



CEU

*Universidad
Cardenal Herrera*

LA CUSTODIA COMPARTIDA

Martina Cleries Teruel

Trabajo Final de Grado
Dirigido por
Esperanza Ferrando Nicolau

Universidad Cardenal Herrera – CEU
Facultad de Derecho, Empresa y Ciencias Políticas.
Grado en Derecho
2014



Universidad Cardenal Herrera CEU.

Facultad: Facultad de Derecho, Empresa y Ciencias Políticas.

Grado: Derecho.

Título del trabajo: La custodia compartida.

Nombre del estudiante: Martina Cleries Teruel.

Fecha de presentación: 30 de mayo de 2014.

Nombre del director/a del trabajo: Esperanza Ferrando Nicolau.

Tipología del proyecto realizado: Trabajo de Fin de Grado.

Índice.

Abreviaturas	4
Resumen	5
Introducción	6
CAPÍTULO 1.- CONCEPTO Y MODALIDADES DE GUARDA Y CUSTODIA	8
1.1 Concepto de guarda y custodia	8
1.2. Modalidades de guarda y custodia	9
1.2.1 La guarda y custodia exclusiva o unilateral	9
1.2.2 La guarda y custodia compartida, alternada o sucesiva.....	11
CAPÍTULO 2.- EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR	15
2.1 Consideraciones generales	15
2.2 El interés del menor como principio general	17
2.3 Custodia compartida e interés del menor	22
CAPÍTULO 3.- LA OPINIÓN DE LOS MENORES EN LA DECISIÓN DE LA CUSTODIA	26
3.1. La voluntad del menor en el régimen de guarda y custodia	26
3.2. La audiencia del menor	29
CAPÍTULO 4.- LA CUSTODIA COMPARTIDA ANTES Y DESPUÉS DE LA LEY 15/2005	33
4.1. La guarda y custodia compartida antes de la Ley 15/2005	33
4.2. La custodia compartida después de la Ley 15/2005	36
CAPÍTULO 5.- LA REFORMA DEL ARTÍCULO 92 CC	39
CAPÍTULO 6.- BREVE REFERENCIA A LA CUSTODIA COMPARTIDA EN LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS	47
6.1. La custodia compartida en Aragón	47
6.2. La custodia compartida en Cataluña	49
6.3. La custodia compartida en Valencia	50
6.4. La custodia compartida en Navarra	52
CAPÍTULO 7.- VENTAJAS E INCONVENIENTES DE LA CUSTODIA COMPARTIDA	54
7.1. Ventajas de la custodia compartida	54

7.2. Inconvenientes de la custodia compartida	56
CAPÍTULO 8.- CONCLUSIONES	59
9.- BIBLIOGRAFÍA	61

Abreviaturas.

A.P. Audiencia Provincial

C.c. Código Civil

C.E. Constitución Española

LEC Ley de Enjuiciamiento Civil

L.O. Ley Orgánica

T.C. Tribunal Constitucional

T.S. Tribunal Supremo

T.S.J. Tribunal Superior de Justicia

Resumen.

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*, introduce, entre otras importantes novedades, la institución de la custodia compartida, un segundo modelo de guarda y custodia que, junto a la tradicional custodia unilateral o exclusiva, recoge una nueva posibilidad legal de regular y organizar las relaciones paterno-filiales tras la ruptura de la convivencia familiar. En este trabajo analizamos algunos de los principales factores legales y humanos haciendo hincapié en la importancia de que esta medida de la custodia compartida se ajuste siempre al interés y beneficio superior de los hijos menores.

Abstract.

The *law 15/2005, July 8th, by which the Civil Code and the Civil Prosecution Law are modified in terms of separation and divorce*, introduces, amongst other important novelties, shared custody, a second model of custody and guardianship that, along with sole custody, gathers a new legal possibility to regulate and organise the parent-child relationships after the breakdown of family life. In this paper we analyze some of the main legal and human factors emphasizing the importance of this measure of joint custody to always adapt to the interest and benefit of the minor.

Introducción.

Cuando se produce la ruptura de la unidad familiar, consecuencia de la crisis matrimonial o de pareja, se convierte en cuestión de máxima importancia la referente a la decisión de con quién van a convivir los hijos menores; es decir, cuál de los dos progenitores va a encargarse del cuidado y atención diaria de los mismos. Estos aspectos se concretan a la hora de determinar y elegir el régimen de guarda y custodia más acorde a las circunstancias de cada menor.

Como sabemos, estas cuestiones son las más delicadas cuando se produce una separación o divorcio pues son los hijos, en la mayor parte de los casos, quienes más sufren las consecuencias propias de esa ruptura conyugal.

En principio son los padres quienes van a estar mejor capacitados para decidir qué modalidad de custodia va a ser más beneficiosa para sus hijos. Sin embargo, no son pocos los casos en los que la falta de acuerdo y entendimiento entre los progenitores no permite garantizar el llamado “interés superior del menor”, que debe siempre superponerse a cualquier otro interés o principio. Es en estas circunstancias cuando el Juez, ante la falta de acuerdo, decide el régimen de custodia de los hijos menores.

El presente trabajo desarrolla una de las modalidades existentes de guarda y custodia, esto es, la custodia compartida, entendida como aquel sistema de guarda en el que los progenitores continúan ejercitando las mismas funciones paterno-filiales que ostentaban con anterioridad a la ruptura, así como la responsabilidad y vinculación continuada en las decisiones relacionadas con el bienestar de sus hijos menores, en las cuestiones de educación, manutención y desarrollo emocional, moral y religioso.

A través de un estudio doctrinal y jurisprudencial, en este trabajo se aborda no sólo la posibilidad legal de establecer la custodia compartida, sino también la necesidad de tener en cuenta el caso concreto, pues como luego veremos no siempre va a ser aconsejable acordarla.

Teniendo en cuenta estos dos aspectos (posibilidad legal y adecuación al caso concreto), este trabajo se encuentra estructurado en ocho capítulos. El primero de ellos, se refiere al concepto y modalidades de guarda y custodia, intentado dar una aproximación doctrinal de los dos principales tipos de custodia (monoparental y compartida). En el segundo capítulo estudiamos en qué consiste el interés superior del menor y su importancia práctica. El tercer capítulo aborda la cuestión referente a la opinión de los menores en la determinación de su custodia, pues como principales sujetos afectados es importante tener en cuenta su voluntad siempre y cuando, lo aconseje el caso concreto. En el capítulo cuarto se distingue entre la custodia compartida antes y después 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*. El quinto capítulo es el referente a la reforma del artículo 92 C.c. que, como sabemos, introduce y regula la posibilidad legal de acordar la custodia compartida. En el capítulo sexto explicamos las ventajas y los inconvenientes que plantea este régimen de custodia y en el capítulo séptimo se realiza un breve estudio de la legislación autonómica en esta materia a partir de la Ley 15/2005. Por último, resumimos los aspectos más importantes de la custodia compartida para que, a modo de conclusión, podamos destacar aquello que resulta más significativo a la hora de estudiar la problemática existente respecto a esta materia.

Para terminar, y antes de entrar en el desarrollo de cada uno de los capítulos, señalar que para el estudio doctrinal referente a la custodia compartida he utilizado tanto manuales como artículos doctrinales de revista jurídica y para el desarrollo jurisprudencial me he basado tanto en la jurisprudencia del Tribunal Supremo como en la jurisprudencia menor.

CAPÍTULO 1.- CONCEPTO Y MODALIDADES DE GUARDA Y CUSTODIA

1.1 Concepto de guarda y custodia.

Para poder determinar el concepto de guarda y custodia debemos referirnos primeramente a la institución de la que deriva: la patria potestad. La patria potestad es una institución jurídica concebida como un derecho-deber de los padres que debe ejercerse siempre en beneficio de los hijos. DÍEZ- PICAZO la define como “el conjunto de poderes enderezados al cumplimiento de los deberes y de las obligaciones que la ley impone a los progenitores”.¹ Al enumerar el artículo 154 del Código Civil los deberes y facultades que comprende la patria potestad se incluyen los de “velar por ellos” y “tenerlos en su compañía.” Son precisamente estas nociones las que se identifican con la guarda y custodia de los hijos. Ésta comprende por tanto, “aquellas funciones de la patria potestad que requieran de la convivencia con el hijo.”² Estas funciones de cuidado y compañía son las que desempeñan de manera conjunta los progenitores en situaciones normales de convivencia familiar.

Sin embargo, con el cese de la convivencia de los progenitores deviene imposible la permanencia de los hijos con ambos, por lo que ante la separación de los padres también se separa la noción de guarda y custodia de la de patria potestad. En este sentido, mientras que la titularidad y el ejercicio de la patria potestad en situaciones de ruptura matrimonial pueden permanecer en ambos progenitores (continúa, entonces, la cotitularidad y el coejercicio), la guarda necesariamente se desprende de aquéllas y puede ejercerse de modo solitario por uno de los

¹ DÍEZ-PICAZO, L y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, tomo I, ed.Tecnos, Madrid, 2012, p.271.

² PINTO ANDRADE, C., *La custodia compartida*, ed.Bosch, S.A, Barcelona, 2009, p.36.

progenitores (custodia unilateral) o de forma sucesiva o alterna por ambos (custodia compartida).

La atribución de la guarda y custodia en términos generales implica designar a uno de los progenitores como cuidador directo y diario de los hijos menores, encargándose de su educación y control cotidianos. Podemos plantear entonces la guarda y custodia desde la perspectiva de que ambos progenitores ya no conviven con el hijo y por tanto, no resulta posible ejercer conjuntamente los deberes y facultades derivados de la patria potestad. La guarda y custodia se configura, en este punto, como concepto independiente de la patria potestad que aparece ante la realidad de la falta de convivencia de los hijos con alguno de sus progenitores.

1.2 Modalidades de guarda y custodia.

Como ya hemos anticipado en el epígrafe anterior, la guarda y custodia puede adoptar distintas modalidades. De manera que, si nos ajustamos al Código Civil y a la doctrina podemos distinguir a grandes rasgos, entre guarda y custodia unilateral o exclusiva y guarda y custodia compartida o alternada. A continuación explicaremos brevemente en qué consisten cada una de ellas.

1.2.1 La guarda y custodia exclusiva o unilateral.

La guarda y custodia *exclusiva o unilateral* es aquella en que la convivencia con el hijo menor se atribuye a uno sólo de los progenitores, reservándose al otro progenitor un derecho de visitas, salvo que por concurrir causa grave sea privado de la misma.³ Según LATHROP es

³ SAN SEGUNDO MANUEL, T., "Maltrato y separación: Repercusiones en los hijos", dentro de la obra colectiva Custodia Compartida y protección de menores, Cuadernos de

aquella en la que “el menor reside con uno de sus padres, quien le otorga el cuidado directo que dicha convivencia exige.”⁴

También existen supuestos excepcionales en que la guarda y custodia se confía a un tercero (generalmente a los abuelos) cuando los progenitores por imposibilidad o incapacidad no puedan ejercitarla. En cualquier caso, en este supuesto habría que distinguir entre si se confía la guarda a un familiar o persona física, pudiendo hablarse de guarda de hecho, o si se atribuye a una institución idónea, a la que habría que atribuir “funciones tutelares que ejercerán bajo la autoridad del juez.”⁵

Tradicionalmente la guarda unilateral ha sido el tipo de custodia con más aplicación práctica. Puede ser atribuida tanto a la madre como al padre, aunque existe una arraigada tendencia de atribuirla a la primera, sobretodo cuando se trata de hijos de temprana edad.

Este es el sistema más frecuente, dentro de las opciones posibles, en el que uno de los progenitores se encarga del cuidado y atención diaria de los hijos adquiriendo la condición de progenitor custodio y guardador de los mismos. El otro progenitor, no custodio, adquiere un más o menos amplio régimen de visitas, estancia y comunicación para cumplir también con su derecho-función de velar por sus hijos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral. En la mayoría de los casos fijado en fines de semana alternos y la mitad de los periodos vacacionales con cada uno de los padres.

En relación con este derecho de visitas a los hijos menores, reconocido en el artículo 160 C.c. y concretado en el artículo 94, dice MARTÍN-CALERO que se encuentra directamente conectado con el

Derecho Judicial II, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, Centro de documentación Judicial, 2009, pp.119-295.

⁴ LATHROP GÓMEZ, F., *Custodia compartida de los hijos*, La Ley, Madrid, 2008, p.276.

⁵ MONTERO AROCA, J; BARONA VILAR, S; ESPLUGUES MOTA, C; CALDERÓN CUADRADO, M.P; FLORS MATÍES, J., *Separación, divorcio y nulidad matrimonial*, tomo II arts.92 a 95 CC, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p.1007.

régimen de guarda y custodia que acuerdan los padres o establece el Juez, de manera que responde a la imposibilidad metafísica de que los hijos simultáneamente convivan con su padre y con su madre; es pues, la otra cara de la moneda de la guarda.⁶

1.2.2 La guarda y custodia compartida, alternada o sucesiva.

En la modalidad de guarda y custodia “compartida, alternada o sucesiva” la convivencia con el menor se reparte simultáneamente entre ambos progenitores, ejerciendo éstos, por períodos de tiempo similares, el encargo y cuidado personal del menor.

La atribución de este régimen de custodia implica que el progenitor durante el espacio de tiempo que custodia alternativamente a sus hijos viene compelido a ejercer parte de las facultades y obligaciones de la patria potestad. Este sistema bastante excepcional y poco habitual, puede establecerse a solicitud de ambos padres o por uno de ellos, o bien porque el Juez lo decida en aquellas circunstancias en las que considere que la medida de la guarda y custodia compartida es la más beneficiosa para el interés del menor.

Con la Ley 15/2005⁷, a la que nos referiremos con más detalle en epígrafes posteriores, se introduce por primera vez en nuestro Derecho positivo, la posibilidad de establecer la guarda y custodia compartida. Antes de su entrada en vigor, no se impedía su adopción pero era poco habitual tanto su solicitud por alguno de los padres como la aprobación final del Juez.

⁶ GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., “La custodia compartida alternativa” en Revista para el Análisis del Derecho, Indret, nº2, 2008, p.8.

⁷ Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifica el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio (BOE núm.163, 9-7-2005 y entrada en vigor el 10-7-2005).

Sin embargo, a pesar de alcanzar su propia regulación legal se plantea un problema de fondo, el cual, viene referido a la terminología empleada por el legislador al calificar la guarda y custodia compartida. De este modo, advertimos que las modificaciones introducidas por la Ley 15/2005 al artículo 92 del Código Civil se refieren al ejercicio compartido o conjunto de la guarda y custodia sin delimitar claramente su concepción y alcance.

En este sentido, advierten tanto la doctrina como la jurisprudencia que la expresión “custodia compartida” conduce a una extensa confusión terminológica por cuanto no se trata que el Juez atribuya la custodia a uno de los padres y ambos ejerzan conjuntamente la patria potestad, sino que se atribuye a ambos progenitores la custodia. Esto supone un reparto más o menos igualitario del tiempo de convivencia con los hijos, de forma que así ambos ejercen de modo ordinario la patria potestad alternativamente, por lo que resultaría más conveniente calificar la figura como “custodia alternada”. Ello también nos permitiría una mejor diferenciación con la llamada “custodia partida”, aquella en la que se otorga la custodia de uno o más hijos a uno de los padres y el resto al otro.⁸

Precisamente en los casos en los que se establece el régimen de custodia compartida, las tareas que comparten y desempeñan los progenitores en relación a la custodia, en la práctica, se reducen de manera inevitable, a los períodos estipulados de convivencia con los hijos, es decir, a períodos alternados o sucesivos. Puesto que, de forma simultánea o conjunta parece imposible que ambos progenitores (separados y/o divorciados) la puedan ejercer a un mismo tiempo. Al respecto se pronuncia la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 31 de marzo de 2004 (JUR 2004/171112):

⁸ IVARS RUIZ, J. *Guarda y custodia compartida. Aspectos procesales y sustantivos. Doctrina y jurisprudencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p.56.

La guarda y custodia...se desenvuelve en un quehacer más cotidiano y doméstico, que sin lugar a dudas también contribuiría a la formación integral del hijo y que difícilmente podrían compartirse por quienes no viven juntos, lo que supondría de admitirse otra tesis, una invasión de la esfera privada de un progenitor en la del otro, o en otro caso un continuo peregrinaje de los hijos de un hogar al otro, siendo, entonces, más correctamente denominarla en este supuesto, "custodia periódicamente alternativa".

En conclusión, es evidente que la guarda y custodia de los hijos, cuando los progenitores se separan y/o divorcian, no puede ser literalmente compartida. Por tanto, la dicción correcta es la de "custodia alternada" o "custodia por períodos alternados", y lo mismo en lo referente a la dicción de "guarda", guarda alternada o guarda por períodos alternados.⁹

Una vez apuntada la crítica existente en relación al término de "guarda y custodia compartida" podemos proceder a definirla. Para PINTO ANDRADE se trata de 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 desacuerdos que puedan surgir en el futuro.¹⁰

Por su parte, ESPARZA OLCINA la define como aquella modalidad de custodia consistente en la atribución a un progenitor de la custodia del

⁹ ROMERO COLOMA, A.M., *op.cit.*, p.37.

¹⁰ PINTO ANDRADE, C., *op.cit.*, p.42.

hijo o hijos durante un determinado período de tiempo , transcurrido el cual, se atribuye la custodia al otro progenitor por un período igual.¹¹

Apunta MARTÍN-CALERO que se trata de un sistema consistente en la alternancia de los progenitores en la posición de guardador y beneficiario del régimen de comunicación y estancia que, en abstracto, les coloca en pie de igualdad y que garantiza el derecho del menor a ser educado y criado por sus dos padres.¹²

En definitiva, podemos definir la guarda y custodia compartida como aquella situación, producida tras el cese de la convivencia de los progenitores, en la que ambos se hacen cargo de la atención y cuidado diario de sus hijos menores de edad, asumen conjuntamente la responsabilidad parental y comparten sus necesidades económicas respetando el derecho de los hijos a seguir contando, efectiva y realmente con un padre y una madre. Este concepto nos permitirá en cada caso una configuración abierta y adaptable a las circunstancias de los menores, y su regulación deberá ajustarse siempre al principio del interés superior del menor del que hablamos a continuación.

¹¹ ESPARZA OLCINA, C., “La guarda de los menores de edad” en BENEYTO BERENGUER, R., TORRERO MUÑOZ Y LLOPIS GINER J.M. (Coords.), *Retos del siglo XXI para la familia*, ed. Editorial Práctica de Derecho, Valencia, 2008, p.195.

¹² GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., *op.cit.*, p.13.

CAPÍTULO 2.- EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR

2.1 Consideraciones generales.

No es fácil responder a la pregunta de qué es y en qué consiste el interés del menor. Son muchos los elementos y componentes que lo configuran en el orden jurídico pero también en el orden humano.

El menor es ante todo persona, sujeto de derecho con intereses y necesidades que no podemos perder de vista cuando se produce la ruptura familiar. Esta cuestión nos conduce a una afirmación fundamental: el interés eminente del menor consiste en proteger su ser o esencia de persona lo que, en el plano jurídico, supone ante todo, la protección y salvaguarda de sus derechos fundamentales reconocidos en el Ordenamiento jurídico.¹³

Ese “proteger el ser y esencia del menor” constituye el núcleo fundamental del concepto jurídico indeterminado¹⁴ que supone el interés superior del menor o *favor filii* y, que en la cuestión que nos ocupa, determina lo que es más favorable al menor.

La indeterminación del concepto del interés superior del menor hace que el mismo comporte enormes dificultades en su aplicación al caso concreto, así lo estima la STS de 31 de julio de 2009 (RJ 2009\4581) que dictamina que “...al introducir la ley de forma expresa el interés del menor como concepto jurídico indeterminado, dificulta notablemente la aplicación de la norma, correspondiendo al juez en su aplicación, llenar de contenido efectivo tal concepto al juzgar y valorar el supuesto de hecho,

¹³ RIVERO HERNÁNDEZ, F. *El interés del menor*, 2º edición, Dykinson, Madrid, 2007, p.159.

¹⁴ Con la expresión “concepto jurídico indeterminado” RIVERO HERNÁNDEZ alude a una cláusula abstracta con la que la Ley se refiere a una esfera de la realidad cuyos límites no aparecen bien precisados, lo que obliga a acudir al caso concreto.

sus datos y circunstancias pues como señala la doctrina sería necesario encontrar criterios, medios o procedimientos para averiguar, racionalmente, en qué consiste el interés del menor en los términos indicados y paralelamente determinarlo en concreto en los casos correspondientes.”

La inexactitud a la hora de establecer los límites de lo que se entiende por “interés superior del menor”, permite en cada caso concreto buscar la fórmula más conveniente para la protección del hijo menor adecuada a sus circunstancias concretas. Es decir, buscar de manera efectiva cuál sería el interés del niño en la específica situación que se pretende resolver. Esto que sin ninguna duda constituye una ventaja derivada de la indeterminación del concepto, también plantea inconvenientes pues se deja en manos del intérprete su delimitación y por tanto, existe siempre el riesgo de inseguridad jurídica.¹⁵

Respecto a esto último RIVERO HERNÁNDEZ señala que el margen de apreciación y control por los tribunales va referido al ámbito interpretativo de la ley en su aplicación a los hechos a los que deberá atenderse, así como al sentido jurídico que la ley asigna al concepto, para determinar, por medio de esa valoración, lo que más conviene al niño o joven concreto.¹⁶ Por tanto, no podemos atenernos a un concepto cerrado e inflexible de interés superior del menor, pues en la medida en que constituye un concepto jurídico indeterminado o cláusula general, atenderíamos contra la finalidad propia de este principio que es buscar en cada caso lo que es mejor para el menor en la esfera de su vida familiar y social ante un supuesto de ruptura matrimonial.¹⁷

¹⁵ CASTILLO MARTÍNEZ, C “El interés del menor como criterio prevalente en la Mediación Familiar” <www.monografias.com/trabajos30/menores-criterio-prevalente-mediación>.

¹⁶ RIVERO HERNÁNDEZ, F., *op.cit*, p.73.

¹⁷ RAVETLLAT BALLESTÉ, I., “El interés superior del niño: concepto y delimitación del término” en Revista de la Facultad de Educación, nº 2, 2012, p.92.

De esta forma, cada niño presenta unas circunstancias personales y familiares diferentes y se debe procurar siempre que todas ellas respondan al beneficio del menor. Lo que a un niño determinado puede resultar beneficioso para otro puede no serlo y en un mismo niño, lo que a los seis años le puede convenir es posible que a los doce años su bienestar responda a intereses distintos. Por tanto, una vez más habrá que atender a cada caso concreto sin perder de vista que las decisiones vienen condicionadas por múltiples factores y circunstancias.

Por último, señalar que en la doctrina y jurisprudencia se han adoptado distintas vertientes en torno al concepto y finalidad del interés del menor. Una, dice IVARS RUIZ se dirige a buscar el provecho y beneficio del menor (lo que es más idóneo para el niño). Y otra, intenta evitarle perjuicios (lo que es menos grave para el niño).¹⁸ Esta divergencia de criterios se traduce en la realidad de que no siempre será posible encontrar una solución ideal acorde con el interés y beneficio del menor. En muchas ocasiones, habrá que atender a la medida menos perjudicial en aquellas situaciones y circunstancias en las que devenga imposible hallar un régimen idóneo a la situación del niño en cuestión.

2.2 El interés del menor como principio general.

El interés del menor es considerado como un principio general que abarca todos los derechos fundamentales del menor y que se dirige a su efectiva protección con miras a posibilitar el libre desarrollo de su personalidad.

En este punto hay que partir de la base de que el menor es sujeto titular de derechos fundamentales porque tiene personalidad jurídica desde el momento de su nacimiento (artículo 29 del Código Civil) y que

¹⁸ IVARS RUIZ, J., *op.cit*, p.26.

ese principio del interés del menor al que nos referimos, se revela en la protección de sus derechos fundamentales, protección atribuida por el ordenamiento jurídico.

Concretamente podemos encontrar estos derechos fundamentales del menor en la Ley Orgánica 1/1996 de Protección Jurídica del Menor (arts. 3 y ss), en la Ley Orgánica 1/1981, de 5 de mayo, de protección civil del honor, intimidad personal y familiar y de la propia imagen; en la Ley Orgánica 1/1990, de 3 de octubre de Ordenación General de Sistema Educativo (art. 1) o en la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y ratificada el 30 de noviembre de 1990.

El interés primordial del menor consiste por tanto, en la garantía de sus derechos fundamentales: la dignidad de su persona, los derechos inviolables que le son inherentes, y el libre desarrollo de su personalidad; todos ellos reconocidos en el artículo 10 de la Constitución Española.

En este sentido, RIVERO HERNÁNDEZ sostiene que “el principio del interés del menor se configura ante todo como principio constitucional al que la Constitución le ha dotado de la superioridad normativa formal que ella misma implica”.¹⁹ Sin embargo, las referencias constitucionales a los sujetos de derechos (fundamentales) no aluden específicamente al menor.²⁰ A este respecto, entiende el Tribunal Constitucional que debe llevarse a cabo una tarea de interpretación de las normas no sólo de la Constitución, sino de todo el ordenamiento jurídico.

Con todo, la especial situación en la que se encuentra el menor ha hecho que la normativa constitucional se haya preocupado de incluir diversas disposiciones orientadas, aunque deficientemente, a la protección del mismo.

¹⁹ RIVERO HERNÁNDEZ, F., *op.cit.* p. 82.

Estas disposiciones son las incluidas en los apartados 2, 3 y 4 del artículo 39 C.E.:

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

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 demás casos en que legalmente proceda.

39.4.Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos.

Por su parte, PASCUAL MEDRANO entiende que la falta de referencias constitucionales expresas a los derechos fundamentales del menor pueden quedar colmadas con los acuerdos y tratados ratificados por España sobre la materia.²¹ De esta manera, el mandato constitucional de protección del menor trasciende de nuestro ordenamiento jurídico para convertirse en una cuestión de interés general y de preocupación a nivel mundial.

De acuerdo con lo anterior, procedamos a analizar la normativa internacional existente en relación con la protección de los menores:

Es la ya mencionada Convención sobre los Derechos del Niño la que se ha encargado de proteger a nivel internacional los derechos civiles, económicos, sociales, políticos y culturales de los niños. Esta convención se configura como el primer mecanismo internacional que reconoce a los menores como agentes sociales y como titulares activos de sus propios derechos.

²¹ PASCUAL MEDRANO, A., "Los derechos fundamentales y la Ley de Protección del Menor," en Revista jurídica de Navarra, nº22,1996, p.252.

De gran aceptación universal, es el Tratado que más rápidamente ha entrado en vigor en la historia de los tratados de derechos humanos.²² No sólo se encarga de regular y proteger los derechos fundamentales de los menores sino que también define las obligaciones y responsabilidades de otros agentes, como los padres, profesores, investigadores...etc.²³ La Convención se erige, por tanto, como un instrumento jurídicamente vinculante, esto es, de cumplimiento obligatorio tanto para los mencionados agentes como para los 191 Estados firmantes de la misma.

Además la regulación sustantiva que lleva a cabo la Convención de las diversas obligaciones impuestas a los Estados en relación con el interés del menor, permiten hallar en ella, tanto el desarrollo del contenido de los derechos constitucionalmente garantizados al menor por ser persona como el de otros derechos subjetivos específicos, previstos por la Convención en beneficio del menor como tal (Art. 39.4 C.E.).²⁴

En la presente Convención, el interés superior del niño se ha constituido en pilar fundamental de la misma. Recogido en el artículo 3, aparece como principio rector interpretativo del resto de derechos del menor:

3.1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las 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.

3.2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo

²² Galiano, Grisel. "La Convención de los Derechos del Niño como tratado de derechos específicos de la niñez y la adolescencia. Máximo referente normativo de cultura jurídica para la infancia." <<http://www.eumed.net/rev/cccss/19/ggm.html>>

²³ Convención de los Derechos del niño <http://www.unicef.es/infancia/derechos-del-nino/convencion-derechos-nino> consultado el 5-4-2014.

²⁴ Aláez Corral, Benito "Minoría de edad y derechos fundamentales" Oviedo 2001, http://www.unioviedo.es/constitucional/miemb/alaez/menor.htm#_Toc533257129 consultado el 8-4-2014.

en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.

3.3. Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada

En cuanto a interés superior “no se trata de cualquier tipo de interés, sino de un interés especial” que lleva a los Estados a asegurar de forma prioritaria los intereses y necesidades de los niños.²⁵

En el ámbito de la Unión Europea el menor también ha sido objeto de protección. En este contexto encontramos la Carta Europea de los Derechos del Niño, disposición comunitaria de carácter general sobre los derechos del menor de 21 de septiembre de 1992 y el Convenio Europeo sobre el ejercicio de los Derechos de los Niños , de 25 de enero de 1996, ratificado por España en 1997, en el que además de contemplar los derechos de participación de menor en los procedimientos judiciales que le afecten, se prevé en su artículo 5 la posibilidad de que los Estados parte adopten medidas legislativas que permitan al menor nombrar a su propio representante para los procedimientos judiciales y ejercitar en todo o en parte sus derechos en dichos procedimientos.

Por tanto y en base a toda la normativa expuesta, podemos entender que el interés del menor se identifica con la protección de los derechos fundamentales que el ordenamiento jurídico atribuye a los mismos en cuanto a sujetos de derecho.

²⁵ “Los Derechos del Niño en la Convención sobre los Derechos del Niño de Naciones Unidas”, en Biblioteca Jurídica Virtual de Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, p.405.

Así se identifica con la dignidad de la persona (el menor), con los derechos inviolables que le son inherentes y con el libre desarrollo de la personalidad, pues por afectar a un menor hay que entender que todos estos derechos e intereses se encuentran especialmente necesitados de protección.

El interés del menor debe responder a la felicidad y bienestar personal del menor así como a su equilibrio emocional y afectivo. Supone decidir, como dice RIVERO HERNÁNDEZ, sobre algo que le afecta de forma directa y grave (situación personal, bienes o derechos de la personalidad, derechos subjetivos ordinarios...) y que precisamente debe atender a aquello que más le conviene evitando en lo posible lo que pueda perjudicarlo.²⁶

En la línea de RAVETLLAT BALLESTÉ “el concepto de interés del menor no constituye otra cosa que la proyección en las personas menores de edad del problema de la protección de los derechos fundamentales en general.”²⁷

2.3 Custodia compartida e interés del menor.

Como hemos planteado en reiteradas ocasiones, atender al caso concreto a la hora de establecer el régimen de guarda y custodia de los hijos, en situaciones de crisis matrimonial, es fundamental para poder responder a las necesidades e intereses de los menores. No obstante, atender al caso concreto no impide la existencia de un factor común a todos los casos, que es el deber de procurar garantizar que las medidas que se adopten en el proceso respondan directamente al principio general que supone el interés superior del menor.

²⁶ RIVERO HERNÁNDEZ, F., *op.cit.* p. 139.

²⁷ RAVETLLAT BALLESTÉ, I., *op.cit.* p.96.

Nuestro sistema se concibe en el artículo 92 del Código Civil como forma de protección del interés de los menores cuando sus progenitores no conviven y no como un sistema de premio o castigo al cónyuge por su actitud en el ejercicio de la guarda. Por ello entre los principios reguladores de la guarda y custodia compartida la doctrina ha señalado como fundamental y más importante el principio del interés del menor, puesto que la cuestión no puede ser resuelta aludiendo continuamente al principio de igualdad y equiparación de los progenitores. De acuerdo con este principio, las decisiones relativas al menor en cuestión, deben ir enfocadas siempre a satisfacer el interés de este.

En cualquier caso, lo más importante es priorizar los intereses de los menores frente a los de sus progenitores, con el fin de que la vida de los hijos resulte lo menos afectada posible por las medidas que se adopten. Esto implica que en caso de conflicto, el interés de los hijos prepondera y el interés de los progenitores se sacrifica y cede.

Ante la necesidad de garantizar ese interés y beneficio de los menores la custodia compartida se nos presenta como una opción que puede reconocerse a los progenitores en beneficio de los hijos y que posibilita la continuidad del cumplimiento de los deberes de los padres hacia sus hijos, con el consiguiente mantenimiento de la potestad conjunta. Ello ha llevado al Tribunal Supremo a reiterarse en múltiples ocasiones entorno a la idea de la custodia compartida como mejor solución para los menores, al permitirle relacionarse de forma más razonable con cada uno de sus progenitores siempre y cuando ello no comporte un perjuicio para el menor.²⁸

Deben concurrir determinados requisitos fijados por la Sala Primera del Tribunal Supremo para poder valorar y adoptar, en interés de menor, el régimen de guarda y custodia compartida. Estos requisitos son los siguientes:

²⁸ Sentencia del T.S. de 29 de abril de 2013 (rec. 2525/2011).

1º La práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales.

2º Los deseos manifestados por los menores competentes.

3º El número de hijos.

4º El cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales.

5º El resultado de los informes exigidos legalmente.

6º Cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada en una convivencia que forzosamente deberá ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven, sin que la mera constatación de que el régimen de guarda y custodia se adapta mejor al interés de los progenitores resulte suficiente para deducir que se adapta mejor al interés del menor, que es el que debe primar.²⁹

Todos estos presupuestos enfocados primordialmente a garantizar el beneficio del menor en la guarda y custodia compartida, también son ventajosos para los progenitores “dado que no solamente ambos pueden mantener la relación con sus hijos sino que se da una corresponsabilidad en las obligaciones para con éstos.”³⁰

Necesariamente habrá que valorar la capacidad de los progenitores para respetar los derechos y obligaciones que corresponden al otro, pues una “actitud negativa, no conciliadora y obstaculizadora” puede originar un cambio en la fijación del régimen de guarda (si se trataba de custodia compartida podrá atribuirse en exclusiva al otro progenitor, o si era

²⁹ Comunicación Poder Judicial “Nota prensa Criterios guarda y custodia compartida” http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder_Judicial/Noticias_Judiciales/El_Supremo_fija_doctrina_sobre_los_requisitos_a_valorar_para_adoptar_en_interes_del_menor_el_regimen_de_guarda_y_custodia_compartida#bottom consultado el 16-4-2014.

³⁰ ALASCIO CARRASCO, L., “La excepcionalidad de la custodia compartida impuesta (art. 92.8 CC). A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de octubre de 2010”, en Revista para el Análisis del Derecho, InDret, nº 2, 2011, p.5.

exclusiva fijarse, a favor del otro).³¹ Esto nos conduce a la idea de que no es tan importante el modelo de custodia que se establezca como el fin de procurar garantizar el interés superior del menor que es el que determinará y no al revés, el régimen de guarda y custodia. En definitiva, no se trata de subsumir la situación del niño o del adolescente en parámetros generales, sino precisamente, realizar la operación inversa para obtener la mayor satisfacción del interés del menor.³²

En este sentido, la Sala Primera del Tribunal Supremo recuerda que tras la STC 185/2002, de 17 de octubre, “la adopción del régimen de guarda y custodia compartida ya no depende del informe favorable del Fiscal sino, únicamente, de la valoración que merezca al Juez la adecuación de dicha medida al interés del menor, siendo punto de partida que la guarda y custodia compartida no es lo excepcional sino que debe ser la regla general siempre que no resulte perjudicial para el menor, pues “el mantenimiento de la potestad conjunta resulta sin duda la mejor solución para el menor en cuanto le permite seguir relacionándose establemente con ambos padres”.³³

³¹ GUILARTE MARTÍN CALERO, C., “Criterios de atribución de la custodia compartida”, en Revista para el Análisis del Derecho, InDret, nº 3, 2010, p.14.

³² Santos Belandro, Rubén. “El Interés Superior del Menor en el Derecho Internacional Privado.” <http://www.asapmi.org.ar/publicaciones/articulos-juridicos/?id=28> consultado el 16-4-2014.

³³ “El Tribunal Supremo establece que la custodia compartida se debe otorgar en interés del menor” en http://www.elderecho.com/actualidad/Tribunal-Supremo-establece-custodia-compartida_0_544875030.html consultado el 16-4-2014.

CAPÍTULO 3.- LA OPINIÓN DE LOS MENORES EN LA DECISIÓN DE LA CUSTODIA

3.1 La voluntad del menor en el régimen de guarda y custodia.

A la hora de determinar el régimen de guarda y custodia de un menor es importante tener en consideración su voluntad ya que son los hijos menores los sujetos que van a resultar principalmente afectados por las decisiones que se adopten. Dice IVARS RUIZ que el Juez debe atender, como elemento relevante de su decisión, a la propia voluntad de los hijos, los cuales “habrán de ser oídos sobre este particular concerniente a su cuidado y educación, que les afecta de manera tan personal”.³⁴ Así lo determina el artículo 92.2 C.c.: *El Juez, cuando deba adoptar cualquier medida sobre la custodia, el cuidado y la educación de los hijos menores, velará por el cumplimiento de su derecho a ser oídos.*

La jurisprudencia ha tratado de dar cobertura a este elemento fundamental afirmando, en términos generales, que la voluntad del menor es un criterio legal relevante de acomodación de tales medidas al principio general destinado a favorecer el interés predominante de los hijos.

La voluntad y expresión del menor en la determinación de su régimen de guarda y custodia ha sido tratada en diversas sentencias como criterio prioritario a la hora de decidir en interés y beneficio del menor, la edad del niño en este sentido se erige como elemento importante a tener en cuenta:

- SAP Madrid de 28 de febrero de 1992 (AC 1992\335):

³⁴ IVARS RUIZ, J., *op.cit*, p.51.

*Ahora bien, en casos como el presente, en que ambos cónyuges gozan de unas aptitudes más que suficientes para ejercer las funciones de guarda y custodia, a cuyos efectos basta examinar el completo dictamen emitido por doña Rosa María L. y L. y doña Esperanza S. H., obrante a los folios 52 al 67 y las ampliaciones contenidas en el acto de su ratificación -folio 69-, y muestran su deseo expreso de ostentarla, **se ha de acudir, de modo prioritario, a la voluntad del propio menor,** sobre todo cuando por su edad y estado de formación y desarrollo evidencia una madurez y lucidez de juicio susceptible de conformar una voluntad atendible a los fines decisorios.*

- SAP Girona de 9 de febrero de 2000 (AC 2000\184) :

*Dicho lo anterior, lo único que queda por decidir es aquel de los progenitores a quien ha de atribuirse la guarda y custodia, para lo cual ha de tenerse en cuenta la previsión legal que el Código Civil establece en su art. 92, en el sentido de que **las medidas judiciales sobre el cuidado y educación de los hijos han de ser adoptadas en beneficio de ellos, tras oírles si tuvieran juicio suficiente y siempre a los mayores de doce años.***

- SAP Navarra de 11 de noviembre 1992 (AC 1992\1565) :

*En el caso de autos los menores Eva e Iñigo, expresaron (folios 112, 113, 131 y 132) su preferencia de vivir con su padre; y si bien ambos progenitores prima facie capacitados se hallan para ejercer la guarda y custodia, a la vista del informe psicológico emitido por la psicóloga del Juzgado de Familia (folios 114 y 115) valorado al amparo del art. 632 de la LECiv, al que debe acudirse (art. 92 último párrafo del C.c.); debe llegarse a la conclusión de que la guarda y custodia de los hijos menores Eva e Iñigo debe otorgarse al padre don José Luis L., y **ello en base al deseo expresado por los hijos,** criterio que los propios progenitores consignaron en el convenio (cláusula tercera 1.º) como orientativo en las medidas relativas a su guarda y custodia.*

Si bien son muchas las sentencias que hacen prevalecer esa voluntad del menor para determinar el régimen custodio de los mismos, no siempre se atiende a esta circunstancia. Indica MONTERO AROCA que muchas veces es el informe de los diversos peritos (normalmente equipo psicossocial del Juzgado) que han intervenido en el proceso, el que desaconseja que el interés o beneficio del menor esté a su propia voluntad manifestada.³⁵

La manipulación del menor por parte de alguno de sus progenitores, el capricho como fundamento de su voluntad o la misma inmadurez propia de la temprana edad son algunos de los factores que llevan a desaconsejar la prevalencia de la voluntad del menor en un momento determinado. La STS de 25 de Octubre del 2012 (ROJ: STS 6808/2012) refleja esta situación:

Todos ellos se han tenido en cuenta para resolver sobre lo que aquí interesa y es evidente que la valoración conjunta de este informe y la exploración realizada en ambas instancias antes de pronunciarse generó la duda de si lo expresado por los menores responde a una voluntad real de cambiar de progenitor custodio, abandonando a su madre, y no a la manipulación por parte de su padre derivada del propio conflicto matrimonial en el que no solo están en juego derechos de las partes sino los intereses de los niños directamente afectados por la resolución que se dicte.

En conclusión, es fundamental tener en consideración la voluntad de los hijos respecto de la guarda de los mismos, pero ello no debe impedir advertir de entrada sus posibles peligros, no ya sólo respecto de la alteración de la voluntad del menor por la presión de una de las partes, sino atendiendo especialmente a que no debe descargarse sobre los hombros de los menores la decisión y la responsabilidad de que han de

³⁵ MONTERO AROCA, J., *Guarda y custodia de los hijos (la aplicación práctica del artículo 92 del Código Civil)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p.127.

optar por vivir con su padre o con su madre (SAP Guipúzcoa de 30 de mayo de 1998, (AC 1998/966)).³⁶

3.2 La audiencia del menor.

Para hacer efectiva la participación del menor en la propia determinación de su régimen de guarda y custodia se erige como fundamental la llamada “audiencia del menor”. En nuestro sistema jurídico, dice RIVERO HERNÁNDEZ, la audiencia del menor y la relevancia que los obligados a oírle (padres y Juez) den a su opinión y voluntad constituyen la expresión del respeto a la personalidad del menor o del hijo.³⁷

El ordenamiento español se ha referido en numerosas ocasiones a esta facultad del menor de ser escuchado antes de tomar una decisión relativa a su régimen de guarda y custodia. En esta medida, constituye uno de los contenidos esenciales que integran el principio del interés superior del menor.

Las manifestaciones que el menor ejerza en este trámite procesal han de ser valoradas, según cada caso, atendiendo sobre todo a las condiciones de veracidad del niño y con ello, a su grado de madurez o capacidad para entender las circunstancias concretas de su caso. Corresponde al Juez realizar estas valoraciones en su decisión final.

En cualquier caso, se trata de hacer efectivo un derecho del menor que bajo ningún concepto y/o principio debe interpretarse como deber al

³⁶ MONTERO AROCA, J., *Íbid.*, p.118.

³⁷ RIVERO HERNÁNDEZ, F., *op.cit.*, p.191.

que pueda encontrarse obligado,³⁸ como así lo declara el artículo 12 de la Convención de 20 de noviembre de 1989, sobre los Derechos del Niño:

1. Los Estados Partes 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 al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.

2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, 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.

El artículo 12 de la Convención establece el derecho de cada niño a expresar su opinión libremente en todos los asuntos que lo afectan y el subsiguiente derecho de que esas opiniones se tengan debidamente en cuenta, en función de la edad y madurez del niño. De este modo, recae sobre los Estados parte la clara obligación jurídica de reconocer ese derecho y garantizar su observancia escuchando las opiniones del niño y teniéndolas debidamente en cuenta. Esta obligación supone que los Estados parte, atendiendo a sus respectivos sistemas judiciales, tienen el deber de garantizar directamente ese derecho o adoptar o revisar leyes para que el niño pueda disfrutarlo plenamente.

El niño, sin embargo, tiene la posibilidad de no ejercitar este derecho. Expresar sus opiniones es una opción, no una obligación. Los Estados parte deben garantizar y proteger este derecho asegurándose de

³⁸ García, Natalia “Audiencia y exploración del menor: un derecho, no una obligación ” . *El blog jurídico de sepin*. <http://blog.sepin.es/2013/04/audiencia-y-exploracion-del-menor-un-derecho-no-una-obligacion/> consultado el 10-4-2014.

que el niño recibe toda la información y el asesoramiento necesarios para tomar una decisión que favorezca su interés superior.³⁹

El derecho de los niños a ser escuchados en todo procedimiento judicial o administrativo en el que estén directamente implicados y de los que resultan las decisiones que afectan a su ambiente personal, familiar o social, es un derecho que goza de reconocimiento tanto en los Convenios Internacionales más relevantes como al que me he referido (Convención sobre los Derechos del Niño) como en la mayoría de las legislaciones de los Estados.

En nuestro ordenamiento jurídico a la audiencia del menor se refiere el artículo 92 apartados 2 y 6 del Código civil y los artículos 770.4 y 777.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC). Sin embargo para MONTERO AROCA esta cuestión debe situarse en un contexto más amplio. De esta forma el autor hace referencia a todo un conjunto de normas entorno a la audiencia del menor en el que no podía faltar el ya mencionado artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Así, y siguiendo el esquema del MONTERO AROCA cabe referirse al Código Civil que alude a dicha audiencia en cuatro normas distintas y complementarias que a su juicio han de interpretarse de manera conjunta:

1º. El artículo 154.2 dispone que los padres, para ejercer debidamente la patria potestad y antes de tomar decisiones que afecten a los hijos, deberán oír a éstos “si tuvieren suficiente juicio.”

2º. En caso de desacuerdo entre los progenitores, en relación al ejercicio de la patria potestad, cualquiera de ellos puede solicitar al Juez la atribución de la facultad de decidir, dice el artículo 156.2 después de oírles a los dos “y al hijo si tuviere suficiente juicio y, en todo caso, si fuera mayor de doce años.”

³⁹ Comité de los Derechos del Niño (Naciones Unidas) Observación nº12 (2009) El derecho del niño a ser escuchado. Convención sobre los Derechos del Niño

3°. Antes de que el Juez decida qué progenitor quedará a cargo de los hijos menores de edad (cuando no exista acuerdo entre aquellos), éste oirá a los hijos que tuvieren suficiente juicio y, en todo caso, a los mayores de doce años, tal y como dispone el artículo 159 (en la redacción dada por la Ley 11/1990, de 15 de octubre).

4°. Una vez originado el proceso de separación matrimonial entre los progenitores y en aras a decidir las medidas judiciales en relación al cuidado y educación de los hijos, el artículo 92.2 ordena al Juez “oírles si tuvieren suficiente juicio y siempre a los mayores de doce años.”

También se refiere a la audiencia del menor el artículo 9 de la L.O. 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, en el que se atribuye al menor “el 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.”

Por último, el autor menciona la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil que regula dicha audiencia en dos ocasiones, primero en los procesos en que se contiene sobre la nulidad, separación o divorcio (artículo 770) y segundo, en los procesos de separación o divorcio de mutuo acuerdo (artículo 777).⁴⁰

⁴⁰ Cfr. MONTERO AROCA, J., *Op.cit.*, pp. 201-203.

CAPÍTULO 4.- LA CUSTODIA COMPARTIDA ANTES Y DESPUÉS DE LA LEY 15/2005.

4.1 La guarda y custodia compartida antes de la Ley 15/2005.

Antes de la entrada en vigor de la *Ley 15/2005 de 8 de julio*⁴¹, por la que se modifican el *Código Civil* y la *Ley de Enjuiciamiento Civil* en materia de separación y divorcio, el modelo de guarda y custodia compartida carecía de una regulación positiva en nuestro ordenamiento jurídico pero tampoco se prohibía expresamente. De este modo podía acordarse al amparo del artículo 92.2 del *Código Civil*: “las medidas judiciales sobre el cuidado y educación de los hijos serán adoptadas en beneficio de ellos [...]”. Sin embargo, en la práctica no gozaba de la preferencia de los tribunales, sólo una línea minoritaria de la jurisprudencia se inclinaba por este modelo compartido de custodia.⁴²

El modelo por excelencia en la legislación anterior, la *Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio* (en adelante *Ley 30/1981*), era la tradicional custodia unipersonal o monoparental. Disuelto el matrimonio se atribuía en exclusiva la guarda y custodia a uno de los progenitores, generalmente a la madre, en detrimento del otro progenitor al que le correspondía el derecho de visitas, de comunicación y tener en compañía a sus hijos menores. De esta forma, era el progenitor custodio quien tomaba las decisiones en el quehacer cotidiano del menor.

La mayor parte de la doctrina y jurisprudencia anterior a la *Ley 15/2005* rechazaba la modalidad de custodia compartida. Tras la crisis

⁴¹ BOE núm.163, 9-7-2005 y entrada en vigor 10-7-2005.

⁴² MONTERO AROCA, J.,, *op.cit*, p.33.

matrimonial, los tribunales consideraban que lo más adecuado era otorgar la custodia a uno de los progenitores al que además le era atribuida la vivienda familiar; en este sentido, al progenitor no custodio se le imponía por un lado, la responsabilidad legal de proporcionar una pensión alimenticia y por otro, se le reconocía un derechos de visitas.⁴³ Se consideraba que la custodia compartida constituía una alteración, generalmente, a nivel emocional, que se manifestaba mayoritariamente en los hábitos de conducta del menor denotando inseguridades e inestabilidades en el mismo.

Durante 24 años se mantuvo intacta esta regulación de 1981 pero no la sociedad española que experimenta una gran transformación a todos los niveles. Traducida en numerosos cambios, asistimos a una creciente ruptura de los conceptos tradicionales de familia. De un modelo familiar casi universal, el de la familiar nuclear, pasamos a una diversidad de estructuras familiares (familias tradicionales, monoparentales, reestructuradas,...) en las que juega un papel muy importante la incorporación de la mujer al trabajo, lo que hace que en muchos casos, la madre y el padre se impliquen de igual manera en la educación y cuidado de sus hijos.⁴⁴

La guarda y custodia respondía a una fórmula de exclusividad para uno de los progenitores, una estructura propia del contexto jurídico-positivo pero que dificultaba dar soluciones ajustables a la pluralidad de las estructuras familiares que constituían esta nueva realidad social.

La búsqueda de lo que es mejor para los hijos también experimenta una clara evolución que atiende a unas determinadas creencias sociales. Apunta MONTERO AROCA que “lo que es mejor responde a una

⁴³ ALASCIO CARRASCO, L. Y MARÍN GARCÍA I., “Juntos pero no revueltos : la custodia compartida en el nuevo artículo 92 CC” en Revista para el Análisis del Derecho, InDret, nº 3, 2007, p.5.

⁴⁴ DEL CAMPO, S y RODRÍGUEZ-BRIOSO, M., “La gran transformación de la familia española durante la segunda mitad del siglo XX ” en Revista española de investigaciones sociológicas, nº 100, 2002, p.104.

determinada manera de entender la jerarquía de los valores sociales”.⁴⁵ Existía y existe un tradicional modo de entender que lo mejor para el menor es convivir con la madre, sobrevinida la crisis conyugal, no obstante esta preferencia materna ha ido desapareciendo conforme a la evolución experimentada en nuestra sociedad. Ante unos padres igualmente capacitados para el ejercicio de la custodia, no debe porqué presumirse que la madre, a estos efectos, esté mejor capacitada para el cuidado y atención diaria de sus hijos. En cada caso, será el interés superior del menor el que, concretado por el Juez, decida el régimen de guarda y custodia de los hijos.⁴⁶

Como ya hemos dicho, en la Ley 30/1981 no se reconocía el modelo de guarda y custodia compartida pero tampoco se impedía expresamente, por lo que también se establecían, aunque en menor medida, estas modalidades de custodia. Este inusual modelo comienza a ser deseado y reclamado por aquellos progenitores que no conviven con sus hijos y que quieren formar parte de la vida diaria de sus hijos. En este contexto, no es de extrañar que el progenitor no custodio que teme verse privado de la guarda y custodia al final del proceso matrimonial inste la llamada custodia compartida en orden a la ampliación de sus derechos y a la constatación fáctica del perjuicio que supone para los hijos vivir alejado de unos de sus progenitores.⁴⁷

Se incrementan así en los tribunales las demandas de padres que reivindican, ante la situación de separación conyugal, medidas más justas en cuanto a la crianza de sus hijos para acabar con el papel de progenitor visitador y no participe de la vida de sus hijos, en definitiva, medidas que se adapten a los nuevos modelos de familia. De esta forma comienza a

⁴⁵ MONTERO AROCA, J., *op.cit*, p.67.

⁴⁶ GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., *op.cit*, p.9.

⁴⁷ MONTERO AROCA, J., *op.cit*, p. 33.

manifestarse la necesidad de dar una respuesta legal a las solicitudes de establecimiento de la guarda y custodia compartida.⁴⁸

En respuesta a esa demanda social y como reconocimiento del principio de corresponsabilidad parental, se promulga la Ley 15/2005, de 8 de Julio, de reforma del Código Civil en materia de separación y divorcio. Esta nueva regulación introduce importantes cambios en cuanto a la guarda y custodia y la patria potestad de los hijos. Paralela en parte a la evolución de la sociedad, pretende reforzar la libertad de decisión de los padres respecto del ejercicio de la patria potestad y permite que los cónyuges puedan acordar por convenio, o el Juez decidir, en su caso, que el ejercicio de la patria potestad se atribuya a uno sólo de los cónyuges o a ambos de forma compartida.⁴⁹

4.2 La custodia compartida después de la Ley 15/2005.

Con la entrada en vigor de la Ley 15/2005, se reconoce por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico, la guarda y custodia compartida como modalidad de ejercicio de la guarda y custodia. Fundamentada en el deseo de procurar una mejor realización del beneficio e interés del menor, se parte de la base de que, en principio, es conveniente para el menor la relación diaria y cotidiana con ambos progenitores.

La Ley 15/2005 hace posible una visión más amplia en relación al concepto existente de las relaciones familiares tras la ruptura conyugal. La separación o el divorcio de los padres deja de plantearse como un impedimento para mantener una relación civilizada y responsable, que se hace necesaria en cualquier caso, para procurar un normal desarrollo del menor. Esta situación se refuerza al garantizar a los padres, el

⁴⁸ “La guarda y custodia compartida –una nueva institución de derecho de familia en España “ en <www.lexfamily.es> consultado el 18-4-2014.

⁴⁹ “Separación matrimonial y los hijos.” En http://www.separacion.es/separacion_hijos.htm consultado el 18-4-2014.

mantenimiento de los mismos derechos y responsabilidades que tenían con anterioridad a la crisis matrimonial.

Con la nueva Ley, se pretenden superar de esta forma, los prejuicios existentes entorno a la tradicional idea de que sobrevinida la crisis, los hijos menores no pueden seguir manteniendo un contacto habitual con ambos progenitores, sino únicamente con uno de ellos que adquiere el papel de progenitor custodio, limitándose al progenitor que no convive a un determinado régimen de visitas para estar con sus hijos.⁵⁰ En este sentido, se trata de hacer desaparecer la creencia errónea de que el progenitor custodio es el que ostenta toda la autoridad sobre el menor. Las facultades derivadas de la guarda corresponden igualmente al otro progenitor en los períodos estipulados para hacer efectivo el régimen de comunicación y visitas.

En la guarda y custodia compartida desaparecen estas clasificaciones de progenitores custodio y no custodio. Ambos asumen conjuntamente, la autoridad y la responsabilidad en relación a todos los aspectos relevantes de la vida del menor, respetando su derecho fundamental a seguir contando con un padre y una madre.⁵¹

Lo primordial, en cualquier caso, es que toda esta cuestión se aborde no tanto desde la perspectiva de la igualdad de los padres en derechos y obligaciones, sino desde la perspectiva de las necesidades de los hijos, pues “si bien es cierto que ambos progenitores son iguales en

⁵⁰ ALFONSO RODRÍGUEZ, M.E., “Ley 15/2005, de 8 de julio de modificación del Código Civil y la LEC: guarda y custodia compartida” en Anales de la Facultad de Derecho, nº 23, 2006, p.7.

⁵¹ ORTIZ IBÁÑEZ, M., “La Custodia Compartida de los hijos y de las hijas en casos de nulidad, separación y divorcio” en Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres, nº7, 2001, p.36.

derechos y deberes, no siempre esta igualdad formal tiene fiel reflejo en la realidad de cada familia.”⁵²

Con todo, pese al gran avance social y familiar que representa esta modalidad de custodia, no siempre va a resultar aconsejable aplicarla. Señalan nuestros tribunales que el mayor obstáculo para su adopción es la existencia de una relación conflictiva entre los padres del menor⁵³ y las repercusiones que a nivel emocional esta pueda plantear a los hijos.⁵⁴ Por ello, el legislador de 2005 la ha venido reconociendo aunque excepcionalmente y en aquellos casos en los que concurren los requisitos legales establecidos.

⁵² VIÑAS MAESTRE, D., “Medidas relativas a los hijos menores en caso de ruptura: Especial referencia a la guarda”, en Revista para el análisis del Derecho, InDret, nº3, 2012, p.5.

⁵³ SAP Girona de 9 de febrero de 2000, (AC 2000\184): *En cuanto a la guarda y custodia compartida que se había establecido en la sentencia de separación, existen claras muestras de su rotundo fracaso ante la situación de intransigencia y enfrentamiento de los padres de los menores, lo que constituye un ejemplo paradigmático del fracaso de la guarda compartida cuando ésta no es propuesta y concertada de mutuo acuerdo por los progenitores que mantienen entre ellos una postura razonable y equilibrada ante la crisis matrimonial* (fundamento jurídico segundo).

⁵⁴ OTERO CRESPO, M y GARCIA RUBIO, M.P., “Apuntes sobre la referencia expresa al ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos en la ley 15/2005”, en Revista jurídica de Castilla y León, nº 8, 2006, p.86.

CAPÍTULO 5.- LA REFORMA DEL ARTÍCULO 92 CC

Respecto de las modificaciones introducidas al Código Civil por la entrada en vigor de la Ley 15/2005, nos interesa centrarnos en el estudio del artículo 92, el cual, regula la posibilidad de acordar la guarda y custodia compartida. De la nueva reforma podemos constatar que los párrafos primero y tercero no han experimentado ninguna modificación respecto de la antigua redacción del mismo. En cambio, sí han sufrido modificaciones los párrafos segundo, cuarto y quinto y se introducen por primera vez, los párrafos sexto al noveno:

1. La separación, la nulidad y el divorcio no eximen a los padres de sus obligaciones para con los hijos.

2. El Juez, cuando deba adoptar cualquier medida sobre la custodia, el cuidado y la educación de los hijos menores, velará por el cumplimiento de su derecho a ser oídos.

3. En la sentencia se acordará la privación de la patria potestad cuando en el proceso se revele causa para ello.

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

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

6. *En todo caso, antes de acordar el régimen de guarda y custodia, el Juez deberá recabar informe del Ministerio Fiscal, y oír a los menores que tengan suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, partes o miembros del Equipo Técnico Judicial, o del propio menor, valorar las alegaciones de las partes vertidas en la comparecencia y la prueba practicada en ella, y la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos para determinar su idoneidad con el régimen de guarda.*

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

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

9. *El Juez, antes de adoptar alguna de las decisiones a que se refieren los apartados anteriores, de oficio o a instancia de parte, podrá recabar dictamen de especialistas debidamente cualificados, relativo a la idoneidad del modo de ejercicio de la patria potestad y del régimen de custodia de los menores.*

Como se deriva del propio precepto, con la nueva regulación cabe la posibilidad legal de que, tras la ruptura, ambos progenitores se impliquen en el cuidado y atención diaria de sus hijos menores. Esto se hace posible al ampliarse el ámbito de libertad de los mismos para solicitar en el convenio regulador el ejercicio de la custodia compartida.

No obstante, no podemos perder de vista que el legislador de 2005 regula pero no define la modalidad de custodia compartida. El artículo 92 C.c. emplea el término *guarda conjunta* cuando es el juez quien acuerda este tipo de custodia, de oficio o con carácter excepcional, a instancia de parte, con el informe del Ministerio Fiscal; o en aquellos casos en que no procede por encontrarse los progenitores incurso en algún proceso penal. En cambio, se utiliza la expresión *guarda compartida* para referirse a los supuestos en los que se solicita a instancia de parte, esto es, a instancia de los padres en la propuesta de convenio regulador o bien mediante acuerdo en el transcurso del procedimiento.

Procedamos a analizar los cambios y novedades del artículo en cuestión:

Los apartados 2 y 6 del artículo 92 se refieren al mandato dirigido al juez de velar por el cumplimiento del derecho de los hijos menores a ser oídos antes de decidirse su custodia. Establece acertadamente (en concreto el apartado 6) el requisito procesal de oír a los menores siempre y cuando tengan suficiente juicio, esto es, capacidad de tener una opinión propia y de expresarla de modo comprensible. De otro modo, es evidente que no sería posible hacer efectivo el ejercicio del derecho.⁵⁵

No estableciéndose ninguna norma respecto a la edad a partir de la cual deba ejercitarse este derecho por el menor, dice RIVERO HERNANDEZ, que a partir de una edad razonable deberá ver el juez al niño o recabar información suficiente para comprobar si tiene suficiente juicio para contar algo útil.⁵⁶

Por su parte, en el artículo 92.7 C.c. el legislador se refiere a dos supuestos en los que no cabe conceder la custodia compartida. En el primer apartado se refiere al caso en que alguno de los progenitores esté incurso en un proceso penal *por atentar contra la vida, la integridad física,*

⁵⁵ MONTERO AROCA, J., *op.cit.*, p.204.

⁵⁶ RIVERO HERNÁNDEZ, F., *op.cit.*, pp.196-197.

la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos.

Aquí, el legislador se refiere de forma un tanto genérica a los casos de maltrato y violencia doméstica. Para ROMERO COLOMA con la expresión “que esté incurso en un proceso penal” debe interpretarse que el legislador ha tratado de referirse a “ser condenado” en un proceso penal pues toda persona se presume inocente mientras no se pruebe lo contrario.⁵⁷

Del mismo modo, en el segundo apartado del precepto se determina la improcedencia de la custodia compartida cuando el Juez advierta la existencia de indicios fundados de violencia doméstica. Aquí se refiere al caso concreto, pero al igual que en el apartado primero, tendremos que acudir al principio de presunción de inocencia para evitar que al utilizar la palabra “indicios” se condene al progenitor injustamente.

Por otra parte, el artículo 92.5 C.c. regula el supuesto en que sí procede la guarda y custodia compartida y esto es, cuando ambos progenitores la soliciten de mutuo acuerdo. Al respecto señala DE TORRES PEREA la necesidad de llevar a cabo un control judicial sobre la autonomía de los cónyuges, “ya que éstos pueden hacer un uso nada ortodoxo de su libertad de decisión”.⁵⁸ Con la nueva Ley 15/2005 se pretende reforzar la libertad de decisión de los cónyuges respecto del ejercicio de la patria potestad, lo que no implica bajo ningún concepto, que se deje al arbitrio de los mismos el régimen de guarda y custodia a establecer. En este sentido, el Juez no puede quedar vinculado, en

⁵⁷ ROMERO COLOMA, A.M., *op.cit.*, p.30-31.

⁵⁸ DE TORRES PEREA, J.M., “Custodia compartida: una alternativa exigida por la nueva realidad social” en Revista para el Análisis del Derecho, InDret nº 4, 2011, p.14.

ningún caso por la solicitud de los progenitores, cuando estime que el interés del menor no se encuentra debidamente protegido.⁵⁹

El problema surge cuando sólo uno de los progenitores solicita la custodia compartida de los hijos. De esta cuestión se ocupa el artículo 92.8 C.c. al regular la posibilidad de que el juez adopte esta modalidad de custodia cuando concurren tres requisitos:

1. Solicitud de la medida por una sola de las partes;
2. Recabar el informe favorable del Ministerio Fiscal;
3. Probar que únicamente de esta manera se protege debidamente el interés del menor.

No obstante, a este precepto se le pueden hacer varias objeciones. Primero, el hecho de solicitarse la custodia compartida por uno sólo de los progenitores, nos lleva a pensar que el otro progenitor se opone a la misma, y en consecuencia, podría verse perjudicado el interés del menor entendido como interés prioritario a cualquier otro con el que pueda entrar en conflicto. Segundo, el requisito de petición de la medida por una sola de las partes no parece del todo acertado, pues en caso de que ninguna de las partes solicitara la custodia compartida, no podría acordarse en base a este precepto. Entonces, si el Juez, a la vista de las circunstancias, considera que lo más conveniente para los hijos es la custodia compartida ¿no puede acordarla?.⁶⁰

Por último, el artículo 92.9 C.c. alude a la posibilidad del Juez de recabar dictamen de especialistas cualificados relativos a la idoneidad del modo de ejercicio de la patria potestad y régimen de custodia, antes de adoptar su decisión final. Según GARCÍA RIVAS ni siquiera en los supuestos en que se solicite de mutuo acuerdo la custodia compartida, ésta es automática, sino que el Juez tendrá que ponderar determinadas

⁵⁹ GARCÍA RIVAS, F.J., "Guarda y custodia compartida: la Ley 15/2005 de 8 de julio de reforma del Código Civil" en Revista Jurídica de la Región de Murcia, nº 37, 2006, p.92.

⁶⁰ ALASCIO CARRASCO, L., *op.cit.*, p.8.

circunstancias indiciarias de que la misma es beneficiosa para el menor.⁶¹
Entre las circunstancias más comunes cabe destacar las siguientes:

- La residencia de los progenitores. La proximidad o lejanía de las residencias de los padres es un factor importante a tener en cuenta. Que los padres tengan domicilios en ciudades o países distintos no parece aconsejar la custodia compartida pues no permite la estabilidad necesaria en la vida diaria del menor. Para el aseguramiento de dicha estabilidad, es conveniente que ambos progenitores no sólo establezcan sus residencias en la misma ciudad sino, en la medida de lo posible, en la misma localidad. Aquí en teoría cabría señalar dos posibilidades: que los padres se alternen por períodos el domicilio familiar sin que los menores tengan que salir del mismo, o que sean los menores los que se desplacen de la vivienda de un progenitor a la del otro. Esta última opción, en la práctica, es la más habitual por lo que se debe procurar que el menor pueda mantener los mismos hábitos y costumbres que mantenía en la situación anterior a la ruptura conyugal. Que pueda continuar asistiendo al mismo centro escolar, con sus actividades de ocio y mantener su círculos de amistades, son aspectos que contribuirán entre otras cosas, a normalizar su nueva situación haciendo menos traumática la ruptura de la unidad familiar.

- La edad de los hijos. En los menores de corta edad no parece aconsejable acordar la custodia compartida. Normalmente se establece la custodia individual a favor de la madre, pues durante esas edades tan tempranas parecer ser que la madre ejerce un vínculo cuidador más estrecho con el hijo. La custodia individual acordada en atención a la corta edad del hijo podrá ser revisada más adelante cuando el hijo alcance

⁶¹ GARCÍA RIVAS, FJ., *op.cit*, p.89.

determinada edad, pudiendo resultar beneficioso para su desarrollo plantear la conveniencia de la custodia compartida.⁶²

- Posibilidades de conciliación de la vida familiar y laboral de los padres. La custodia compartida exige que tanto el padre como la madre tengan posibilidades de conciliar la vida familiar con la laboral, pero no es preciso que ambos tengan las mismas posibilidades; puede darse el caso de que los horarios laborales de uno u otro no permitan una mayor atención y/o dedicación a los hijos, por ello no es tan importante la igualdad de posibilidades como la oportunidad real de compatibilizar dichos horarios. Además, el apoyo de la familia externa puede facilitar en muchos casos una fructífera conciliación.⁶³

- Relaciones entre los padres. Se requiere una gran implicación de los padres en el cuidado y atención de sus hijos menores para poder abordar el régimen de custodia compartida. Una actitud pasiva o conflictiva dificultará, en cualquier caso, la viabilidad de este modelo de custodia. Ambos deben tener unos mínimos referentes comunes en relación a la educación y crianza del menor para contribuir al desarrollo integral del mismo. No obstante, “la falta de entendimiento entre los progenitores no puede constituir un factor decisivo en cuanto al establecimiento del régimen o sistema de guarda y custodia del hijo menor.”⁶⁴ Esto quiere decir que en la medida en que se configura como habitual la conflictividad existente entre los padres al producirse la ruptura matrimonial, esa falta de entendimiento puede propiciarse tanto en los supuestos de custodia compartida como en los supuestos de custodia individual a favor de uno de los progenitores.

⁶² SERRANO GARCÍA, J.A., “La custodia individual como excepción a la preferencia legal por la custodia compartida” en Revista de derecho civil aragonés, nº18, 2012, pp.20-21.

⁶³ SERRANO GARCÍA, J.A., *Íbid.*, p.29.

⁶⁴ SERRANO GARCÍA, J.A., “Nota práctica sobre guarda y custodia de los hijos en caso de ruptura de la convivencia de los padres” en Revista de derecho civil aragonés, nº18, 2012, p.242.

Por último, podríamos hacer mención como circunstancia a tener en cuenta por el Juez, los factores psicológicos que inciden en el menor como consecuencia de la crisis familiar. Estos factores también deben ser tenidos en cuenta por los padres a la hora de abordar las pautas de crianza tanto si son compartidas como de forma individual para no entorpecer en la estabilidad emocional de sus hijos menores. Es decir, el objetivo fundamental es conseguir que entre los padres e hijos se establezcan vínculos afectivos igualmente estrechos. Las desavenencias provenientes de los conflictos maritales jamás deben interferir en la crianza posterior de los hijos imperando, por encima de todo, el buen hacer de los padres en la toma de decisiones conjunta para el beneficio de los mismos. Se trata de las conclusiones alcanzadas en la moderna psicología que mantiene que “lo más importante para el adecuado desarrollo de menor en la actualidad como para su futuro es su bienestar afectivo y emocional”.⁶⁵

⁶⁵ GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., *op.cit*, p.9.

CAPÍTULO 6.- BREVE REFERENCIA A LA CUSTODIA COMPARTIDA EN LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS

A partir de la reforma de 2005 algunas Comunidades Autónomas como Aragón, Cataluña, Valencia o Navarra también han incluido en sus respectivos textos legislativos el régimen de la guarda y custodia compartida. Aunque existen ciertas diferencias y matices a la hora de legislar sobre esta materia, en todas ellas se fijan criterios como: la edad de los hijos y su opinión, la dedicación de cada progenitor a ellos, su disponibilidad y sus posibilidades de conciliar vida laboral y familiar, así como el arraigo social y familiar y cualquier otra circunstancia relevante a la hora de atribuir la custodia (cosa que no hace el Código Civil español). Procedamos a examinar cada una de ellas.

6.1 La custodia compartida en Aragón.

Aragón fue la primera comunidad en abrir camino a la custodia compartida con la publicación de la *Ley 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres*.⁶⁶ Esta Ley, respondiendo a una importante demanda social, supuso un cambio del modelo tradicional, al configurar la custodia compartida frente a la individual como norma preferente en los supuestos de ruptura de la convivencia entre los padres y en ausencia de pacto de relaciones familiares.⁶⁷ Con este cambio se ha pretendido favorecer el mejor interés de los hijos y promover la igualdad entre los progenitores.

⁶⁶ Publicada en el Boletín Oficial de Aragón y en el Boletín Oficial del Estado (núm.151) el 22 de Junio de 2010.

⁶⁷ VIÑAS MAESTRE, D., *op.cit.*, p.7.

Actualmente la Ley 2/2010 se encuentra formalmente 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.*⁶⁸

Este Código, en su Libro Primero, Título II, Capítulo II, Sección 3ª “Efectos de la ruptura de la convivencia de los padres con hijos a cargo”, en su artículo 75.2 dispone: *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.*

Más adelante el artículo 80. 2 dice: *el Juez adoptará de forma preferente la custodia compartida en interés de los hijos menores, salvo que la custodia individual sea más conveniente (...).* Asimismo, establece después en su apartado 5: *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.*

De los artículos mencionados parece evidenciarse que la verdadera finalidad del Código aragonés es implantar el sistema de guarda y custodia compartida como sistema general de custodia en los casos de ruptura de la convivencia de los progenitores. De este modo el carácter excepcional que le otorga el artículo 92.8 del Código Civil se transforma en sistema preferente de custodia en la legislación aragonesa.

⁶⁸ Publicado en el Boletín Oficial de Aragón núm. 63/2011, de 29 de marzo de 2011.

6.2 La custodia compartida en Cataluña.

En Cataluña la normativa reguladora de la custodia compartida se recoge en la *Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia*.⁶⁹ En esta Ley, no se establece de forma expresa la preferencia por la modalidad de custodia compartida aunque parece deducirse de su articulado. En este sentido, la reforma legal catalana se refiere a un sistema que denomina “responsabilidad parental compartida” en el que los progenitores deben presentar sus propuestas de “plan de parentalidad”.

Dicho plan de parentalidad consiste en un proyecto que se tiene que mostrar al Juez en el que los progenitores explican como van a desempeñar sus responsabilidades con los hijos. En este sentido, se deben hacer constar, dice el artículo 233-9, *los compromisos que asuman respecto a la guarda, el cuidado y la educación de los hijos*.

Si este plan (que en principio deberá ejercerse en la forma convenida por los cónyuges) no llega a ser aprobado o no existe acuerdo, el Juez determinará el modo en que deba ejercerse la custodia de los hijos, atendiendo a los criterios establecidos en la Ley, así lo determina el artículo 233-10.2: *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 artículo 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*.

En resumen, la Ley catalana no establece de forma expresa que la custodia compartida sea la opción preferente, pero sí se dice que la

⁶⁹ BOE núm. 203/2010, de 21 de agosto de 2010.

guarda y custodia ha de ejercerse conjuntamente en la medida de lo posible y siempre obedeciendo al mayor interés de los menores.

6.3 La custodia compartida en Valencia.

Valencia, al igual que antes lo hicieron Cataluña y Aragón, aprobó la *Ley 5/2011, de 1 de abril, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven*⁷⁰, en la que se permite una mayor autonomía a los cónyuges para configurar su nueva realidad familiar a través de un pacto que se denomina de “convivencia familiar”. Con esta acepción (también denominada “convivencia compartida”) se ha venido sustituyendo el término de custodia compartida en el texto de la Ley.

En la Exposición de motivos se justifica esta opción al determinar que el concepto de custodia “se queda corto y obsoleto para las pretensiones de una ley que se propone 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 de un adecuado desarrollo psíquico y emocional de cada menor.”

Por tanto, este cambio de terminología responde al deseo de abandonar el criterio tradicional de que las responsabilidades para con los hijos recaigan únicamente en uno sólo de los padres, para dar lugar a un sistema equilibrado y compartido en el desempeño de la autoridad parental en todas las facetas de la vida del menor afectado, siempre guiado por el principio fundamental del interés superior del menor, de

⁷⁰ BOE núm.98, de 25 de abril de 2011. El Pleno del Tribunal Constitucional, por providencia de 19 de julio de 2011 acordó admitir a trámite el recurso de inconstitucionalidad número 3859-2011, promovido por el Presidente del Gobierno, contra esta Ley de la *Generalitat* Valenciana, suspendiendo la vigencia y aplicación de los preceptos impugnados desde la fecha de interposición del recurso –4 de julio de 2011–. Esta suspensión se levantó por Auto nº 161/2011, de 22 de noviembre.

igualdad de los progenitores y por el derecho de los menores a crecer y vivir con sus padres.⁷¹

De esta forma, el legislador autonómico valenciano ha pretendido plasmar la voluntad efectiva de elegir para el menor la situación que resulte más adecuada a sus circunstancias para que sufra lo menos posible la ruptura de sus progenitores.

De otra parte, en aquellos casos en los que no exista el mencionado pacto de convivencia familiar entre los progenitores, dice el artículo 5.1 que será la autoridad judicial, previa audiencia del Ministerio Fiscal, la que fijará los extremos referidos a dicho pacto. A continuación en el artículo 5.2 se establece la regla general del modelo valenciano de custodia: *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.*

Al igual que sucede en Aragón, en la Ley valenciana también se establece expresamente como modelo preferente de custodia el régimen de convivencia compartida sin que suponga impedimento alguno para su determinación por el Juez la oposición de uno de los padres ni las malas relaciones entre los progenitores.

En este sentido, el régimen de convivencia individual se reserva para aquellos supuestos excepcionales en los que sólo de esa forma se garantice el interés superior de los menores. Así lo dispone el artículo 5.4: *La autoridad judicial podrá otorgar a uno solo de los progenitores el régimen de convivencia con los hijos e hijas menores cuando lo considere necesario para garantizar su interés superior, y a la vista de los informes*

⁷¹ BARONA SELLES, M.A.; CLEMENTE MEORO, M.E; HOYO RODRIGO, J; RAMÓN FERNÁNDEZ, F; REYES LOPEZ, M.J; VICENTE TORRES, M; *Ley Valenciana de relaciones familiares de los hijos cuyos progenitores no conviven*, ed.Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p.23.

sociales, médicos, psicológicos y demás que procedan. En ese supuesto, deberá establecer un régimen de relaciones familiares adaptado a las circunstancias propias del caso, que garantice el contacto de los hijos e hijas menores con ambos progenitores.

Atendiendo a lo dispuesto en este precepto, se invierte lo que, hasta ahora había constituido la tendencia general en el Código Civil español, esto es, la guarda y custodia exclusiva o unilateral como sistema general de custodia en los supuestos de ruptura de convivencia, siendo la custodia compartida un régimen de aplicación minoritaria en la práctica.

6.4 La custodia compartida en Navarra.

Por último, Navarra cuenta con 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*⁷² que apuesta porque la decisión que se adopte sobre la custodia de los hijos menores, cuando no exista acuerdo de los padres, atienda al interés superior de los hijos y a la igualdad de los progenitores en sus relaciones con ellos, lo que parece inclinar tímidamente la balanza a favor de la custodia compartida.

En este sentido dice su artículo 3.4 que *la decisión buscará conciliar, siempre que sea posible, todos los intereses en juego, considerando como prioritarios los intereses de los hijos menores o incapacitados y asegurando la igualdad de los padres en sus relaciones con los hijos en todo lo que vaya en beneficio de estos.*

En el caso de que el Juez acuerde la custodia compartida, deberá fijar un régimen de convivencia de cada uno de los padres con los hijos, adaptado a las circunstancias de la situación familiar, que garantice a

⁷² Boletín Oficial de Navarra nº 60, de 28 de marzo de 2011; BOE núm. 87, de 12 de abril de 2011.

ambos progenitores el ejercicio de sus derechos y obligaciones en situación de equidad (art.3.5). En cambio, si el Juez acuerda la custodia individual, fijará un régimen de comunicación, estancias o visitas con el otro progenitor que le garantice el ejercicio de las facultades y deberes propios de la patria potestad que tenga atribuidos conforme a la Ley 63 de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra (art.3.6).

Como se observa del articulado, Navarra no llega a establecer expresamente que la custodia compartida sea prioritaria sobre la custodia monoparental, pero su pretensión parece ser reforzar y afianzar esta modalidad de custodia para dejar de ser una medida excepcional.

CAPÍTULO 7.- VENTAJAS E INCONVENIENTES DE LA CUSTODIA COMPARTIDA

7.1 Ventajas de la custodia compartida.

Siendo la custodia compartida el objeto del presente trabajo podemos examinar las ventajas o beneficios que presenta tanto en relación a los hijos menores como en relación a los progenitores.

En este sentido, podemos partir de la base de que la custodia compartida es la custodia natural existente antes de la ruptura y que no tiene porqué existir ningún motivo para que el divorcio o la separación determine otro tipo de custodia, por tanto, se configura como motivadora de una mayor participación parental, incrementando la autoestima del menor y disminuyendo los conflictos entre los progenitores.

Teniendo en cuenta las anteriores afirmaciones podemos señalar las siguientes ventajas:

- La custodia compartida busca que el hijo conserve su relación con ambos progenitores en el mayor grado posible y consecuentemente sufra en menor medida la ruptura familiar.

- Se garantiza a los padres la posibilidad de seguir ejerciendo sus derechos y de participar en igualdad de condiciones en el desarrollo y crecimiento de sus hijos, evitando el sentimiento de pérdida que tiene uno de los progenitores cuando se atribuye la custodia en exclusiva al otro progenitor.

- Implica un reparto igualitario de los deberes y obligaciones de los padres en relación a sus hijos al mismo tiempo que garantiza a los hijos la posibilidad de criarse con ambos progenitores, constituyendo el modelo

de convivencia que más se acerca al modelo anterior a la ruptura.

- La convivencia continuada del menor con sus dos progenitores evita que aquel tome como único modelo de comportamiento a uno de ellos, equiparando sus relaciones tanto con su madre como con su padre.

- Se evitan en los hijos menores la aparición de determinados sentimientos negativos como pueden ser: miedo al abandono; sentimiento de culpabilidad; sentimiento de negación...

- En relación con lo anterior, se fomenta una actitud más abierta de los hijos hacia la separación de los padres que permite una mayor aceptación y comprensión de la nueva situación familiar y se evitan situaciones de manipulación consciente o inconsciente por parte de los padres hacia a los hijos.

- Ambos progenitores pueden disponer de tiempo libre para su vida personal y profesional, evitando que uno de los dos quede excesivamente condicionado al cuidado y atención de los hijos, pues en ocasiones el dolor y vacío que produce la ruptura se tiende a suplir con la compañía de los hijos, convirtiéndose éstos en la única razón de vivir del progenitor.

- Por último, con la custodia compartida los padres “no tienen más remedio” que cooperar, acordar y transigir continuamente, constituyendo ello un modelo y ejemplo educativo de conducta para el menor.⁷³

Asimismo, podemos mencionar algunas de las ventajas que señala LATHROP:

- Es el sistema que más se apega al principio de

⁷³ Cano Fuentes, O, “Ventajas de la Custodia Compartida para el Menor” en <http://www.elblogdecano-advocats.com/contenido/11-ventajas-de-la-custodia-compartida-para-el-menor>, consultado el 2-5-2014.

corresponsabilidad familiar. De forma que, mediando un adecuado intercambio de información, los padres están más informados sobre las necesidades de los hijos favoreciendo la coparentalidad.

- Mantiene la vigencia de dos modelos adultos frente al hijo. Ambos padres mantienen una igualdad en el desarrollo del papel educativo y el hijo sigue manteniendo una relación igual con los padres.

- Es la modalidad que rescata y preserva la situación de vida del menor previa a la ruptura.

- Aminora “el divorcio” entre hijo y padre o madre no custodio, y el sentimiento de pérdida del progenitor no custodio.

- Los efectos psicológicos de la ruptura sobre el menor son menores.

- Propicia una visión conjunta respecto a la educación y desarrollo del menor sin que los padres se sientan ganadores ni perdedores en el ejercicio del cuidado del hijo.⁷⁴

7.2 Inconvenientes de la custodia compartida.

Si bien son numerosas las ventajas que plantea la custodia compartida, también ha sido objeto de muchas críticas sobre todo por la inestabilidad física y psíquica que puede provocar en todos los aspectos de la vida del hijo menor, vulnerando en consecuencia, su interés superior.

En este sentido, IVARS RUIZ⁷⁵ señala algunos de los inconvenientes o desventajas que implica esta modalidad de custodia :

⁷⁴ Cfr. LATHROP GÓMEZ, F., *op.cit.*, p.478.

⁷⁵ Cfr. IVARS RUIZ, J. *Op.cit.*, pp.182-190.

- La falta de adecuación y coherencia con el *favor filii*, ya que se entiende que en muchas ocasiones por la escasa edad de los hijos se hace precisa una mayor presencia de uno de los progenitores para contribuir a su estabilidad y desarrollo integral.

- La falta de estabilidad y regularidad de los hábitos y costumbres, es uno de los argumentos que más se han utilizado para el rechazo de la custodia compartida basado en la inestabilidad física del menor.

- La falta de colaboración y acuerdo mostrado por los progenitores, el fracaso, la intransigencia y enfrentamiento de los padres. Es un hecho que una de las razones más esgrimidas para denegar la guarda y custodia compartida es justamente las malas relaciones entre los padres.

- Es un sistema poco aconsejable en aquellos casos en los que los progenitores no están de acuerdo en su adopción.⁷⁶

- La negativa de la esposa y por cuestiones geográficas, el traslado continuado de domicilio del hijo menor, o cuando los padres residen en distintas localidades.

- La negación de la custodia compartida sobre la base de los sistemas de reparto. De esta forma encontramos resoluciones que se pronuncian sobre un rechazo genérico (cuando se distribuyen los tiempos por años) y otras que rechazan esta medida cuando se solicita por tiempos concretos, como semestralmente, a mitades del curso escolar o cuando se pide por meses.

⁷⁶ SAP Valencia, de 4 de diciembre de 2003, (JUR 2004\165288): *...salvo casos especiales en los que, además de circunstancias excepcionales, ambos cónyuges estén de acuerdo, no es aconsejable la guarda y custodia compartida, y si esto es así mucho más lo será cuando, como en el caso de autos, no existe acuerdo entre ambos, pues a la dificultad propia de toda custodia compartida se le añadiría la de tener que vivir juntos, lo que va contra la más elemental consecuencia de todo proceso matrimonial y que, en modo alguno, puede imponerse judicialmente.*

- La necesidad de estilos uniformes de vida y disponibilidad de los progenitores.

A pesar de existir motivos fundados que lleven a desaconsejar este sistema de custodia, hay distintas sentencias⁷⁷ en las que se considera, al contrario de lo que hemos expuesto hasta ahora, la medida más favorable para garantizar el interés del hijo menor, “en armonía con el *favor filii* y, en definitiva, respetuosa con el bienestar de éste, en orden a su mejor y más completo desarrollo afectivo, psíquico y emocional.”⁷⁸

⁷⁷ T.S.J. Aragón sentencia de 30 de abril de 2013, (RJ 2013\4812); T.S. sentencia de 17 de diciembre de 2012, (RJ 2014\74).

⁷⁸ ROMERO COLOMA, A.M., *op.cit*, p.86.

CAPÍTULO 8.- CONCLUSIONES

Una vez finalizado el desarrollo de los anteriores capítulos, y habiendo alcanzado una visión general de la guarda y custodia compartida podemos extraer las siguientes conclusiones:

1. La custodia compartida es una modalidad de guarda y custodia, reconocida positivamente en nuestro ordenamiento jurídico a través de la Ley 15/2005 y, que surge como respuesta a la demanda social de adoptar un modelo de custodia que permita un desarrollo más normalizado de las relaciones paterno-filiales, haciendo posible que los hijos menores disfruten de la compañía habitual de ambos progenitores.

2. La custodia compartida nace como expresión del derecho de los menores a relacionarse por igual tanto con la madre como con el padre, teniendo como objeto el de lograr un adecuado desarrollo afectivo y emocional, tras la ruptura de la unidad familiar. Por tanto, la custodia compartida se fundamenta en el llamado “interés superior del menor” y no en el principio de igualdad de los progenitores. Todas las decisiones que se adopten, en relación a los menores, deben ir enfocadas siempre a satisfacer y garantizar el interés de éstos, por lo que si los intereses de los hijos colisionan con los de los progenitores prevalecerán, en cualquier caso, los primeros en detrimento de los segundos.

3. En la determinación del régimen de guarda y custodia, el Juez debe velar por el derecho de los menores a ser oídos. Es decir, se debe tener en cuenta la voluntad de los hijos siempre y cuando tengan suficiente juicio para poder reclamar el cumplimiento efectivo de sus derechos. No obstante, como ya hemos visto, que el menor exprese su opinión referente a la medida de guarda y custodia, constituye siempre un derecho y no una obligación por lo que puede renunciar a manifestar su propia voluntad al respecto.

4. La medida de la guarda y custodia compartida es una posibilidad legal que contempla el artículo 92 del Código Civil, pero no por ello va a ser siempre aconsejable su aplicación. Es necesario tener en cuenta una serie de circunstancias que deben concurrir para que sea viable esta modalidad de custodia tales como: la proximidad de los domicilios de los progenitores; las relaciones entre los mismos; la edad de los hijos o la posibilidad de conciliar la vida familiar y laboral, pues la misma implica que los progenitores se involucran de igual manera en la atención y cuidado de sus hijos menores.

5. La custodia compartida otorga los mismos derechos a los progenitores sobre el desarrollo y cuidado de los hijos y promueve mayores condiciones de igualdad entre las partes implicadas.

6. En reiteradas ocasiones, los tribunales la han venido considerando como la medida que mejor protege el interés superior del menor, puesto que le permite al hijo seguir relacionándose de forma estable con ambos progenitores. De esta forma, se considera que no debe ser una medida excepcional, sino la regla general siempre y cuando no sea perjudicial para el menor.

7. Por último, la custodia compartida no sólo presenta ventajas como la continuidad y estabilidad de las relaciones entre padres e hijos, o el buen desarrollo afectivo y emocional del menor, evitando las traumáticas rupturas familiares, sino que hemos podido comprobar que también plantea inconvenientes. Como ya los hemos tratado anteriormente, destacar, simplemente, que el principal factor que se tiene en cuenta para denegar la custodia compartida es la mala relación entre progenitores y las repercusiones negativas que éstas pueden ocasionar a los hijos.

9.- BIBLIOGRAFÍA

ALASCIO CARRASCO, L., “La excepcionalidad de la custodia compartida impuesta (art. 92.8 CC). A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de octubre de 2010”, en Revista para el Análisis del Derecho, InDret, nº 2, 2011, 25 págs.

ALASCIO CARRASCO, L. Y MARÍN GARCÍA I., “Juntos pero no revueltos: la custodia compartida en el nuevo artículo 92 CC” en Revista para el Análisis del Derecho, InDret, nº 3, 2007, 23 págs.

ALFONSO RODRÍGUEZ, M.E., “Ley 15/2005, de 8 de julio de modificación del Código Civil y la LEC: guarda y custodia compartida” en Anales de la Facultad de Derecho, nº 23, 2006, págs. 79-94.

BARONA SELLES, M.A; CLEMENTE MEORO M.E; HOYO RODRIGO, J; RAMÓN FERNÁNDEZ, F; REYES LÓPEZ, M.J; VICENTE TORRES, M; *Ley Valenciana de relaciones familiares de los hijos cuyos progenitores no conviven*, ed.Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

DE TORRES PEREA, JM., “Custodia compartida: una alternativa exigida por la nueva realidad social” en Revista para el Análisis del Derecho, InDret, nº 4, 2011, 61 págs.

DEL CAMPO, S y RODRÍGUEZ-BRIOSO, M., “La gran transformación de la familia española durante la segunda mitad del siglo XX ” en Revista española de investigaciones sociológicas, nº 100, 2002, págs. 103-165.

DÍEZ-PICAZO, L y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, tomo I, ed.Tecnos, Madrid, 2012.

ESPARZA OLCINA, C., “La guarda de los menores de edad” en

BENEYTO BERENGUER, R., TORRERO MUÑOZ Y LLOPIS GINER J.M. (Coords.), *Retos del siglo XXI para la familia*, ed. Editorial Práctica de Derecho, Valencia, 2008.

GARCÍA RIVAS, F.J., “Guarda y custodia compartida: la Ley 15/2005 de 8 de julio de reforma del Código Civil” en *Revista Jurídica de la Región de Murcia*, nº 37, 2006, págs. 77-102.

GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., “La custodia compartida alternativa” en *Revista para el Análisis del Derecho, Indret*, nº2, 2008, 33 págs.

GUILARTE MARTÍN CALERO, C., “Criterios de atribución de la custodia compartida”, en *Revista para el Análisis del Derecho, InDret*, nº 3, 2010, 21 págs.

IVARS RUIZ, J. *Guarda y custodia compartida. Aspectos procesales y sustantivos. Doctrina y jurisprudencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

LATHROP GÓMEZ, F., *Custodia compartida de los hijos*, La Ley, Madrid, 2008.

MONTERO AROCA, J., *Guarda y custodia de los hijos (la aplicación práctica del artículo 92 del Código Civil)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.

MONTERO AROCA, J; BARONA VILAR, S; ESPLUGUES MOTA, C; CALDERÓN CUADRADO, M.P; FLORS MATÍES, J., *Separación, divorcio y nulidad matrimonial*, tomo II arts.92 a 95 CC, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

ORTIZ IBÁÑEZ, M., “La Custodia Compartida de los hijos y de las hijas en casos de nulidad, separación y divorcio” en *Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, nº7, 2001, págs. 35-37.

OTERO CRESPO, M y GARCÍA RUBIO, M.P., “Apuntes sobre la referencia expresa al ejercicio compartido de la guarda y custodia de los

hijos en la ley 15/2005”, en Revista jurídica de Castilla y León, nº 8, 2006, págs.69-106.

PASCUAL MEDRANO, A., “Los derechos fundamentales y la Ley de Protección del Menor,” en Revista jurídica de Navarra, nº22,1996, págs. 249-264.

PINTO ANDRADE, C., *La custodia compartida*, ed.Bosch, S.A, Barcelona, 2009.

RAVETLLAT BALLESTÉ, I., “El interés superior del niño: concepto y delimitación del término” en Revista de la Facultad de Educación, nº2, 2012, págs. 89-108.

RIVERO HERNÁNDEZ, F. *El interés del menor*, 2º edición, Dykinson, Madrid, 2007.

SAN SEGUNDO MANUEL, T., “Maltrato y separación: Repercusiones en los hijos”, dentro de la obra colectiva *Custodia Compartida y protección de menores*, Cuadernos de Derecho Judicial II, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, Centro de documentación Judicial, 2009.

SERRANO GARCÍA, J.A., “La custodia individual como excepción a la preferencia legal por la custodia compartida” en Revista de derecho civil aragonés, nº18, 2012, págs. 9-54.

SERRANO GARCÍA, J.A., “Nota práctica sobre guarda y custodia de los hijos en caso de ruptura de la convivencia de los padres” en Revista de derecho civil aragonés, nº18, 2012, págs. 227-244.

VIÑAS MAESTRE, D., “Medidas relativas a los hijos menores en caso de ruptura: Especial referencia a la guarda”, en Revista para el análisis del Derecho, InDret, nº3, 2012, 55 págs.

