas a mediación, quienes también tendrán el deber de confidencialidad y no podrán utilizar en un posible proceso judicial posterior ningún documento aportando, ni nada de lo dicho en mediación³¹¹. ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, señala, respecto de la confidencialidad, que en virtud de este principio "las partes y el mediador se comprometen a guardar secreto de todo lo que se hable y a no utilizar la información en un posterior procedimiento judicial o una parte contra la otra"³¹².

IV.2.- MEDIACIÓN FAMILIAR

IV.2.1.- Introducción

A lo largo del presente trabajo, principalmente al estudiar la patria potestad y la guarda y custodia, se ha observado la evolución de estos conceptos. Por un lado

³¹⁰ SILLERO CROVETTO, B., "Principios generales de la mediación familiar", en LASART.E, C. (ed.), *Familia, matrimonio y...* op. cit., pág. 402.

³¹¹ CASTILLEJO MANZANARES, R., op. cit., pág. 382.

³¹² ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L., *Actualización del Derecho...* op. cit., pág. 152.

respecto a la patria potestad se ha podido estudiar cómo pasa de ser un derecho de los padres a un deber ejercido en beneficio de los hijos, mientras que respecto al concepto de guarda y custodia parece que éste ha quedado obsoleto y ahora se prefiere hablar de régimen de convivencia.

Esta evolución legislativa, trae su causa en una notable evolución social que se ha visto plasmada en todas las reformas que, con carácter general, ha ido experimentando el Derecho de familia. Todo ello al amparo del art. 39 CE que garantiza el apoyo a la familia y que obliga a los poderes públicos a establecer las normas necesarias para la protección de la familia.

La transformación social de España es innegable. Las circunstancias, con el paso del tiempo van cambiando y el Derecho debe de ocuparse de legislar las nuevas situaciones. Además, hay que tener en cuenta que, como señala TORRERO MUÑOZ, los asuntos de familia pertenecen al sector público, afirmar que la vía judicial es la única forma de poner fin al litigio familiar representaría una visión "exageradamente institucional y iuspublicista de la familia en la que poco o nada se acomoda al momento presente"³¹³.

En la actualidad, en una sociedad marcada por el descenso de la natalidad, la incorporación de la mujer al mercado laboral, el papel activo del hombre en el hogar, etc., lo cierto es que se ha generado, como afirma LOPEZ SAN LUÍS, "una modificación ostensible en las funciones parentales, cuyos efectos se hacen notar, de forma muy especial, en las situaciones de separación y divorcio"³¹⁴. Así, se ha producido, de hecho, una modificación en las relaciones familiares de manera que cada, vez más, ambos progenitores se involucran en las relaciones familiares. Las funciones parentales han cambiado. Sin embargo, no lo han hecho las consecuencias que se derivan de la ruptura, no ya de las relaciones familiares en general, pero sí del vínculo entre los progenitores.

³¹³ TORRERO MUÑOZ, M., *Las crisis familiares en la jurisprudencia. Criterios para una mediación familiar*. Valencia, 1999, pág. 21.

³¹⁴ LÓPEZ SAN LUÍ, R., *op. cit.*, pág. 387.

La evolución legislativa en los últimos 30 años ha sido intensa en materia de familia. "Pocas ramas del Derecho están sufriendo una evolución tan amplia en los últimos tiempos como el Derecho de familia, y ello es debido a que los sólidos principios éticos, morales y jurídicos en que se basaba la institución matrimonial, están siendo revisados desde el punto de vista funcional y organizativo, ante la presencia de factores que antes no existían"³¹⁵. Sin embargo, todas estas reformas no han conseguido un descenso en el número de nulidades, separaciones y divorcios. De hecho, en este sentido, afirma CASTILLEJO MANZANARES que "los litigios ante los Tribunales se han multiplicado, los procedimientos se alargan y con ello crecen los gastos inherentes a los mismos, así como la cantidad, la complejidad y el carácter técnico de la justicia, sin olvidar el coste emocional que supone para las partes implicadas..."³¹⁶.

Del conflicto en general, ROMERO NAVARRO afirma "es un fenómeno consustancial a las relaciones humanas", pero en particular y respecto a los conflictos y desacuerdos que surgen durante el proceso de ruptura, señala, que de ellos se derivan numerosas consecuencias emocionales, afectivas, legales, económicas, educativas, etc., y a todas ellas habrá que dar solución³¹⁷. SILLERO CROVETTO afirma que es ya sobradamente conocido por los distintos profesionales de la salud, sociólogos y juristas, que "la ruptura matrimonial o de pareja da lugar a un proceso conflictivo doloroso, y genera niveles muy perjudiciales de ansiedad". Además, se trata de una situación que no afecta exclusivamente a los progenitores sino también a los hijos, quienes son "los más afectados por el impacto emocional que generan estas situaciones"³¹⁸, además, la utilización, en innumerables ocasiones del juzgado como campo de batalla y de, como afirma ORTUÑO MUÑOZ, "degradación de la intimidad familiar", hace que se busquen nuevas vías o mecanismos que tiendan a buscar una solución

³¹⁵ ORTUÑO MUÑOZ, P., "Criterios sobre la distribución de funciones en el ejercicio de la patria potestad conjunta, en las crisis matrimoniales", en *Derecho de Familia*. Cuadernos de Derecho judicial, Madrid, 1993, pág. 479.

³¹⁶ CASTILLEJO MANZANARES, R., *op. cit.*, pág. 370.

³¹⁷ ROMERO NAVARRO, F., "La custodia compartida. Una perspectiva sociológica. Función del mediador", en ROMERO NAVARRO, F. (coord.), *La mediación una visión plural: diversos campos de aplicación*, Canarias, 2005, pág. 104.

³¹⁸ SILLERO CROVETTO, B., *op. cit.*, pág. 399.

negociada, pacífica y más consensuada. Por esta razón se trata de potenciar la mediación en el ámbito familiar.

La mediación aparece como recurso apropiado para resolver los problemas de la familia y ello por las razones a las que se ha referido FÁBREGA RUIZ³¹⁹:

- "Se trata de un procedimiento que favorece al obtención de soluciones pacíficas.
- Mejora la comunicación entre los miembros de la familia.
- Reduce los conflictos entre las partes en litigio.
- Asegura la continuidad de las relaciones entre padres e hijos
- Permite que los costes económicos derivados de la ruptura sentimental sean menores.
- Reduce el tiempo de solución de los conflictos".

Como se comentaba, en ocasiones, los procesos judiciales no hacen sino incrementar más la conflictividad, tanto en duración como intensidad, razón por la cual se considera más beneficioso para los miembros de la familia acudir a vías extrajudiciales de resolución de conflictos como la mediación³²⁰, que posibiliten "el entendimiento, el consenso, la planificación conjunta, la flexibilidad, la

³¹⁹ FÁBREGA RUIZ, C.F., "Mediación familiar y ejercicio de la patria potestad", Diario la Ley, nº 7443, 2010, pág. 2.

³²⁰ En este mismo sentido señala SILLERO CROVETTO, B., *op. cit.*, pág. 405 que "en la sociedad civil la familia constituye el núcleo originario y básico para el desarrollo personal de sus miembros. La estabilidad familiar constituye el índice más indicativo de paz social: al contrario, los conflictos familiares comportan dolorosas secuelas para los miembros de la familia en conflicto, que frecuentemente conllevan dolorosas secuelas para sus protagonistas, y por ende en su entorno social. En suma, está claro que los conflictos familiares deben ser remediados de la manera más efectiva posible mediante la búsqueda de mecanismos que coadyuden a la estabilidad familiar o, al menos, que alivien las tensiones que surjan".

coordinación", etc. Todos ellos beneficios de la mediación y que tanto a corto como a largo plazo, han ido obteniendo una sólida base de apoyo empírico³²¹.

En este contexto, en el de las relaciones familiares, la mediación va adquiriendo notoriedad y es comúnmente aceptada y conocida como vía para alcanzar pactos de mutuo acuerdo³²². Su efectividad real "ha sido contrastada de modo suficiente... revelándose como instrumento eficaz en la solución de los problemas de las discordancias entre esposos o pareja"³²³. Y puede decirse, como afirma TENA PIAZUELO, que en este momento la mediación "es el instrumento de gestión de crisis familiares más popularizado"³²⁴.

IV.2.2.- Regulación legal

Se ha estudiado que la mediación en general viene regulada en la Ley 5/2012 de mediación en asuntos civiles y mercantiles. No obstante, como también se apuntaba, la regulación de la mediación familiar es muy anterior a la mencionada fecha. En este sentido, fue la Recomendación Europea de 1998 la que dio un gran impulso a la mediación familiar. Comenzó, en el mencionado año, el camino legislativo de la mediación familiar cuyo resultado se ha ido viendo en las

³²¹ JUSTICIA DÍAZ, "Los hijos ante el proceso de divorcio de sus padres y su papel en la mediación familiar", en GARCÍA GARNICA, M^a del C. (Dir.), *op. cit.*, pág. 405 y 406. Además, añade la mencionada autora que "el impacto negativo de la conflictividad entre los padres en la adaptación de los hijos parece estar mediado por los problemas o desajustes que se producen en las prácticas de crianza tanto del padre como de la madre, sobre todo en el primer año después de la separación. Los padres, en este tiempo, también están inmersos en manejar sus propias respuestas emocionales al divorcio, en abordar el ejercicio en solitario de la educación de los hijos, integrándolo con sus obligaciones laborales y sociales. Es cierto que sobre estos aspectos la mediación no supone una terapia ni un programa de intervención, pero no por ello deja de ser una oportunidad para educar a los padres, para que se centren en las necesidades de los hijos, para que limen sus diferencias en las pautas educativas que utilizan y sean consistentes en la aplicación de disciplina, para que establezcan o refuercen las dinámicas a seguir en la toma de decisiones sobre cuestiones que directamente afectan a los menores".

³²² La mediación, afirma LLOPIS GINER, "intenta evitar el sufrimiento innecesario entre las partes en conflicto, lo que permite afirmar que se busca una solución justa y rápida". LLOPIS GINER, J.M., "La Mediación: concepto y naturaleza", en LLOPIS GINER, J.M., (Coord.), *Estudios sobre la Ley Valenciana de Mediación Familiar*, Valencia, 2003, pág. 13.

³²³ CASTILLEJO MANZANARES, R. *op. cit.*, pág. 378. En este mismo sentido, LÓPEZ SAN LUÍS, R., *op. cit.*, pág. 388.

³²⁴ TENA PIAZUELO, I., "Crisis de pareja, mediación..." *op. cit.*, pág. 8.

correspondientes Leyes de mediación familiar de cada una de las comunidades autónomas. Se mencionarán todas ellas, aunque a lo largo del presente trabajo se tomarán como referencia sólo algunas entendiendo que casi todas regulan los mismos aspectos y citando algunas de ellas a modo de ejemplo. Así, España cuenta con las siguientes Leyes de medición familiar:

- Andalucía: Ley 1/2009, de 27 de febrero, reguladora de la Mediación Familiar en la Comunidad Autónoma de Andalucía junto con el Decreto 37/2012, de 21 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Desarrollo de la Ley 1/2009, de 27 de febrero, reguladora de la Mediación Familiar en la Comunidad Autónoma de Andalucía.
- Aragón: Ley 9/2011, de 24 de marzo, de Mediación Familiar de Aragón.
- Asturias: Ley del Principado de Asturias 3/2007, de 23 de marzo, de Mediación Familiar.
- Baleares: Ley 14/2010, de 9 de diciembre, de Mediación Familiar de las Illes Balears y Decreto 66/2008, de 30 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley 18/2006, de 22 de noviembre, de Mediación Familiar.
- Cantabria: Ley 1/2011, de 28 de marzo, de Mediación de la Comunidad Autónoma de Cantabria
- Castilla y León: Ley 1/2006, de 6 de abril, de Mediación Familiar de Castilla y León y Decreto 61/2011, de 13 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley 1/2006, de 6 de abril, de Mediación Familiar de Castilla y León.
- Castilla La Mancha: Ley 4/2005 de 24 de mayo del Servicio Social especializado de Mediación Familiar.
- Canarias Ley 15/2003, de 8 de abril, de la Mediación Familiar y Ley 3/2005, de 23 de junio, para la modificación de la Ley 15/2003, de 8 de abril, de la Mediación Familiar.

- Cataluña: Ley 15/2009, de 22 de julio, de mediación en el ámbito del Derecho Privado y el Decreto 135/2012, de 23 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 15/2009, de 22 de julio, de mediación en el ámbito del derecho privado.
- Comunidad Valenciana: Ley 7/2001, de 26 de noviembre, reguladora de la Mediación Familiar en el ámbito de la Comunidad Valenciana.
- Galicia: Ley 4/2001, de 31 de mayo, reguladora de la Mediación Familiar de Galicia, y Decreto 159/2003, de 31 de enero por el que se regula la figura del mediador familiar, en el Registro de Mediadores Familiares de Galicia y el reconocimiento de la mediación gratuita.
- Madrid: Ley 1/2007, de 21 de febrero, de Mediación Familiar de la Comunidad de Madrid.
- País Vasco: Ley 1/2008, de 8 de febrero, de Mediación Familiar.

No cuentan con legislación específica en materia de mediación familiar Navarra, Extremadura, Murcia y La Rioja. No obstante, estas comunidades autónomas cuentan con Leyes que, aunque se dediquen más al ámbito social, se refieren también a la mediación familiar³²⁵. En cualquier caso, y aunque no exista una Ley específica dedicada exclusivamente a la mediación familiar, siempre se puede encuadrar ésta por la mediación civil, quedando, por tanto, amparada legalmente por la Ley de mediación de 2012 y participando de los principios de ésta, que, en líneas generales, vienen a coincidir con los principios de la mediación familiar.

Con carácter general, las exposiciones de motivos de las mencionadas Leyes hacen referencia a la poca efectividad de las instancias judiciales a la hora de

³²⁵ Por ejemplo, en Navarra, la Ley Foral 22/2002, de 2 de julio, para la adopción de medidas integrales contra la violencia sexista señala en su art. 12.ter que "1. El Departamento competente en materia de familia ofrecerá gratuitamente programas de mediación para la solución de los conflictos familiares que puedan surgir en situaciones de crisis matrimonial o ruptura de pareja. 2. Por mediación familiar se entenderá, a estos efectos, la actuación de especialistas en los ámbitos psico-socio-familiar y jurídico, dirigida a la búsqueda de puntos de acuerdo en los aspectos relacionados con la separación, divorcio o nulidad matrimonial o ruptura de la unión de pareja, al objeto de evitar potenciales conflictos o desavenencias entre las partes."

resolver las controversias derivadas de los problemas familiares buscando así nuevas formas de resolución de este tipo de conflictos, tan marcados por su carácter personal y emocional, que permitan alcanzar soluciones consensuadas que supongan un mayor beneficio para todos los miembros de la familia, y en especial para los hijos menores³²⁶.

Al finalizar este capítulo, se estudiará la forma de articular la guarda y custodia a través de la mediación familiar. Sirva de adelanto en este sentido que las legislaciones autonómicas que regulan la custodia compartida contienen una referencia a la mediación familiar, a excepción de la legislación valenciana. La legislación aragonesa relativa a las relaciones familiares en los casos de ruptura de la convivencia de los padres señala, en su exposición de motivos, que en la mencionada Ley, se "regula la posibilidad de que los progenitores, de común acuerdo o por decisión del Juez, acudan en cualquier momento a la mediación familiar para resolver sus discrepancias derivadas de la ruptura. La mediación familiar resulta un instrumento fundamental para favorecer el acuerdo entre los progenitores, evitar la litigiosidad en la ruptura y fomentar el ejercicio consensuado de las responsabilidades parentales tras la ruptura". La regulación se encuentra en el art. 4 de la mencionada Ley³²⁷. Por su parte, la Ley catalana del Libro Segundo del Código civil catalán regula la mediación en el art. 233-6, aunque ya en la exposición de motivos se refiere a ella como "la herramienta para garantizar la estabilidad de las relaciones posteriores a la ruptura entre los progenitores".

La Ley Foral navarra también se refiere a la mediación familiar. Al igual que las demás legislaciones autonómicas, considera la mediación familiar como un mecanismo adecuado para la resolución de conflictos familiares y, en particular,

³²⁶ En este sentido se pronuncian, por ejemplo, las exposiciones de motivos de las Leyes de mediación familiar de Aragón, Andalucía, Cataluña o Madrid.

³²⁷ Es cierto que la Ley a la que se hace referencia fue derogada por el Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de «Código del Derecho Foral de Aragón», el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas, pero lo único que ha cambiado ha sido la numeración de los arts. tras su incorporación al Código foral aragonés. No obstante, el contenido es el mismo y los principios inspiradores de la Ley también continúan inalterados.

aquellas cuestiones derivadas del cese de la convivencia de los progenitores, como la guarda y custodia de los hijos. Señala la mencionada Ley en su art. 2 que: "los padres podrán someter voluntariamente sus discrepancias a mediación familiar, con vistas a lograr un acuerdo. Asimismo, el Juez podrá igualmente proponer una solución de mediación en caso de presentación de la demanda judicial".

Se observa, pues, un sinfín de normas autonómicas que, o bien regulan la mediación familiar, o bien se refieren a ella de algún modo. Sin embargo, sorprende que, a pesar de tener legislación nacional en materia de mediación civil y mercantil, así como legislación autonómica en materia de mediación familiar, no se encuentre en el Código civil ningún artículo que haga referencia a esta vía más pacífica de solución de conflictos.

Ya se ha comentado en innumerables ocasiones la insuficiencia de la reforma del Código civil operada por la Ley de 2005. Pues bien, en el ámbito de la mediación, parece que el legislador tampoco hizo los deberes. La exposición de motivos de la mencionada Ley sí se refiere a la mediación familiar. Señala que el Juez podrá propiciar que los cónyuges lleguen a un acuerdo y, para ello, "las partes pueden acudir a la mediación familiar y tratar de alcanzar una solución consensuada en los temas objeto de litigio", de tal manera que, la intervención judicial, "debe reservarse para cuando haya sido imposible el pacto, o el contenido de las propuestas sea lesivo para los intereses de los hijos menores o incapacitados, o uno de los cónyuges, y las partes no haya atendido a sus requerimientos de modificación". Posteriormente, sin embargo, no se encuentra a lo largo del articulado del Código civil ninguna norma relativa a la mediación. Así, la mediación no está presente en el Código civil.

A diferencia de lo que ocurre en el Derecho español, en algunos países de nuestro entorno sí que se pueden encontrar Códigos civiles con normas relativas a mediación familiar. Se puede señalar, por ejemplo, que el Código civil portugués, en su art. 1774, se refiere a la posibilidad de que antes del inicio del procedimiento de divorcio la oficina del registro civil o bien el propio tribunal, debe informar a los cónyuges a cerca de la existencia de los servicios de la

mediación familiar. En Reino Unido, como señala SOTO MOYA, "la mediación familiar es el pilar sobre el que se sustenta el sistema de divorcio introducido por la *Family Law Act* de 1996"³²⁸, en concreto en las secciones 26 a 29 que entraron en vigor en marzo de 1997. Aunque, señala la mencionada autora, no existe en Reino Unido una legislación específica sobre mediación familiar, "esta regulación la ha convertido en una institución omnipresente a la que se atribuye un enorme potencial para conseguir los principios que inspiran esta legislación, ya que ofrece más oportunidades para la reconciliación que el proceso contencioso".

En Francia, el Código civil fue modificado a través de la Ley 2002-305 del 4 de marzo de 2002. La mencionada Ley dio una nueva redacción³²⁹ al art. 373-2-10 en el cual desde la mencionada fecha se establece que "en caso desacuerdo el Juez tratará de conciliar a las partes. Al efecto de facilitar la búsqueda por los padres de un ejercicio consensuado de la patria potestad, el Juez podrá proponerles una medida de mediación y, tras haber obtenido su conformidad, designar un mediador familiar al efecto. Podrá ordenarles que se dirijan a mediación familiar para que se les informe sobre el objeto y el desarrollo de esta medida".

Bélgica, siguiendo el modelo francés, modificó su Código civil a través de la Ley de 18 de julio de 2006, la cual dio una nueva redacción al art. 378 bis en el sentido de que "el Juez ofrecerá a las partes todo tipo de información útil sobre el procedimiento y, en particular, les informará sobre las ventajas de acudir a mediación"³³⁰.

³²⁸ SOTO MOYA, M., "Mediación Familiar en Derecho comparado", en HERRERA CAMPOS, R., BARRIENTOS RUIZ, M.A., *op. cit.*, pág. 316.

³²⁹ Si bien es cierto que la mediación familiar existió en Francia incluso antes de la Recomendación Europea ya que la primera modificación y por la que se introdujo la mediación familiar fue en 1995 con motivo de la modificación de la Ley del Proceso civil.

³³⁰ AHIJÓN DE HARO, N., BÁRCENA FERNÁNDEZ, A., CERRILLOS VALLEDOR, A., FERNÁNDEZ GÓMEZ, L., GUERRERO MARTÍN, R., ORTIZ BERENGUER, A., PÉREZ SOBREVIELA, V., PLEGUEZUELOS PUIXEU, E., SAN VICENTE JIMÉNEZ, M., Estudio de la jurisprudencia de los años 2006, 2007 y 2008 emanada de las Audiencias Provinciales, relativo a la aplicación del art. 98.2 del Código civil, tras la reforma llevada a cabo por la Ley 15/2005, de 8 de julio, que modifica el Código civil y la Ley de Enjuiciamiento civil en materia de separación y divorcio, Themis: Fundación de mujeres juristas, Madrid, 2008, pág. 29.

En Italia a través de la Ley de 8 de febrero de 2006 nº 54 en la que se establece disposiciones para la separación de los padres y la custodia compartida de los niños, se le dio al art. 155 *sexies* la siguiente redacción: "si lo considera oportuno, el Juez, previa audiencia de las partes y la obtención de su consentimiento, podrá aplazar la adopción de las mediadas contempladas en el art. 155 para permitir a los cónyuges, con la ayuda de expertos, intentar la mediación para llegar a un acuerdo, con especial referencia a la protección de la ayuda moral y material de los niños".

IV.2.3.- Concepto

La mediación en el ámbito familiar ha sido definida tanto doctrinal y legal, como jurisprudencialmente.

En el primero de los ámbitos, TORRERO MUÑOZ, define la mediación familiar como "el proceso por el que un agente mediador de forma objetiva, y por encima de los intereses particulares, ayuda a las partes a encontrar los medios para solucionar de forma adecuada sus conflictos, a los que se les beneficia de entrada creando un clima de distensión en la pareja, pues el conflicto se examina de forma dialogada lo que, indudablemente va a redundar en su solución. Pero, por encima de todo, deberá estar atento al interés del menor sin el cual, y sin su protección no puede llegarse a ningún tipo de acuerdo"³³¹. ORTUÑO MUÑOZ, señala, que la mediación familiar, puede entenderse como "la actividad de las partes en conflicto, dirigida por uno o diversos profesionales (mediadores), que tiene como finalidad la racionalización y comprensión de los problemas que lo originan, y su superación mediante la autorregulación de las consecuencias de la crisis familiar"³³². LÓPEZ SAN LUÍS, por su parte, y refiriéndose a la mediación en la crisis de pareja, afirma que la mediación es una "manera formal de ayudar en la gestión de conflictos -no en la resolución- en la que las partes son los padres que se separan y que son ayudados por terceros no implicados en el proceso conflictivo, que colaborará con ellos en la búsqueda de soluciones en interés de

³³¹ TORRERO MUÑOZ, M., *op. cit.*, pág. 22

³³² ORTUÑO MUÑOZ, P., *op. cit.* Pág. 483.

los hijos, salvaguardando las responsabilidades parentales³³³". CORVO LÓPEZ, recoge³³⁴ la definición dada por GARCÍA VILLALUENGA quien define la mediación familiar, como "un sistema cooperativo de gestión y resolución de conflictos entre los miembros de una familia, entendida ésta en sentido extenso, el cual, a través de un proceso no jurisdiccional, voluntario y confidencial, posibilita la comunicación entre las partes para que traten de plasmar los intereses comunes en un acuerdo viable y estable que resulte satisfactorio para ambas, y atienda, también a las necesidades del grupo familiar, especialmente las de menores y discapacitados; dicho proceso es facilitado por el mediador, que es un tercero impar capacitado idóneamente y sin ningún poder de decisión". RODRIGUEZ LLAMAS³³⁵ recogiendo el carácter voluntario y extrajudicial del proceso de mediación familiar, destaca el papel de los mediadores como profesionales cualificados, imparciales y sin capacidad de decisión para adoptar decisiones por las partes, ayudan a los miembros de una familia en conflicto con la finalidad de posibilitar vías de diálogo y la búsqueda común del acuerdo. ESCRIVÁ IVARS define la mediación familiar, como "forma pacífica de resolución de disputas, que supone la posibilidad de que dos partes en conflicto puedan solventar sus controversias negociando en presencia de una tercera persona neutral -el mediador-, que carece de poder de decisión y cuya misión es la de facilitar la búsqueda de una salida o solución pacífica al conflicto que enfrenta a las partes. El protagonismo lo tienen de forma inequívoca las personas en conflicto³³⁶".

En el ámbito legal, y atendiendo a las Leyes de mediación familiar con las que cuentan las distintas comunidades autónomas, las definiciones que las mismas han ofrecido de la mediación familiar son las siguientes: Cataluña, configura la mediación familiar en su art. 1.1 como "medida de apoyo a la familia y como método de resolución de conflictos... para evitar la apertura de procedimientos judiciales de carácter contencioso y poner fin a los ya iniciados o reducir su

³³³ LÓPEZ SAN LUÍS, R., *op. cit.*, pág. 392

³³⁴ CORVO LÓPEZ, M^a. E. *op. cit.*, pág. 260

³³⁵ RODRÍGUEZ LLAMAS, S., "La Llei 7/2001, de 26 de novembre, de Mediació Familiar de la Comunitat Valenciana, Revista de Derecho Civil Valenciano, n° 8, 2010, pág. 4.

³³⁶ ESCRIVÁ IVARS, J, *op. cit.*, pág., 30 y 31.

alcance". En Galicia, por mediación familiar deberá entenderse, según lo dispuesto en el art. 2 de la Ley, "la intervención de los profesionales especializados requeridos voluntariamente y aceptados en todo caso por las partes en condición de mediador. Éstos serán expertos en actuaciones psico-socio-familiares que actuarán en funciones de cooperación y auxilio a aquellas personas que tienen o han tenido una relación familiar, para ofrecerles una solución pactada a su problemática matrimonial o de pareja". En la comunidad autónoma de Madrid, la mediación familiar se configura, en el art. 1 de la Ley, como "un procedimiento voluntario de gestión o resolución positiva de tensiones o conflictos familiares en el que las partes solicitan y aceptan la intervención de un mediador, profesional imparcial, neutral y sin capacidad para tomar decisiones por ellas, que les asiste con la finalidad de favorecer vías de comunicación y búsqueda de acuerdos consensuados". En Andalucía, la mediación familiar, se ha definido como "el procedimiento extrajudicial de resolución de conflictos no violentos que puedan surgir entre los miembros de una familia o grupo convivencial, mediante la intervención de profesionales especializados que, sin capacidad de decisión sobre el conflicto, les asistan facilitando la comunicación, el diálogo y la negociación entre ellos; y ello, al objeto de promover la toma de decisiones consensuadas en torno a dicho conflicto" (art. 2 Ley andaluza de mediación familiar).

En cuanto a la jurisprudencia, señala el Tribunal Supremo en Sentencia de 20 de mayo de 2010, que con la mediación, como modalidad alternativa a la resolución de conflictos se puede "llegar a soluciones menos traumáticas que el dilatado tiempo que se invierte en el proceso y el acuerdo a que se llega siempre será menos duro que la resolución judicial que se apoya exclusivamente en la razonada aplicación de la norma jurídica"³³⁷. La Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de enero de 2012 resulta, también, bastante clarificadora al señalar, en su fundamento de derecho primero, que "debe partirse del entramado familiar que ha dado origen a la presente *litis*, ya que se trata de una polémica que, como en otros casos de que ha conocido esta Sala, se advierte que tan útil hubiera sido la mediación. Así, las

³³⁷ Sentencia del tribunal Supremo, Sala Primera, nº 324/2010, de 20 de mayo (TOL1. 862. 266)

sentencias de esta Sala de 2 de julio de 2009, 3 de julio de 2009, 5 de marzo de 2010, 30 de mayo de 2010, 18 de junio de 2010 reiteran: la utilidad de la mediación que ya se contemplaba para asuntos civiles y mercantiles en la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2008, en la Ley 15/2009, de 22 de julio de la Comunidad Autónoma de Cataluña, de mediación en el ámbito del derecho privado y en el Anteproyecto del Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles... La mediación como modalidad alternativa de solución de conflictos, llega a soluciones menos traumáticas que la judicial que dicta la sentencia interpretando y aplicando correctamente la norma jurídica, resultando un vencedor y un vencido, cuando los temas jurídicos, tanto más si son familiares, tienen o pueden tener un trasfondo humano, al que sí llega el instituto de la mediación"³³⁸. La sentencia del Tribunal supremo de 3 de octubre de 2011, dejando entrever los posibles beneficios de la mediación, señala que "los informes psicosociales de la psicóloga adscrita al TSJ de Madrid mantienen que la familia constituye un núcleo familiar desestructurado, que es conveniente que el menor conviva con la madre debido a su corta edad, y que ambos progenitores deberían acudir a un centro de mediación familiar"³³⁹.

De lo expuesto hasta ahora, por parte de la doctrina, las legislaciones autonómicas, así como las diversas sentencias del Tribunal Supremo, se señalan, como caracteres definitorios de la mediación familiar, los siguientes:

- Se trata de un proceso extrajudicial, y como tal, será un proceso más rápido, en el que las partes intervienen directamente, y que produce una mayor satisfacción.
- Voluntario, imparcial y confidencial³⁴⁰.
- Que trata de fomentar la comunicación entre las partes que, por razón de sus lazos familiares, necesariamente deberán seguir teniendo contacto.

³³⁸ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, nº 11/2012, de 19 de enero (TOL2. 406. 619).

³³⁹ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, nº 659/2011, de 3 de octubre (TOL2. 246. 567)

³⁴⁰ La mediación familiar se rige también por los principios que anteriormente se estudiaban con respecto a la mediación en general.

- Tratándose de mediación familiar, los acuerdos a los que se puedan llegar, quedarán siempre supeditados al interés superior del menor, si es que los intereses de éstos estuvieren en juego.
- Espacio para reorganizar la nueva situación familiar.

IV.2.4.- Mediación familiar, hijos menores y guarda y custodia

IV.2.4.1.- Introducción

En este ámbito, la mediación familiar, cobra especial interés. Así, GARCÍA GARCÍA³⁴¹, señala que "los conflictos familiares se caracterizan por su alta densidad y complejidad. Lo que entra en juego no son, simplemente, las expectativas e intereses que admite el proceso judicial, sino una amplia gama que engloba o/y oculta, fuertes emociones y sentimientos. Con gran frecuencia, aparecen, en los desacuerdos que manifiestan las partes en el procedimiento, los motivos que realmente impulsan al enfrentamiento: rencor, deseo de venganza, frustraciones, etc. Se alude al conflicto encubierto como determinante del litigio y de la persistencia de una situación de enfrentamiento, que no termina con la resolución judicial". Siguiendo a esta autora, se puede decir, que la vía judicial no pone fin al problema sentimental existente entre los progenitores, sino que se limita a establecer las medidas o reglas por las que se deberá regir la nueva situación familiar. No soluciona el posible enfrentamiento entre los progenitores que, además, puede verse agravado si alguno de ellos no está de acuerdo con la resolución judicial, comenzando así una interminable batalla ante los Tribunales.

La ventaja de la mediación familiar, es que a través de las manifestaciones de quienes acuden a ella, se puede llegar al fondo del litigio en cuestión. En cualquier caso, lo realmente importante, es que las partes en conflicto manifiesten la voluntad de solucionar el problema. Puede que, finalmente, no se lleguen a

³⁴¹ GARCÍA GARCÍA, L., *Mediación familiar. Prevención y alternativa al litigio en los conflictos familiares*, Madrid, 2003, pág. 71.

acuerdos determinantes, pero si se consigue restablecer la comunicación perdida, la mediación habrá sido todo un éxito. Así, DAHAN y THEAULT, señalan que "la quiebra de la comunicación, en parte ligada al ritmo de la vida contemporánea y a las dificultades económicas, podría ser en parte el origen de un gran número de separaciones conyugales"³⁴². Como consecuencia, la mediación puede ayudar, no sólo a solucionar conflictos sino también a prevenirlos, o bien a que una vez se ha dado el conflicto, que éste no se vuelva a repetir. Se trata, por tanto, de un proceso a través del cual el mediador va conduciendo a las partes para averiguar el motivo de la crisis, de manera que sean ellos mismos quienes propongan soluciones. Así, se propiciará, que ante nuevos enfrentamientos, sean las propias partes quienes traten de solucionar sus problemas sin necesidad de acudir a un mediador. En los casos en los que los progenitores están pensando en dejar de vivir juntos habiendo hijos comunes, la mediación puede ayudar a que, las aparentemente abismales diferencias entre ambos, no lo sean tanto. Los padres deberán comprender que, por el bien de sus hijos, su relación debe ser cuanto menos cordial y respetuosa, ya que necesariamente van a tener que seguir manteniendo el contacto y tomando decisiones en la vida de sus hijos, decisiones que deberían ser consensuadas.

Se trata, en definitiva, de que no sea un Juez el que imponga un determinado régimen, sino que los propios progenitores traten de llegar al máximo número de acuerdos posibles y a comprender la necesidad de llevarse bien por el mayor vínculo que les puede unir: sus hijos.

IV.2.4.2.- Objeto de la mediación familiar

La mediación familiar no queda, sin embargo, únicamente limitada a decidir el régimen de guarda y custodia en los supuestos en los que producida la crisis

³⁴² DAHAN, J. y THEAULT, M., "La mediación familiar. Su inserción en Europa", Infancia y Sociedad: Revista de Estudios, nº 16, 1992, pág. 132.

sentimental en la pareja habiendo hijos comunes, la convivencia ha dejado de existir o, simplemente, no ha existido nunca.

LAUROBA LACASA³⁴³, al referirse al objeto de la mediación familiar en la Ley 15/2009, de 22 de julio, de mediación en el ámbito de derecho privado, de ahora en adelante LMADP, refleja lo dispuesto en el art. 2.1 LMADP según el cual: "La mediación familiar comprende de forma específica:

- a) Materias reguladas por el C.c.c. que en situaciones de nulidad, separación o divorcio deban ser acordadas en el correspondiente convenio regulador.
- b) Los acuerdos a alcanzar por las parejas estables al romperse la convivencia.
- c) La liquidación de regímenes económicos matrimoniales.
- d) Los elementos de naturaleza dispositiva en materia de filiación, adopción y acogida...
- e) Los conflictos derivados del ejercicio de la potestad parental y del régimen y forma de ejercicio de la custodia de los hijos.
- f) Los conflictos relativos a la comunicación y relación entre los progenitores, descendientes, abuelos, nietos y demás parientes y personas del ámbito familiar...
- h) Los conflictos sobre el cuidado de las personas mayores o dependientes con las que exista una relación de parentesco...
- o) Las cuestiones relacionales derivadas de la sucesión de una persona...
- r) Los conflictos de relación entre personas surgidos en el seno de la empresa familiar.
- s) Cualquier otro conflicto en el ámbito del derecho de familia susceptible de ser planteado judicialmente.

³⁴³ LAUROBA LACASA, M^a. E., *op. cit.*, pág. 155 y ss.

En la misma línea se pronuncian, por ejemplo, las Leyes de Mediación familiar de Aragón (art. 5), la Ley andaluza, en su art. 1.2, o la legislación valenciana en el art. 13. De la legislación Valenciana, señalar que a diferencia de lo dispuesto en la última letra del art. 2.1 LMADP según el cual, será objeto de mediación familiar, como se acaba de ver, "cualquier otro conflicto en el ámbito del derecho de familia susceptible de ser planteado judicialmente", la Ley valenciana, prescinde de la posible judicialización y se refiere en su art. 13.1.a)7 "a cualquier otro conflicto surgido en la familia".

Se considera más acertada la redacción valenciana en este último punto ya que se entiende que no es necesario que un conflicto sea susceptible de ser judicializado para que se pueda acudir a mediación familiar. De hecho, todo lo contrario, una de las ventajas de la mediación familiar, es que puede dar soluciones a conflictos no judiciales y mejorar las relaciones entre una familia, sin necesidad de acudir a los tribunales, entre otras cosas, porque puede que éstos tampoco te den la solución. Piénsese por ejemplo en conflictos intergeneracionales, que si bien sí han sido recogidos como objeto de la mediación familiar en la LMADP, podrían no haberlo estado, y no serían en muchas ocasiones susceptibles de ser planteados judicialmente.

Se observa, pues, como las materias y los conflictos que pueden surgir en el ámbito de la familia son muchos, muy diversos y cada uno con una naturaleza diferente. Siempre habrá que ver que se trate de una materia de libre disposición por las partes. Así, cuando se habla de mediación familiar, no sólo se está haciendo alusión a la necesidad de terminar el tipo de régimen convivencial respecto de los hijos menores una vez producida la ruptura sentimental, sino que, ésta va mucho más allá, tratando de mejorar la comunicación y las relaciones de aquellas personas que, por pertenecer el mismo núcleo familiar, su relación permanecerá en el tiempo.

IV.2.4.3.- La guarda y custodia de los hijos en la mediación familiar

Se acaba de observar como la guarda y custodia, o el régimen de comunicación de los hijos con sus progenitores, así como con sus abuelos y demás parientes y allegados, constituye, sin lugar a dudas, objeto de la mediación familiar (art. 2.1. e) LMADP).

Cuando el proceso de mediación familiar trae su causa en una crisis sentimental o de pareja, las principales cuestiones que se plantean con respecto a lo hijos menores de edad se concretarán, especialmente, en el establecimiento de una pensión alimenticia para los menores y la atribución de la guarda y custodia con el consiguiente régimen de vivistas en el caso en que ésta no sea compartida por ambos progenitores³⁴⁴.

Por todos es sabido que la guarda y custodia de los hijos suele constituir, en muchas ocasiones, uno de los temas de más ardua discusión entre los progenitores producida la ruptura sentimental. Y, lo cierto es que, como se refleja en los datos estadísticos del INE, el número de nulidades, separaciones y divorcios no descende, sino más bien todo lo contrario. Por esta razón, la mediación familiar adquiere una mayor trascendencia en estos casos puesto surge una necesidad de especial protección del menor tratando de preservar, como afirma ORTUÑO MUÑOZ "a una gran cantidad de hijos menores de las traumáticas consecuencias que se derivan de la confrontación de sus padres en un proceso, y de todas las consecuencias que comporta esta guerra privada"³⁴⁵.

Señala ROMERO NAVARRO que "los padres que se divorcian se preocupan muy a menudo de los efectos del divorcio en los hijos, pero paradójicamente, se sienten muy cogidos emocionalmente por sus propios problemas. Los hijos menores, por su parte, y supuesta madurez y vulnerabilidad emocional de las

³⁴⁴ LÓPEZ SAN LUÍ, R., *op. cit.*, pág. 396.

³⁴⁵ ORTUÑO MUÑOZ, P., *op. cit.*, pág. 483.

etapas de la niñez y adolescencia por las que pasan, se sienten asustados, confundidos y amenazados en su seguridad personal"³⁴⁶.

Los hijos menores son, indudablemente, los más afectados por las situaciones de crisis de sus progenitores³⁴⁷, de ahí que a través de la mediación se traten de paliar estos efectos negativos de estas situaciones, no sólo respecto de los hijos menores sino también en cuanto a los progenitores. Por esta razón, en los procesos de mediación vinculados a las crisis de pareja "se ayuda a los padres para que sean más conscientes de lo que sus hijos pueden estar experimentando y puedan tomar decisiones que permitan que los niños tengan acceso y contacto directo con ambos, de tal forma que éstos (los padres) contribuyan a las funciones de crianza y educación de sus hijos, ejerciendo en conjunto sus roles parentales"³⁴⁸.

Como se ha ido observando a lo largo del presente estudio, parece que la mejor forma de dar continuidad a esas relaciones familiares será a través de una guarda y custodia alterna, en la cual los progenitores puedan disfrutar de sus hijos no sólo en cantidad sino también en calidad, de manera que esto redunde en un mayor beneficio para el menor quien, a pesar de la ruptura de sus progenitores, no se ve privado de seguir manteniendo el contacto con ninguno de ellos. Afirma ROMERO NAVARRO que "la custodia compartida es algo más que un concepto legal, es una filosofía, un *modus operandi*, que está en relación a la forma cómo los padres continúan sus relaciones paterno-filiales después del divorcio. Nace como reacción en contra de las consecuencias negativas que suele conllevar la custodia a favor de un solo progenitor. Parte del principio según el cual el divorcio pone fin al matrimonio, pero no a los vínculos padre-hijo"³⁴⁹.

Es cierto, como afirma CORVO LÓPEZ³⁵⁰, que la guarda y custodia compartida "no es buena ni mala en sí misma", pero también lo es, como ya se ha estudiado, que se trata de un sistema de organizar la convivencia que reviste más ventajas

³⁴⁶ ROMERO NAVARRO, F., *op. cit.*, pág. 88.

³⁴⁷ SILLERO CROVETTO, B., *op. cit.*, pág. 399.

³⁴⁸ CORVO LÓPEZ, F. M^a., *op. cit.*, pág. 267.

³⁴⁹ ROMERO NAVARRO, F., *op. cit.*, pág. 89.

³⁵⁰ *Ibidem*, pág. 272.

que inconvenientes, y que facilitará las relaciones de los menores con sus progenitores. Los pactos entre los padres en este sentido siempre serán beneficiosos para los menores, puesto que se ha demostrado que la mayor implicación del padre en las tareas relativas al cuidado y educación de los hijos se encuentra relacionada con "un mejor ajuste académico y conductual en los escolares, un menor riesgo de conductas agresivas o predelictivas en los adolescentes, sobre todo varones"³⁵¹.

LÓPEZ SAN LUÍS considera que, es en el ámbito de la mediación familiar, dónde "se puede analizar con más detenimiento qué modelo de guarda y custodia garantiza un mayor bienestar para el menor y cuál se adapta a la posibilidades económicas, laborales y sociales de los progenitores"³⁵².

Con la legislación actual establecida en el art. 92 C.c. la guarda y custodia compartida queda limitada casi a los supuestos en los que hay acuerdo entre los progenitores. En los casos en los que los progenitores no se ponen de acuerdo respecto a la custodia, la posibilidad de que el régimen establecido por el Juez sea una guarda y custodia compartida no es muy alta. Por esta razón, se trata de fomentar los pactos entre los progenitores a través de la mediación familiar, se trata de acudir a un proceso, distinto al judicial en el que el clima de confianza favorezca a que los progenitores sean capaces de comunicarse, de expresar sus deseos, sus miedos, de que analicen todas las ventajas e inconvenientes de los distintos tipos de modelos de guarda y custodia. En definitiva, de que hablen y consigan llegar a acuerdos que favorezcan al máximo a sus hijos menores, que son los que quedan más afectados por la situación de crisis y posterior reorganización familiar.

LAUROBA LACASA se refiere a la mediación familiar como el mejor proceso o espacio en el que los progenitores puedan establecer las disposiciones de su plan

³⁵¹ JUSTICIA DÍAZ, M^a. D., *op. cit.*, pág. 407.

³⁵² LÓPEZ SAN LUÍS, R., *op. cit.*, pág. 401.

de parentalidad³⁵³, lo que, extendido al ámbito del Código civil, sería el convenio regulador del art. 90 C.c.

La mediación familiar puede, así, favorecer a que los progenitores acuerden el ejercicio compartido de sus funciones parentales. Si bien es cierto, que este proceso de mediación no tiene como objetivo último, ni único, un pacto en tal sentido. De hecho, el objetivo primero y último debe ser el interés del menor, si es que hay hijos comunes, y para que éste quede salvaguardado, más allá de los acuerdos a los que se puedan llegar, se considerará beneficioso el proceso de mediación si los progenitores son capaces de hablarse, respetarse y de aceptar que, por el bien de sus hijos comunes, deberán mantener, por lo menos, una relación de educación y respeto.

Los estudios³⁵⁴ sobre los proyectos piloto de mediación familiar señalan que el 82% de las partes consideraron que el mediador había sido imparcial, el 70% encontró que la mediación le sirvió y le ayudó, el 71% lo recomendaría y casi el 60% se vio, después de la mediación, capaz de negociar ante futuros conflictos. Así, son muchas las ventajas que en este sentido proporciona la mediación familiar. DIDUCK³⁵⁵ señala que la intimidad emocional está muy presente en las relaciones familiares, y que la mediación familiar es un mecanismo a través de cual se pueden manejar y gestionar esas emociones, no así en un proceso judicial. En esta misma línea, HERRING³⁵⁶ presenta como beneficios de la mediación familiar los siguientes:

- No hay una "respuesta correcta" para un conflicto concreto. Si las partes llegan a un acuerdo que es bueno para ellas, ningún otro acuerdo será mejor.
- Las soluciones acordadas por las partes suelen ser más eficientes y además tienen un mayor grado de cumplimiento.

³⁵³ LAUROBA LACASA, H., *op. cit.*, pág. 159.

³⁵⁴ "Research on family mediation", <http://www.judiciary.gov.uk>.

http://www.judiciary.gov.uk/JCO%2FDocuments%2FFJC%2FPublications%2FANEX_1.pdf
Judiciary of England and Wales website (web de la Magistratura de Inglaterra y Gales)

ADR (Alternative Dispute Resolution) Sub-Committee, Family Justice Council September 2010.

³⁵⁵ DIDUCK, A., *Law's families*, UK, 2003, pág. 131.

³⁵⁶ HERRING, J., *Family Law*, third edition, UK, 2007, pág. 130 y ss.

- La mediación familiar permite a las partes comunicarse mejor.
- Es la mejor forma para resolver los conflictos emocionales derivados del divorcio.
- En mediación hay tiempo para tratar todas las cuestiones que las partes consideren importantes.

En el campo doctrinal español también se han señalado las ventajas de la mediación familiar en los supuestos de crisis matrimonial. Siguiendo a ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA³⁵⁷:

- "Permite un abordaje más profundo de las cuestiones interpersonales que subyacen del conflicto familiar en comparación con el proceso judicial.
- Minimiza en los hijos los problemas derivados de la separación o divorcio, evitándoles culpabilidades, protagonismos y manipulaciones. Los hijos se sienten protegidos por ambos progenitores aumentando su autoestima y seguridad.
- Disminuye el coste emocional, afectivo y económico con respecto a los procesos judiciales de familia.
- Con la mediación familiar las partes asumen responsabilidades y compromisos por sí mismas frente a la imposición que supone la resolución judicial de un proceso no consensual.
- Mayor grado de cumplimiento de los acuerdos.
- Desaparecen sentimientos de ganador y perdedor, se evitan dinámicas de negativización del otro, se favorece la flexibilidad y la colaboración ante posibles cambios e incidencias".

Numerosas son las ventajas de la mediación, abundante es la legislación, sobre todo a nivel supranacional y autonómico, pero ¿qué ocurre con la

³⁵⁷ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, *Actualización del Derecho... op. cit.*, pág. 150.

legislación nacional?. Como se ha comentado, España cuenta con la Ley de 2012 de mediación en asuntos civiles y mercantiles y, dentro de ella, se podría enmarcar la mediación familiar. Sin embargo, cuando se habla de la mediación en el ámbito de la familia y, en concreto, en el ámbito de las crisis familiares, habiendo hijos menores, sorprende que no exista en el Código civil ninguna regulación al respecto.

Ya se comentaba, que la exposición de motivos de la Ley de 2005 sí se refería a la mediación familiar, pero que esta mención no se había visto reflejada en la posterior modificación del Código civil. El Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la responsabilidad parental da un paso más en este sentido, ya que en su exposición de motivos no sólo se señala la necesidad de concienciar a los progenitores sobre la "importancia de pactar, en caso de ruptura o de no convivencia, un plan de ejercicio de la patria potestad", sino que además, incorpora la mediación familiar como "instrumento fundamental para favorecer el acuerdo entre los progenitores, evitar la litigiosidad y fomentar el ejercicio consensuado de la corresponsabilidad parental tras la ruptura". Esta incorporación se ve reflejada en la redacción los art. 90 y 91 C.c.

El apartado g) del art. 90, en sede de convenio regulador, se refiere a la mediación familiar como medida preventiva y evitativa de la judicialización de los conflictos que se pudieran derivar de la aplicación del convenio regulador. Así, los progenitores podrán acordar, en el mismo convenio regulador que, en caso de discrepancia o desacuerdo, puedan acudir a la mediación familiar antes que a la vía judicial. En este sentido, el mencionado apartado g) del art. 90 del Anteproyecto señala que el convenio regulador deberá contener, "si así lo acordaren los progenitores, la prevención de recurrir a la mediación familiar para resolver las diferencias derivadas de su aplicación, o para modificar algunos de los pactos para adaptarlos a las nuevas necesidades de los hijos o al cambio de las circunstancias de los padres".

Por su parte, el art. 91.3, recoge la posibilidad de que los progenitores acudan a mediación para resolver sus discrepancias o llegar a un acuerdo, "con carácter previo al ejercicio de las acciones judiciales o en cualquier momento con posterioridad".

También se incluye en el Anteproyecto, la posibilidad de que sea el Juez el que proponga una solución de mediación. A esta proposición se refiere el último inciso del apartado 3 del art. 90 al señalar: "asimismo, el Juez podrá igualmente proponer una solución de mediación en caso de presentación de la demanda judicial si, atendiendo a las circunstancias concurrentes, estima posible que lleguen a un acuerdo".

En cualquiera de los casos, si los progenitores acuden a mediación con carácter previo a la vía judicial, durante el transcurso del procedimiento o, con posterioridad, los acuerdos a los que se hayan llegado deberán ser aprobados por el Juez.

De modificarse el Código civil en el sentido al que se refiere el Anteproyecto, por lo menos en materia de mediación familiar, se habría dado un paso adelante muy significativo.

El principal problema que, se puede entender, se plantearía, sería su aplicación en la práctica. Al no haber una legislación estatal sobre mediación familiar, la aplicación de la misma será diferente en cada comunidad autónoma.

El proceso de mediación sí es el mismo, pero dependiendo de la comunidad autónoma de que se trate, puede ser que sólo exista mediación privada, o que también haya mediación pública. Que se hayan creado, o se creen, organismos públicos para la gestión de conflictos o no, dependerá de cada comunidad autónoma.

IV.2.4.4.- El proceso de mediación familiar y la intervención de los hijos menores

El proceso de mediación se puede iniciar en cualquier momento, aunque se pueden destacar principalmente tres:

- El primero de ellos será cuando la mediación se inicie antes del proceso judicial. De esta manera los progenitores que así lo deseen, pueden acudir a un proceso de mediación, para determinar las reglas por las que se regirán las relaciones familiares a partir de ese momento. Una vez finalizado el proceso de mediación y para formalizar o legalizar su nueva situación, podrán iniciar el proceso judicial por la vía del mutuo acuerdo.

- También cabe la posibilidad de que una vez presentada la demanda de nulidad, separación o divorcio, las partes decidan acudir a mediación. Bien, porque así lo han decidido ellas, o porque así se lo ha recomendado el Juez. La ya mencionada Ley aragonesa que ha quedado integrada en el Código de Derecho Foral aragonés señala en su art. 4.2 que "en caso de presentación de demanda judicial, el Juez podrá, a los efectos de facilitar un acuerdo entre las partes, proponerles una solución de mediación y designar para ello a mediador familiar. Asimismo, el Juez podrá acordar la asistencia de los progenitores a una sesión informativa sobre la mediación familiar si, atendiendo las circunstancias concurrentes, estima posible que lleguen a un acuerdo".

Para estos supuestos en los que la vía judicial ya se ha iniciado, señalar que el art. 770.7 de la LEC permite que las partes de común acuerdo puedan solicitar la suspensión del proceso para someterse a una mediación. Y según lo dispuesto en el art. 19.4, esta suspensión será acordada por el secretario judicial, siempre que no perjudique a los intereses de las partes ni de terceros. El plazo de suspensión no podrá ser superior a 60 días.

El Anteproyecto del Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental, introduce un pequeño cambio en la redacción del art. 770 LEC. El mencionado Anteproyecto, elimina el plazo de suspensión de 60 días,

para señalar que "el Secretario judicial acordará la suspensión por el tiempo necesario para tramitar la mediación".

El principal problema que podría plantear que la suspensión del tiempo no tenga plazo, es que el proceso de mediación, en principio tampoco lo tiene, con lo que el procedimiento podría alargarse más de lo debido.

- El tercer momento que se destaca para la iniciación del proceso de mediación, es una vez ha recaído ya sentencia judicial. En estos casos, señala TORRERO MUÑOZ³⁵⁸, para que el mediador ayude a las partes a lograr un acuerdo respecto de alguna medida judicial con la que no están muy conformes, intentando así reducir nuevos costes procesales así como emocionales.

No obstante estos tres momentos, que se podrían llamar más característicos o que están mejor delimitados en el tiempo, se ha de señalar que también cabe la posibilidad de iniciar el proceso de mediación en cualquier momento a lo largo del proceso judicial. En estos casos también se puede seguir la regla del art. 770. 5 LEC de manera que las partes puedan solicitar al Juez que el proceso continúe por la vía del mutuo acuerdo.

Con independencia de cuando se inicie el proceso de mediación, lo que es claro, es que éste es un proceso con un ritmo y características propias que nada tiene que ver con el proceso judicial. Para comprenderlo un poco mejor se comentará rápidamente su funcionamiento.

Siguiendo a ESCRIVÁ IVARS, el proceso de mediación "se desarrolla a lo largo de una serie de entrevistas, limitadas en número y en el tiempo, con tres etapas diferenciadas: la premediación, la negociación, y la redacción y firma del acuerdo³⁵⁹".

³⁵⁸ TORRERO MUÑOZ, *op. cit.*, pág. 36

³⁵⁹ ESCRIVÁ IVARS, J., *op. cit.*, pág. 140.

Las Leyes autonómicas relativas a la mediación familiar contienen normas relativas al desarrollo del proceso de mediación, que viene a coincidir con las etapas que se acaban de mencionar.

En la etapa inicial o premediación, el mediador o mediadores, en una entrevista, explicará a las partes qué es la mediación, en qué consiste el proceso de mediación y cómo se va a desarrollar, cuáles son sus funciones, así como los derechos y deberes que tienen las partes. Se les explicará los principios de este proceso así como las reglas que deberán regir todas y cada una de las sesiones. Esta entrevista finalizará con la firma del consentimiento a cerca de la información que han recibido las partes.

Comenzará así el proceso de mediación en sí mismo, en el que a través de varias sesiones, las partes expondrán al mediador qué les ha llevado a mediación y qué es lo que en este proceso quieren acordar.

Una vez se han acordado por las partes los temas a tratar, comienza la fase de negociación en la que el mediador ayudará a las partes a negociar sobre sus pretensiones. No es finalidad de la mediación que los mediados lleguen siempre a un acuerdo, de lo que se trata es de que el mediador ayude a las partes a que decidan sobre las pretensiones que les han llevado a mediación.

Finalizada la fase de negociación se procederá a redactar los posibles acuerdos que se hayan alcanzado, plasmándolos en el acta final de la mediación.

Tratándose de una mediación familiar, que trae su causa en una crisis sentimental habiendo hijos comunes, lo más probable será que una vez firmado este acuerdo de mediación, las partes acudan a un abogado para que éste le dé la adecuada forma legal y presente el escrito correspondiente ante el juzgado competente, de manera que se puedan formalizar y legalizar los acuerdos alcanzados en mediación.

El proceso de mediación no es un proceso complicado en cuanto a los requisitos formales o procedimentales, pero sí lo es en cuanto a su contenido. Las Leyes de mediación no dicen nada con respecto a la participación de los menores en el

proceso de mediación pero la práctica lo habitual es que no acudan a las sesiones. A veces, las sesiones ya son suficientemente duras para las partes en conflicto, como para hacer pasar por eso a un menor. Sí suele ser frecuente que, a punto de finalizar la mediación, o cuando ya casi esté acabando, se lleve a los menores a alguna sesión y se les explique allí mismo, incluso con la ayuda del mediador, cuáles son los acuerdos a los que los progenitores han llegado y cómo les va a afectar a afectar a ellos.

La doctrina no se pone de acuerdo en cuanto a la conveniencia o no de que los hijos menores participen en los procesos de mediación. Por un lado, hay quienes consideran que, en virtud de su derecho a ser oídos (art.9.1 LOPJM), sí podrían participar en la mediación, mientras que también los hay, que no son muy proclives a incluir a los menores en los procesos de mediación para la resolución de problemas derivados de las crisis de pareja porque consideran que el conflicto lo tienen ellos, la pareja. No obstante, en resolución de conflictos relativos al ejercicio de la patria potestad, es cierto que su intervención adquiere una mayor dimensión³⁶⁰.

En cualquier caso, no está prohibido que un menor acuda a mediación y, en ocasiones, puede, incluso, que se considere favorable que éste acuda para tratar algunos aspectos. Si se decide que un menor acuda a mediación, será buscando su propio interés o beneficio ya que como se ha comentado, la mediación en los supuestos de crisis de pareja tiene como principio rector también el principio del superior interés del menor.

Si bien es cierto que las Leyes de mediación no dicen nada respecto a la participación de los menores en los procesos de mediación, se podrá acudir a las normas generales de protección del menor. En este sentido, señala el art. 9.1 de la LOPJM que "el menor tiene derecho a ser oído, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo o judicial en que esté directamente implicado y que conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social".

³⁶⁰ FÁBREGA RUIZ, C.F., *op. cit.*, pág. 1.

Será función, en este caso del mediador, como profesional que dirige la mediación tener especial consideración a este derecho y consensuar con las partes si se considera oportuno o no que sus hijos acudan a alguna sesión de mediación y en qué circunstancias hacerlo.

En otros países en los que también existe a mediación familiar, incluso desde mucho antes que en España, la regla general es que no se lleve a los menores a las sesiones de mediación, si bien es cierto, que cuando se ha considerado beneficioso para ellos y han participado del proceso, se ha demostrado que esto ha mejorado las relaciones entre padres e hijos permitiendo además una reducción del conflicto.

En cuanto a la intervención de los menores en los procesos de mediación, nada dice el Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental. Sigue la idea del actual Código civil en cuanto a la participación de los menores en los procesos que les afecten, como pueden ser los relativos a su guarda y custodia, señalando, en el art. 92 BIS, que para determinar el régimen de convivencia de los hijos, el Juez "deberá prestar atención, en todo caso, a la edad, opinión y arraigo social, escolar y familiar de los menores".

CONCLUSIONES

Primera.- La redacción del Código civil con respecto al ejercicio de la patria potestad, así como a la guarda y custodia de los hijos, no es, en absoluto, aclaratoria respecto del régimen de convivencia de los hijos menores con sus progenitores no convivientes, así como de las consecuencias que del mismo se puedan derivar. No lo era con anterioridad al año 2005, y tampoco lo es aún a pesar de la mencionada reforma que, como se ha estudiado, es del todo insuficiente e incompleta. Todo ello, a pesar de la declaración de principios e intenciones que contempla su exposición de motivos, y que no se vio plasmada, posteriormente, en la modificación de los preceptos del mencionado Código.

Segunda.- Con respecto al régimen de guarda y custodia, lo único que se ha hecho hasta ahora ha sido introducir la posibilidad de una guarda y custodia compartida si así lo acuerdan los progenitores, lo cual ha convertido a esta figura en casi un modelo excepcional. La crítica principal que se hace a la redacción del Código es que, simplemente, ha introducido una nueva forma de relación entre padres e hijos en los casos en los que los progenitores no conviven pero, realmente, esta figura propiamente dicha no está regulada. Nada dice el Código civil en cuanto a su concepto, ni a las formas en que éste régimen se debería ejercer, ni a los requisitos (salvo las excepciones) o circunstancias que han de concurrir, etc. Se puede decir que en el año 2005 la guarda y custodia compartida aparece en el Código civil por primera vez, pero su regulación es del todo incompleta.

Tercera.- Aun a pesar de las críticas que ha recibido la legislación actual del Código civil por articular la guarda y custodia compartida casi como un régimen excepcional, tampoco se puede decir que ésa deba prevalecer sobre ningún otro modelo de custodia. Ciertamente es necesario conocer sus ventajas y sus posibles beneficios, sobre todo respecto de los hijos menores, pero ningún sistema de guarda y custodia es universal y adecuado para todos los casos.

Cuarta.- Una nueva regulación de los posibles regímenes de convivencia haría más fácil la aplicación de la Ley. Los requisitos y circunstancias a tener en cuenta

CONCLUSIONES

deberían ser los mismos, con independencia del régimen que se trate. Se considera casi más importante determinar las circunstancias que deberá valorar el Juez, que hacer prevalecer un régimen sobre otro.

Es cierto que no se debe perder de vista que, la guarda y custodia compartida, surge como modelo de convivencia para dar continuidad a las relaciones familiares, aun a pesar de la crisis convivencial de sus progenitores. También lo es, que bien articulado parece un régimen apropiado para que los hijos puedan seguir relacionándose con sus dos progenitores, familias extensas, así como con su entorno, tanto familiar como escolar. Pero no se puede olvidar que el interés del menor y el bienestar del mismo está por encima de todo y siempre habrá que determinar el régimen de convivencia que mejor se adapte a sus circunstancias, con independencia de si éste es compartido por ambos progenitores o no y también con independencia de la denominación que se le quiera atribuir al régimen de convivencia.

Quinta.- La reciente actividad legislativa parece que puede introducir cambios en la regulación del ejercicio de la patria potestad contenida en el Código civil. Esta posible nueva modificación contenida en el Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio, supone un gran paso hacia adelante respecto del ejercicio de la patria potestad.

El principal problema de la redacción actual es que, si bien se permite el establecimiento de una guarda y custodia compartida en los casos en los que se den los requisitos del art. 92 C.c., todo el sistema de patria potestad y de ejercicio de la misma viene, con carácter general, condicionado por la creencia o costumbre de que ésta es ejercida de modo individual por uno sólo de los progenitores.

El gran avance del Anteproyecto es que modifica la base, modifica la patria potestad y el ejercicio de la misma, para luego poder articular la guarda y custodia como modelo más o menos beneficioso en los casos de no convivencia de los progenitores.

CONCLUSIONES

Sexta.- En cualquier caso, no se puede considerar que ningún modelo de guarda y custodia deba prevalecer sobre otro. Siempre se deberá tener en cuenta el interés superior de menor, los derechos de los mismos, también los derechos y deberes de los progenitores respecto de sus hijos, así como analizar las circunstancias particulares de cada caso concreto.

Parece que un régimen de convivencia compartido por ambos progenitores se acerca más a las circunstancias de vida actuales, tanto para los menores como para los progenitores. Y que las posibles ventajas de este régimen resultan beneficiosas para los hijos menores cuyos progenitores dejan de convivir. Sin embargo, no se puede decir, que este régimen sea aplicable a todos los casos.

Séptima.- Ningún régimen de convivencia, con independencia de cómo esté articulado, es en sí mismo, bueno o malo. Se debe valorar cada caso concreto así como todas las circunstancias particulares de los menores que se puedan ver afectados para determinar el régimen de guarda que mejor se adapte a sus circunstancias.

BIBLIOGRAFÍA

AHIJÓN DE HARO, N., BÁRCENA FERNÁNDEZ, A., CERRILLOS VALLEDOR, A., FERNÁNDEZ GÓMEZ, L., GUERRERO MARTÍN, R., ORTIZ BERENGUER, A., PÉREZ SOBREVIELA, V., PLEGUEZUELOS PUIXEU, E., SAN VICENTE JIMÉNEZ, M., Estudio de la jurisprudencia de los años 2006, 2007 y 2008 emanada de las Audiencias Provinciales, relativo a la aplicación del artículo 98.2 del Código civil, tras la reforma llevada a cabo por la Ley 15/2005, de 8 de julio, que modifica el Código civil y la Ley de Enjuiciamiento civil en materia de separación y divorcio, Themis: Fundación de mujeres juristas, Madrid, 2008, pág. 29.

AGURTZANE GOIRIENA, L., "La suficiencia de juicio del menor y el criterio de oportunidad en los procesos de separación y divorcio", Diario La Ley, nº 2823, 2007.

ALASCIO CARRASCO, L., "El Síndrome de alienación parental. A propósito de la SJPI nº4 de Manresa, de 14 de junio de 2007, Indret, Barcelona, 2008.

ALASCIO CARRASCO, L., "La excepcionalidad de la custodia compartida impuesta (art. 92.8 C.c.), Indret. Barcelona, 2011.

ALBADALEJO, M., Derecho Civil I. Introducción y parte general. Volumen I. Introducción y Derecho de la Persona. Undécima edición. Barcelona, 1989.

ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, J.A., Curso de Derecho de Familia. Patria Potestad, tutela y alimentos, Madrid, 1988.

ALZAGA, O., Comentario sistemático a la Constitución Española de 1978, Madrid, 1978.

ARCH MARÍN, M., "El síndrome de alienación parental desde la perspectiva de la psicología forense", en GARCÍA GARNICA.

ARIAS RAMOS, J., ARIAS, BONET, J.J., Derecho Romano II. Obligaciones, Familia y Sucesiones, decimoquinta edición, Jaén, 1979.

ASENCIO SÁNCHEZ, M.A., La patria potestad y la libertad de conciencia del menor., Madrid, 2006.

BANDERA, M., Custodia compartida. Cómo evitar que tus hijos se conviertan en arma arrojada, Barcelona, 2005.

BARONA VILAR, S., "La mediación: un mecanismo para mejorar y complementar la vía jurisdiccional. Ventajas e inconvenientes. Reflexiones tras la aprobación de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles", en ETXEBARRIA GURIDI, J.F (Dir.), Estudios sobre el Significado e Impacto de la Mediación: ¿Una Respuesta innovadora en los Diferentes Ámbitos Jurídicos?, Navarra, 2012.

BARONA VILAR, S., Mediación en asuntos civiles y mercantiles en España, Valencia, 2013.

BELLO JANEIRO, D., "El Derecho de Familia en la constitución Española", en HERRERA CAMPOS, R., BARRIENTOS RUIZ, M.A., (Coord.), Derecho de Familia en el siglo XXI. El Derecho de Familia ante los Grandes Retos del siglo XXI. II Congreso Mundial de Derecho de Familia y Menores, vol. I, Almería, 2011.

BELOFF M., Derecho, Infancia y Familia, Barcelona, 2000.

BERCAOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., Comentarios a las reformas del Derecho de Familia, Vol. II, Madrid, 1984.

BIGOT, A., L'autorité parentale dans la famille désunie en droit international privé, Marseille, 2003.

BLASCO GASCÓ F. de P. y otros, Derecho de familia, Tercera edición, Valencia, 1997.

BLASCO GASCÓ, F. de P., "Las relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven", en YZQUIERDO TOLSADA, M., CUENCA CASAS, M., (Dir.), Tratado de Derecho de Familia, Volumen VII. La Familia en los Distintos Derechos Forales, Navarra, 2011.

BLASCO GASCÓ, F de P., *Instituciones de Derecho Civil. Derecho de Familia*, Valencia, 2013.

BONFANTE, P., Instituciones de Derecho Romano, quinta edición, Madrid, 2002.

BOTANA GARCÍA, G. A., "Derecho de visita de los abuelos", Actualidad Civil, nº 5, Quincena del 1 al 15 de marzo, 2004.

CAMPO IZQUIERDO, A. L., "Abuelos, parientes y allegados", Actualidad Civil, nº 19/20, 2012.

CAMPO IZQUIERDO, J.L., "Guarda y custodia compartida. ¿Se debe condicionar su concesión a que exista un informe favorable del Ministerio Fiscal?", diario La Ley, nº 7206, 2009.

CÁRCABA FERNÁNDEZ, M., El derecho de los abuelos a relacionarse con sus nietos, Madrid, 2000.

CASTÁN VAZQUEZ, J.M., La Patria Potestad, Madrid, 1960.

CASTÁN VÁZQUEZ, J.M^a., La Participación de la Madre en la Patria Potestad, Madrid, 1957.

CASTILLEJO MANZANARES, R., Guarda y custodia compartida de hijos menores. Las crisis matrimoniales y de parejas de hecho. Procesos declarativos especiales en la LEC, Madrid, 2007.

CASTILLO MARTÍNEZ, C. del C., "La determinación en la guarda y custodia de los menores en los supuestos de crisis matrimonial o convivencial del sus progenitores. Especial consideración de la custodia compartida tras la Ley 15/2005, de 8 de julio", Diario La Ley nº 2911/2007, Actualidad civil nº 15.

COBAS COBIELLA, M^a E., VALERO LLORCA, J, BARAT TREJO, J., "Modernización de la justicia y Mediación. Una visión desde la Ley Valenciana", Revista de Derecho Civil Valenciano, nº 10, 2011.

COLÓN i DOMÉNECH, G., GARCIA i SANZ, A., Furs de València, Volum V, Barcelona, 1990.

COLUMNA HERRERA, L.M., "Interferencias parentales: el síndrome de alienación parental", en GARCÍA CARNICA, M^a del C., Mediación familiar. Prevención y alternativa al litigio en los conflictos familiares, Madrid, 2003.

CORVO LÓPEZ, E. M^a., "Los hijos menores ante la mediación familiar", en HERRERA CAMPOS, R., BARRIENTOS RUIZ, M.A. (coord.), Derecho y

BIBLIOGRAFÍA

familia en el s. XXI, II Congreso Mundial de Derecho de Familia y Menores, Almería, 2011.

DAHAN, J. y THEAULT, M., "La mediación familiar. Su inserción en Europa", *Infancia y Sociedad: Revista de Estudios*, nº 16, 1992.

DAZA MARTNEZ, J., RODRIGUEZ ENNES, L., *Instituciones de Derecho Privado Romano*, segunda edición, Madrid, 1997.

DE LOS MOZOS, J.L., *El Código Civil. Debates Parlamentarios 1885-1889*. Madrid, 1989.

DE TORRES PEREA, J.M., "Custodia compartida: una alternativa exigida por la nueva realidad social", *Indret. Revista para el estudio del Derecho*, Barcelona, 2011.

DELGADO DEL RÍO, G., *La custodia de los hijos. La guarda compartida: opción preferente*, Navarra, 2010.

DELGADO ECHEVARRÍA, J., LACRUZ BERDEJO, J.L., LUNA SERRANO, A., SANCHO REBULLIDA, F., *Elementos de Derecho Civil I. Parte General del Derecho Civil. Volumen I. Segunda edición*, Barcelona, 1988.

DELGADO MARTÍN, J., "La patria potestad compartida en los procedimientos matrimoniales", en *Novedades legislativas en materia matrimonial*, *Estudios de derecho Judicial*, Madrid, 2008.

DIDUCK, A., *Law's families*, UK, 2003.

DIEZ PICAZO, L., GULLÓN, A., *Instituciones de Derecho Civil. Volumen I*. Madrid, 1974.

ESCRIVÁ IVARS, J., *Matrimonio. Mediación Familiar*, Madrid, 2001.

ESPÍN CÁNOVAS, D., *Manual de Derecho Civil Español, volumen IV, Familia*, Madrid, 1956.

FÁBREGA RUIZ, C.F., "La actuación de psicólogos y trabajadores sociales en los procedimientos judiciales", *Diario la Ley*, nº 6247, 2005.

BIBLIOGRAFÍA

FÁBREGA RUIZ, C.F., "Mediación familiar y ejercicio de la patria potestad", Diario la Ley, nº 7443, 2010.

FALQUER, L., "Liberalización sin protección: Un balance de los resultados de la aplicación de la Ley de divorcio de 2005", en PICONTO NOVALES, T. (ed.), La custodia compartida a debate, Madrid, 2012.

FONSAR BENLLOCH, E., Estudios de Derecho de Familia: La Constitución de 1978 y el Derecho de Familia, Tomo I, Barcelona, 1981.

FRITZ SCHULZ, Principios del Derecho Romano, segunda edición, Madrid, 2000.

FUENTE NORIEGA, M., La Patria Potestad Compartida en el Código Civil Español, Madrid, 1986.

FUENTESECA, P., Estudios de Derecho Romano, Madrid, 2009

FULCHIRON, H., Autorité Parentale el Parents Désunits, Paris 1985.

GARCÍA GARCÍA, L., Mediación familiar. Prevención y alternativa al litigio en los conflictos familiares, Madrid, 2003.

GARCÍA GOYENA, F., Concordancias, motivos y comentarios al Código Civil Español, Tomo I. Madrid, 1852.

GARCIA I SANZ, A., Institucions de Dret Civil Valencià, Castellón, 1996.

GARRIGA GORINA, M., "El criterio de la continuidad frente a la guarda conjunta", Indret. Revista para el estudio del Derecho, 2008.

GONZÁLEZ DEL POZO, J. P., "Análisis crítico de las medidas judiciales a adoptar, ante la falta de acuerdo de los progenitores, en la llamada Ley de Custodia Compartida de Aragón", Diario La Ley nº 7537, 2010.

GONZÁLEZ DEL POZO, J. P., "Comentarios al ámbito de aplicación y el contenido del pacto de relaciones familiares en la Ley de Custodia Compartida de Aragón", Diario La Ley nº 7529, 2010.

BIBLIOGRAFÍA

GONZÁLVEZ VICENTE, P., "Guarda y custodia de los hijos", en Derecho de Familia. Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 1993.

GULIARTE GUTIÉRREZ, V., "La mediación familiar: panacea cuestionable", Revista de Derecho de Familia, nº 6, Valladolid, 2000.

GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., "La custodia compartida alternativa. Un estudio doctrinal y jurisprudencial", Indret. Revista para el estudio del Derecho.

GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., "Comentarios del nuevo artículo 92 del Código Civil", en GUILARTE GUTIÉRREZ (Dir.), "Comentarios a la reforma de separación y divorcio, Ley 15/2005, de 8 de julio. Valladolid, 2005.

GULIARTE MARTÍN-VALERO, C., *La concreción del interés del menor en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Valencia, 2013. (En publicación).

HERNÁNDEZ IBÁLEZ, C., "Estudio de la modificación legislativa operada por la Ley 42/2003, de 21 de noviembre, que ha venido a reforzar de forma explícita, el régimen de relaciones entre los abuelos y los nietos, atribuyendo una función relevante a los primeros en el caso de dejación por los progenitores de las obligaciones derivadas de la patria potestad", Diario la Ley, nº 5990, 2004.

HERNANDO RAMOS, S., "El informe del Ministerio Fiscal en la guarda y custodia compartida", Diario La Ley nº 7206, La Ley 12953/2009.

HERRERA CAMPOS, R., BARRIENTOS RUIZ, M.A., (Coord.), Derecho de Familia en el siglo XXI. El Derecho de Familia ante los Grandes Retos del siglo XXI. II Congreso Mundial de Derecho de Familia y Menores, vol. I, Almería, 2011.

HERRERA DE LAS HERAS, R., "Sobre la necesidad de una nueva regulación de la guarda y custodia compartida", en O'CALLAGHAN MUÑOZ, J. (dir.), Revista jurídica de doctrina y jurisprudencia civil, mercantil y procesal, Actualidad Civil, Segunda quincena mayo 2011, nº10.

HERRING, J., Family Law, third edition, UK, 2007

IVARS RUIZ, J., Guarda y custodia compartida. Aspectos procesales y sustantivos. Doctrina y jurisprudencia, Valencia, 2008.

BIBLIOGRAFÍA

JIMÉNEZ BLANCO, A., Comentarios a la Constitución Española. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional, Madrid, 1993.

JUSTICIA DÍAZ, "Los hijos ante el proceso de divorcio de sus padres y su papel en la mediación familiar", en GARCÍA GARNICA, M^a del C., Mediación familiar. Prevención y alternativa al litigio en los conflictos familiares, Madrid, 2003.

LACRUZ BERDEJO, J.L. y otros, Elementos de Derecho Civil IV. Familia, Segunda edición, Madrid, 2005.

LACRUZ BERDEJO, J.L., ALBADALEJO GARCÍA, M., Derecho de Familia. El matrimonio y su economía, Barcelona, 1963.

LACRUZ BERDEJO, J.L., SANCHO REBULLIDA, F., LUNA SERRANO, A., DELGADO ECHEVARRÍA, J., RIVERO HERNÁNDEZ, F., El nuevo régimen de la familia, Tomo II, Madrid 1981.

LASARTE ÁLVAREZ, C., Principios de Derecho Civil. Derecho de Familia, Tomo IV, Madrid, 1997.

LASARTE C. Familia, matrimonio y divorcio en los albores del siglo XXI. Jornadas internacionales de Derecho de Familia, Madrid, 2006.

LASO GAITE, J.F., Crónica de la Codificación Española, Tomo 4, volumen I, Ministerio de Justicia, Comisión General de Codificación, Madrid, 1970.

LATHROP GÓMEZ, F., "Custodia compartida y responsabilidad parental. Aproximaciones jurídicas y sociológicas", Diario La Ley nº 7206, 2009.

LATHROP GÓMEZ, F., Custodia compartida de los hijos, Madrid, 2008.

LAUROBA LACASA, E., "Artículo 233-8. Responsabilidad Parental", en ROCA TRÍAS, E., ORTUÑO MUÑOZ, P., (Coord.), Persona y Familia. Libro II del Código civil de Cataluña, Madrid, 2011.

LAUROBA LACASA, M^a. E., "La Mediación familiar en Cataluña", en GINÉS CASTELLE, T. N., La familia del siglo XXI. Algunas novedades del Libro II del Código civil de Cataluña, Barcelona, 2011.

LLEDÓ YAGÜE, F. y otros, Sistema de Derecho Civil. Familia, Madrid, 2002.

LLOPIS GINER, J.M, "La Mediación: concepto y naturaleza", en LLOPIS GINER, J.M., (Coord.), Estudios sobre la Ley Valenciana de Mediación Familiar, Valencia, 2003.

LÓPEZ F., ORTIZ, M^a. J., "El desarrollo del apego durante la infancia", en LÓPEZ, F. y cols., Desarrollo afectivo y social, Madrid, 2003

LÓPEZ LÓPEZ, J., MELÓN INFANTE, C., Código Civil. Versión Crítica del Texto y Estudio Preliminar, Madrid, 1967.

LÓPEZ ORDIALES, J.J., "Custodia Compartida. Cuestiones Procesales" en SARAVIA GONZÁLEZ, A.M. y GARCÍA CRIADO, J.J, (Coord.), La jurisdicción de familia: especialización. Ejecución de resoluciones y custodia compartida, Estudios de Derecho Judicial, Madrid, 2008.

LÓPEZ SAN LUÍS, R., "La mediación familiar como instrumento para la adopción de la guarda y custodia compartida", en GARCÍA GARNICA, M^a del M. (dir.), La protección del menor en las rupturas de pareja, Pamplona, 2009.

LUQUE JIMÉNEZ, M^a del C., La atribución del derecho de uso de la vivienda familiar en situación de crisis matrimonial, Madrid, 2012.

MACÍAS CASTILLO, A., "Derecho de la abuela a relacionarse con su nieto a pesar de las malas relaciones existentes con los dos progenitores. Análisis de la STS de 20 de octubre de 2011", Actualidad Civil, nº5, Quincena del 1 al 15 de marzo, 2012.

MANRESA Y NAVARRO, J.M., Comentarios al Código Civil Español, Tomo II, Madrid, 1957.

MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, T., "Problemas que genera la actual regulación de la guarda y custodia compartida en el proceso contencioso", Diario La Ley, nº 7105, 2009.

MARTÍN DIZ, F., La mediación: sistema complementario de Administración de Justicia, Madrid, 2010.

MARTÍN NÁJERA, M^a. T. y otros, El Derecho de Familia tras las reformas legislativas del año 2005, Madrid, 2007.

MÁS BADÍA, "Mediació Familiar y condifencialitat. Comentari a la Snetència del Tribunal Suprem núm. 109/2011, de 2 de març", Revista de Derecho Civil Valenciano, nº 10, 201.1

MENÉNDEZ MATO, J.C., "Artículos 154 a 161", en DOMÍNGUEZ LUELMO, A., Comentarios al Código civil, Valladolid, 2010.

MONTERO AROCA, J., FLORES MATÍES, J., ARENAS GARCÍA, R., Separación y Divorcio tras la Ley 15/2005, Valencia, 2006.

MONTERO AROCA, J., Guarda y custodia de los hijos. La aplicación práctica del artículo 92 del Código civil, Valencia, 2001.

MORENO VELASCO, V., "Hacia una adecuada comprensión del ejercicio de la patria potestad", Diario La Ley nº 7267, 2009.

MUNNÉ CATARINA, F., VIDAL TEIXIDÓ, A., La Mediación. Resolución pacífica de conflictos. Régimen jurídico y eficacia procesal., Madrid, 2013.

NOLASCO DE LLANO, P., Compendio de los Comentarios Extendidos por el Maestro Antonio Gómez a las 83 Leyes de Toro, Valladolid.

NOLASCO DEL LLANO, P., Compendio de los comentarios extendidos por el maestro Antonio Gómez a las ochenta y tres leyes de Toro, Pamplona, 2002.

NÚÑEZ DE CASTRO, M^a. S., "Guarda y custodia compartida: de su denegación jurisprudencial a su admisión en el Proyecto de Ley de modificación del Código civil en materia de separación y divorcio", en LASARTE, C. (Ed.), Familia, matrimonio y divorcio en los albores del siglo XXI. Jornadas internacionales de Derecho de familia, Madrid, 2005.

ORTUÑO MUÑOZ, P., "Criterios sobre la distribución de funciones en el ejercicio de la patria potestad conjunta, en las crisis matrimoniales", en Derecho de Familia. Cuadernos de Derecho judicial, Madrid, 1993.

PALAY VALLESPINÓS, M. "Medidas en relación a los hijos y regulación de la guarda y custodia compartida tras la Ley 15/2005, de 8 de julio, en MARTÍN

BIBLIOGRAFÍA

NÁJERA, M^a. T. y otros, El Derecho de Familia tras las reformas legislativas del año 2005, Madrid, 2007.

PANERO GUTIÉRREZ, R., Derecho Romano, segunda edición, Valencia, 2000.

PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., Derecho de Familia, Madrid, 1989.

PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., El Anteproyecto del Código Civil Español (1882-1888), Segunda edición, Madrid, 2006.

PÉREZ BUSTAMANTE, R., Historia del Derecho Español. Las Fuentes del Derecho., Madrid, 1994.

PÉREZ CONESA, C. Las Medidas Judiciales tras la Crisis Matrimonial y su Modificación, Madrid, 2006.

PÉREZ MARTÍN, A.J., "De los efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio", en DOMÍNGUEZ LUELMO, A. (Coord.), Comentarios al Código civil, Valladolid, 2010.

PÉREZ PRENDES, J.M., DE AZCÁRAGA, J. Lecciones de Historia del derecho Español, tercera edición, Madrid, 1993.

PÉREZ UREÑA, A., "El interés del menor y la custodia compartida", Revista de Derecho de Familia, 2005.

PINTO ANDRADE, C., "La atribución de la vivienda familiar y su temporalización existiendo hijos menores de edad: líneas jurisprudenciales y doctrinales", Actualidad civil, nº 21, 2012.

PINTO ANDRADE, C., La atribución del uso de la vivienda familiar, Barcelona, 2011.

PLANITZ, H., Principios de Derecho Privado Germánico, tercera edición, Barcelona, 1957.

POUSSIN G., LAMY A., Custodia compartida. Cómo aprovechar sus ventajas y evitar sus tropiezos, Madrid, 2004.

PUIG BRUTAU, J., Fundamento de Derecho Civil, Tomo IV, Segunda Edición, Barcelona, 1985.

RABADÁN SÁNCHEZ-LAFUENTE, F., "Breves notas sobre la guarda y el ejercicio", en LASARTE C., (Ed.), Familia, matrimonio y divorcio en los albores del s. XXI. Jornadas internacionales de derecho de familia, Madrid, 2006.

RABASA SANCHIS, B., "Arbitraje y mediación como fórmulas alternativas de resolución de conflictos: ventajas y limitaciones", El Legajo, nº 18, 2012.

RIVERA ÁLVAREZ, J.M., "La Custodia compartida: génesis del nuevo artículo 92 del Código civil", Cuadernos de Trabajo Social, 2005.

RIVERO HERNÁNDEZ, F., El Interés del Menor, 2ª edición, Madrid, 2007.

ROCA TRÍAS, E., Familia y cambio social (De la -casa- a la persona), Madrid, 1999.

ROCHA ESPÍNDOLA, M. *Claves para entender las reformas del Derecho de Familia español: Principio informadores*, Valladolid, 2013, (Tesis sin publicar).

RODRÍGUEZ LLAMAS, S., "La Mediación Familiar en España", Monografías, nº 678, Valencia, 2010.

ROMERO NAVARRO, F., "La custodia compartida. Una perspectiva sociológica. Función del mediador", en ROMERO NAVARRO, F. (coord.), La mediación una visión plural: diversos campos de aplicación, Canarias, 2005.

RUBIO SAN ROMÁS, J.I., en "Comentarios al Código civil II", Vol. 2º, RAMS ALBESA, J., Barcelona, 2000.

SAINZ GUERRA, J., Historia del Derecho Español, Madrid, 2008.

SANCHO REBULLIDA, F., "La Patria Potestad", en LACRUZ BERDEJO, J.L., y otros, La reforma del Derecho de Familia del Código Civil Español, Barcelona, 1980.

SEIJAS QUINTANA, J.A., "De los efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio", en SALAS CARCELLER, A. (Coord.), Código Civil. Comentarios y jurisprudencia, Madrid, 2009.

BIBLIOGRAFÍA

SERRANO ALONSO, E., en "Comentarios al Código civil", Tomo 2, SIERRA GIL DE LA CUESTA, I. (coord.), Barcelona, 2000.

SERRANO MOLINA, A., "La guarda compartida ¿una regulación necesaria?", en LASARTE (Ed.) Familia, matrimonio y divorcio en los albores del s. XXI. Jornadas internacionales de derecho de familia, Madrid, 2006.

SERRANO MOLINA, A., "¿En qué supuestos resulta pertinente la audiencia del menor?", en La prueba a consulta, Diario La Ley, nº 7494, 2010.

SILLERO CROVETTO, B., "Principios generales de la mediación familiar", en LASARTE, C. (ed.), Familia, matrimonio y..., Madrid, 2006.

SOLETO MUÑOZ, H., "La mediación en el ámbito de la ruptura matrimonial", en LASARTE, C., (ed.), Familia, matrimonio y divorcio en los albores del siglo XXI. Jornadas internacionales sobre las reformas del Derecho de Familia, Madrid, 2006.

SORIANO MARTÍNEZ, E., "La Ley valenciana de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven. Nuevas tendencias en el Derecho de Familia". Revista de Derecho Civil Valenciano, nº 9, primer semestre 2011.

SOTO MOYA, M., "Mediación Familiar en Derecho comparado", en., HERRERA CAMPOS, R., BARRIENTOS RUIZ, M.A., (Coord.), Derecho de Familia en el siglo XXI. El Derecho de Familia ante los Grandes Retos del siglo XXI. II Congreso Mundial de Derecho de Familia y Menores, vol. I, Almería, 2011.

TAMAYO HAYA, S., "El ejercicio de la patria potestad y la guarda y custodia en la reforma del Derecho civil en materia matrimonial", en LASARTE, C. (ed.) Familia, matrimonio y divorcio en los albores del siglo XXI. Jornadas internacionales de Derecho de Familia, Madrid, 2006.

TENA PIAZUELO, I., "Ley aragonesa de mediación familiar..., la que faltaba", Diario La Ley, nº 7626, 2011.

TENA PIZUELO, I., "Crisis de pareja, mediación familiar, y reconciliación, reseña de una oportunidad perdida", Actualidad civil, nº 13-14, 2012.

BIBLIOGRAFÍA

TOMÉ CAMPUZANO, H., La custodia compartida. Doctrina y jurisprudencia de la Audiencias Provinciales, Pamplona, 2005.

TORRERO MUÑOZ, M., Las crisis familiares en la jurisprudencia. Criterios para una mediación familiar. Valencia, 1999.

VALIÑO DEL RÍO, EMILIO FRANCISCO, Instituciones de Derecho Privado Romano, Valencia, 1976.

VALLEJO ORELLANA, R., SÁNCHEZ BARRANCO VALLEJO, F., y, SÁNCHEZ BARRANCO VALLEJO, P., "Separación o divorcio: trastornos psicológicos en los padres y los hijos", Revista de la Asociación Española de Neuropsiquiatría, Vol. 24. nº 92, 2004.

VON SCHWERIN, C., Historia del Derecho Germánico, octava edición, Barcelona, 1936.

ZANÓN MASDEU, L. Guarda y custodia de los hijos, Barcelona, 1996

ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L., Actualización del derecho de familia y sucesiones, Madrid, 2006.

ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAZA, L., y otros, La conflictividad en los procesos familiares: vías jurídicas para su reducción, Madrid, 2004.

REPERTORIO DE JURISPRUDENCIA

Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, nº 36/2007, de 1 de febrero (VLEX-29967396)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, nº 23/2005, de 27 de enero (VLEX-205666675)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, nº 390/2009, de 13 de noviembre (TOL1755.927)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares, nº 291/2005, de 29 de junio (TOL683.131)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares, nº 513/2006, de 28 de noviembre (VLEX-29873719)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares nº 42/2009, de 10 de febrero (TOL1.492.656)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares, nº 42/2009, de 10 de febrero (TOL1.492.656)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, nº 153/2003, de 2 de diciembre (VLEX-52261816)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, nº 140/2004, de 3 de marzo (VLEX-52262328)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona nº26/2007, de 12 de enero (VLEX-28866527)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, nº 102/2007, de 20 de febrero (VLEX27324108)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, nº 278/2007, de 12 de abril (VLEX-29542667)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, nº 353/2009, de 27 de mayo (TOL1.759.905)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, nº 738/2009, de 29 de octubre (TOL1.751.300)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, nº 761/2009, de 10 de noviembre (TOL1.777.991)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, nº 157/2010, de 3 de marzo (Tirant on line TOL1.859.439)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, nº 208/2010, de 14 de abril (TOL1.890.053)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, nº 278/2010, de 29 de abril (TOL1.912.721)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, nº 531/2010, de 21 de septiembre (TOL1.989.351)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, nº 461/2010, de 22 de septiembre (TOL1.988. 110)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, nº 445/2011, de 6 de junio de 2011 (TOL2.260. 292)

Sentencia de la Audiencia Provincia de Burgos, nº 91/2010, de 9 de marzo (TOL1.838.114)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos, nº 24/2011, de 21 de enero (TOL2.078.535)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres, nº 17/2008, de 17 de enero (TOL1.481.748)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres, nº 49/2011, de 26 de enero (TOL2.097.723)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz, nº 377/2009, de 14 de julio (Tirant on line TOL1.750.230)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz, nº 467/2009, de 6 de octubre
(Tirant on line TOL1.758.217)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria, nº 217/2007, de 3 de abril
(VLEX-29969584)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón, nº 279/2003, de 14 de octubre
(VLEX-51923511)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón, nº 171/2006, de 4 de diciembre
(VLEX-52323247)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón, nº 65/2010, de 27 de octubre
(TOL2.045.885)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón, nº 111/2011, de 29 de julio,
(TOL2. 409. 959)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba, nº 103/2006, de 24 de abril
(VLEX-52335724)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba, nº 18/2007, de 3 de octubre
(VLEX-35970062)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Girona, nº 108/2001, de 28 de febrero
(TOL50. 844)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Girona, nº 63/2007, de 8 de febrero
(VLEX-29544107)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Guadalajara, nº 209/2007, de 16 de octubre
(TOL1.333.428)

Sentencia de la Audiencia Provincial de la Coruña, nº 154/2012, de 6 de junio
(TOL3. 008. 844)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Lugo nº, 456/2007, de 25 de junio
(VLEX-30950936)

Sentencia de la Audiencia Provincial de León, nº 56/2008, de 22 de febrero (TOL1.376.210)

Sentencia de la Audiencia Provincial de León, nº 60/2009, de 25 de febrero (TOL1.490.981)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, nº 571/2006, de 22 de septiembre (VLEX-26231622)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, nº 597/2006, de 29 de septiembre (VLEX-26670025)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, nº 620/2006, de 19 de octubre (VLEX-26669930)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, nº 654/2006, de 31 de octubre (VLEX-26670670)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, nº 684/2006, de 17 de noviembre (VLEX-26671370)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, nº 354/2007, de 25 de mayo (VLEX-31970021)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, nº 685/2009, de 17 de noviembre (TOL1.770.966)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, nº 544/2010, de 6 de mayo (TOL1. 899.456)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid nº 612/2010, de 20 de mayo (Tirant on line TOL1.888.689)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid nº 462/2010, de 23 de junio (Tirant on line TOL1.920.107)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, nº 938/2010, de 15 de septiembre (TOL1.954.160)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, nº 1017/2010, de 29 de septiembre (TOL1.975.786)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, nº 849/2010, de 15 de diciembre (TOL2.065.675)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, nº 81/2011, de 28 de enero (TOL2.090.220)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, nº 595/2011, de 21 de septiembre (TOL2.252.809)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, nº 79/2002, de 5 de febrero (TOL1.188.738)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, nº 65/2011, de 3 de febrero (TOL2.238.030)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra, nº 116/2009, de 2 de abril (TOL1.515.059)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra, nº 9/2010, de 21 de enero (Tirant on line TOL1.881.122)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra, nº 26/2010, de 12 de marzo (TOL1. 873.929)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Oviedo, nº 174/2010, de 17 de mayo (TOL1.890.592)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, nº 151/2007, de 6 de marzo (VLEX-35443537)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, nº 292/2005, de 25 de julio. (VLEX-55435364)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, nº363/2007, de 22 de octubre (VLEX-35828270)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Segovia, nº 31/2009, de 25 de febrero (TOL1.490.155)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Segovia, nº 253/2009, de 23 de diciembre (TOL1.792.184)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona, nº 402/2005, de 27 de julio (TOL840.674)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo, nº 200/2008, de 16 de mayo (VLEX-63176786)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo, nº 29/2011, de 31 de enero (TOL2.081.906)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo, nº 182/2011, de 14 de junio (TOL2.187.115)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, nº 9/2004, de 12 de enero (VLEX-77381453)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, nº 144/2005, de 1 de marzo (VLEX-54575881)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, nº 555/2006, de 18 de octubre (VLEX-373864)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, nº 557/2006, de 18 de octubre (VLEX-373860)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, nº 14/2007, de 15 de enero (VLEX-52114993)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, nº 190/2008, de 9 de abril (VLEX-40884721)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, nº 605/2010, de 23 de septiembre (TOL2.005.536)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, nº 21/2011, de 12 de enero (TOL2.087.482)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, nº 387/2011, de 23 de mayo (TOL2.200.731)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, nº 548/2011, de 13 de julio (TOL2.229.689)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya, nº 394/2011, de 1 de junio (TOL2. 214. 604)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya, nº 433/2011, de 16 de junio (TOL2.215.139)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Zamora, nº 112/2011, de 18 de abril (TOL2. 127. 595)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, nº 90/2009, de 24 de febrero (TOL1.494.949)

Sentencia del Tribunal Constitucional, nº 143/1990, de 26 de septiembre (TOL81.824)

Sentencia del Tribunal Constitucional, nº 298/1993, de 18 de Octubre (TOL82.319)

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, nº 477/1996, de 11 de junio (TOL1. 658.826)

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, recurso nº 681/2007 (TOL1.987.881)

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, nº 614/2009, de 28 de septiembre (TOL1. 723.158)

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, nº 324/2010, de 20 de mayo (TOL1. 862. 266)

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, nº 961/2011, de 10 de enero (TOL2.450.763)

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, nº 759/2011, de 22 de julio (TOL2.196.632)

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, nº 641/2011, de 27 de septiembre (TOL2.248.671)

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, nº 659/2011, de 3 de octubre (TOL2.246.567)

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, nº 689/2011, de 11 de octubre (TOL2.261.508)

Sentencia del Tribunal Supremo, nº 795/2011, de 18 de noviembre (TOL2.301.698)

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, nº 795/2011, de 18 de noviembre (TOL1.301.698)

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, nº 11/2012, de 19 de enero (TOL2.406.619)

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, nº 154/2012, de 9 de marzo (TOL2.498.899)

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, nº 229/2012, de 19 de abril (TOL2.532.886)

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, nº 195/2013, de 14 de mayo (TOL3.787.230)

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, nº 214/2013, de 28 de mayo (TOL3.794.111)

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, nº 162/2013, de 3 de junio (TOL3.793.044)

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, nº 144/2013, de 4 de junio (TOL3.794.621)

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, nº 758/2013, de 25 de noviembre (TOL4.035.768)

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, nº 757/2013, de 29 de noviembre (TOL4.031.153)

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, nº 761/2013, de 12 de diciembre (TOL4.041.997)

RECURSOS ELECTRÓNICOS

- Páginas web de interés:

- www.aprome.or
- www.boe.es
- www.custodiacompartida.org
- www.codigocivil.org
- www.gva.es
- www.indret.com
- www.ine.es
- www.magdabandera.com
- www.padres dicorciados.es
- www.rae.es
- www.senado.es

- Legislación:

- www.altalex.com
- www.droitbelge.be/codes.asp
- www.lexinter.net
- www.opsi.gov.uk/acts/acts1989
- www.opsi.gov.uk/acts/acts2002a

- http://host.uniroma3.it/progetti/cedir/cedir/Lex-doc/Cz_1-94-63.pdf

- Bases de datos de jurisprudencia utilizadas:

- Tirant on line.

- VLEX.