

Medidas relativas a los hijos menores en caso de ruptura. Especial referencia a la guarda

Dolors Viñas Maestre

Magistrada

Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18ª

Abstract

El trabajo analiza las reformas introducidas por la Ley 15/2005, de 8 de julio –que modificó el Código Civil en materia de guarda de los hijos menores en caso de ruptura matrimonial y no matrimonial–, y las reformas legislativas posteriores introducidas por algunas comunidades autónomas en esta materia, así como la aplicación de dicha normativa por parte de los tribunales. Se constata la necesidad de clarificar conceptos y contenidos ante un fenómeno, el de la denominada custodia compartida, que ha generado y sigue generando importantes debates sociales y que ha sido asumida como bandera por parte de algunas organizaciones. El trabajo destaca los diferentes modelos legales de guarda y custodia, así como la diferencia existente en la terminología empleada en las distintas legislaciones, y plantea si dichas diferencias están o no provocando diversas soluciones y, en definitiva, si la pluralidad legislativa está dando lugar a una desigualdad de trato de los ciudadanos según resulte aplicable una u otra legislación. Se analizan los criterios legales que deben ser tenidos en consideración para acordar la modalidad de guarda más adecuada en cada caso y cómo se están valorando estos criterios por los tribunales en aras a concretar de una forma lo más objetiva posible el interés del menor. Por último se hace una especial referencia a la incidencia que la medida de la guarda de los menores tiene en otras medidas derivadas de las rupturas matrimoniales y no matrimoniales, como las relativas al uso del domicilio y la pensión de alimentos y la regulación de estas medidas en la legislación de algunas comunidades autónomas.

This paper deals with the legal changes introduced by the Spanish Act 15/2005, 8 July, on Civil Code reforms regarding custody of children in case of marriage or family breakdown. The paper also focuses on subsequent legislative developments within Spanish autonomous communities, as well as on enforcement of such regulation by the judiciary. The paper calls for clarifying the concept and content of joint custody, due to the social importance attached to it. By emphasizing the different legal models on custody, as well as the consequent terminology used by different legal bodies, we wonder if such situation is leading to different judicial decisions and, therefore, to a different treatment of citizens depending on their territorial law. In order to solve these concerns, we analyze the criteria the Courts should apply to grant, case by case, the most suitable custody regime and how they apply these criteria for achieving the principle of the best interest of the child. Finally, we refer to the influence of a child's custody regime in other effects resulting from the marriage or the family breakdown such as the allocation of the use of the family dwelling or child support orders, taking into account the existing regulation in several autonomous communities.

Title: Measures regarding minor children in case of family breakdown. An analysis of custody

Palabras clave: Guarda, custodia, custodia compartida, pensión de alimentos, uso del domicilio
Keywords: Custody, joint custody, child support, use of the family dwelling

Sumario

1. Introducción. Evolución social de las relaciones familiares
2. Novedades legislativas: terminología, preferencia legal de modelos de convivencia. Consecuencias en la práctica
3. Criterios legales y judiciales
 - 3.1. Criterios en nuestro ordenamiento jurídico
 - a) Criterios establecidos por el Código Civil
 - b) Criterios establecidos por el Tribunal Supremo
 - c) Criterios establecidos en el Código de Derecho Foral de Aragón
 - d) Criterios establecidos en el Codi Civil de Catalunya
 - e) Criterios establecidos en la Ley Navarra
 - f) Criterios establecidos en la Ley de Valencia
 - 3.2. Análisis detallado de los diferentes criterios en relación con las resoluciones de los Tribunales
 - a) Capacidad de los progenitores
 - b) Criterio de la vinculación psicológica
 - c) Criterio del cuidador primario
 - d) Audiencia de los menores
 - e) La relación entre los padres. Capacidad de comunicación y de preservar las relaciones con el otro progenitor
 - f) Criterio de la continuidad. Organización post ruptura
 - g) La edad de los hijos
 - h) Criterios objetivos. Domicilio y horarios laborales
 - i) Recomendación: no separación de los hermanos
4. Trascendencia de la medida en otros efectos de la ruptura
 - 4.1. Uso del domicilio
 - 4.2. Pensión de alimentos
5. Tabla de Jurisprudencia
6. Bibliografía

1. Introducción. Evolución social de las relaciones familiares

Desde la entrada en vigor de la Ley 15/2005 de 8 de julio (B.O.E núm. 163, de 9 de julio de 2005) que modificó los artículos del Código Civil (en adelante CC) relativos a la guarda de los hijos menores han transcurrido pocos años y sin embargo dicha modificación ha supuesto, pese a la criticable regulación recogida, un importante impulso en esta materia. Ello merece un análisis que no puede calificarse de histórico, atendida la brevedad del período transcurrido, pero que se considera necesario, habida cuenta la rapidez de los cambios sociales y legislativos producidos desde la publicación de la Ley de 2005 y el impacto real que dichos cambios están teniendo en la redacción de los convenios reguladores y en las resoluciones judiciales dictadas en los procesos contenciosos.

En pocos años estamos presenciando cambios continuos de los modelos familiares, de los modelos de pareja y de distribución de los roles o funciones familiares en relación con las tareas de la casa y el cuidado de los hijos, en función de los pactos tácitos alcanzados durante la convivencia, lo que está dando lugar a muy diversos modelos de organización familiar cuando se produce una ruptura de pareja.

Desde hace años también se está poniendo de manifiesto la insuficiencia de las soluciones contempladas por la ley, adecuadas para dar respuesta al conflicto planteado en un momento determinado, pero inadecuadas para adaptarse a la dinámica familiar evolutiva y cambiante y la necesidad de complementarlas con otros instrumentos más idóneos, como son la mediación y la realización de terapias, entre otros.

En relación a la regulación anterior existente sobre la guarda de los hijos menores después de una ruptura, se ha apuntado que la Ley de 2005 ha permitido que, aun con la excepcionalidad con que la propia regulación contempla la custodia compartida, exista una base legal más clara y expresa en la que apoyarse para acordarla. La legislación anterior no impedía acordar la custodia compartida, pero la ausencia de una previsión explícita dio lugar a una doctrina restrictiva a la hora de plantearse la posibilidad de una guarda compartida, que solo se concedía en supuestos muy excepcionales.

La regulación de la Ley de 2005 ha permitido eliminar determinadas prácticas o tendencias que eran contrarias a este sistema de guarda, como ocurría en algunos partidos judiciales en los que se denegaba la homologación de convenios reguladores que recogían este sistema. En cuanto a los procedimientos contenciosos, la referencia de la ley a la custodia compartida permite asimismo que puedan dictarse resoluciones acordándola sin recurrir a fórmulas generales o a una excepcionalidad extrema basada en una ausencia de previsión legal¹.

¹ GUILARTE (2005, p. 113).

Debe concluirse por tanto que tal y como se apuntó en un principio² la reforma operada por la Ley de 2005 ha tenido y está teniendo un efecto divulgativo o calificado también como pedagógico, y constituye un reflejo del mismo la promulgación posterior de leyes autonómicas que recogiendo modelos diferentes y con distintas terminologías, como se verá, han regulado la denominada custodia compartida.

Nos encontramos ante una materia -la de la guarda de los hijos- que por su contenido afectivo, y por la repercusión que tiene sobre aspectos culturales, sociales y económicos, genera en todos los debates odios y pasiones, posturas confrontadas desde perspectivas o planteamientos distintos, en los que cada uno opina desde concepciones diversas e individuales basadas muchas veces en la experiencia individual o de personas cercanas, o desde la asunción de doctrinas o concepciones distintas sobre las funciones de la mujer en la sociedad.³

El contenido de la guarda o de la custodia debe quedar limitado a la tenencia del menor y debe desaparecer la creencia errónea de que el progenitor custodio es el que ostenta el poder sobre el menor. La guarda y custodia no otorga al progenitor a quien se le atribuye mayores facultades que las que se derivan de la guarda y que corresponden igualmente al progenitor no custodio en los periodos que tiene a su hijo en virtud del régimen de comunicación o permanencias que se haya establecido.

Convendría iniciar un proceso que podríamos denominar de desmitificación o desdramatización de la denominada custodia compartida. Si la guarda y custodia, como se ha señalado, no implica la tenencia del poder total y absoluto sobre los hijos, la decisión sobre el reparto del tiempo en que deben permanecer bajo la guarda de uno y otro progenitor, no debería resultar tan traumático y tan polémico, pero para ello es necesario que la adopción de esta medida no se plantee como una opción contraria y en guerra con la guarda materna, ni como una manera de descalificación de las funciones maternas; tampoco como una forma de vencer en el procedimiento, especialmente por lo que hace referencia a medidas de contenido económico y en definitiva como un instrumento al servicio de finalidades ajenas a todo aquello que tiene que ver con las necesidades emocionales y materiales de los hijos.

Convendría que la cuestión se planteara, no desde la perspectiva de la igualdad del padre y de la madre en derechos y obligaciones, sino desde la perspectiva de las necesidades de los hijos, pues si bien es cierto que formalmente ambos progenitores son iguales en derechos y deberes, no siempre esta igualdad formal tiene fiel reflejo en la realidad de cada familia. Lo mismo debe predicarse en las rupturas de parejas del mismo sexo con hijos. Es preciso eliminar al máximo posible los prejuicios personales de todos los operadores que intervienen en el proceso de ruptura de unos padres, respecto a la conveniencia o

² GONZÁLEZ VICENTE (2005, p. 43); GUILARTE MARTÍN-CALERO (2005, p. 117).

³ DELGADO DEL RIO (2011).

inconveniencia de una custodia compartida (jueces, abogados, psicólogos, trabajadores sociales). En estos temas tan próximos a nuestra vida cotidiana, resulta a veces inevitable extrapolar experiencias propias o próximas y adoptar posturas generalizadoras que impiden o entorpecen una decisión adecuada.

En esta ardua labor de clarificación de conceptos, creo que tienen una función decisiva los abogados que asesoran a los miembros de la pareja que se separa, resultando en este punto especialmente adecuada la mediación y evidenciándose para ello insuficiente el proceso judicial por su propia estructura.

2. Novedades legislativas: terminología, preferencia legal de modelos de convivencia. Consecuencias en la práctica

Desde hace varios años se está defendiendo la conveniencia de sustituir el término patria potestad por el más adecuado de responsabilidad parental. Se ha apuntado también como recomendable la supresión de los términos “guarda y custodia” y “régimen de visitas” y su sustitución por ejercicio de la responsabilidad parental por periodos de tiempo para evitar el planteamiento del proceso de familia en términos de ganador y perdedor y coadyuvar a una de las funciones que ha de perseguir el procedimiento de familia, la de pacificación del conflicto.

En este sentido las conclusiones alcanzadas en el II Encuentro de Jueces y Magistrados de Familia, Fiscales y Secretarios Judiciales, con Abogados de la Asociación Española de Abogados de Familia celebrados en Madrid los días 23 a 25 de noviembre de 2005: “El término ‘patria potestad’, debe ser sustituido por el de responsabilidad parental, atribuyéndole a la misma el contenido que recoge el Reglamento (CE) 2.201/2003. Se estima conveniente, además, que se proceda a definir legalmente el contenido del término ‘guarda y custodia’. Se recomienda que, tanto por los Abogados, como por los jueces y magistrados, se haga constar este nuevo término de responsabilidad parental entre paréntesis, junto al término ‘patria potestad’, o el correspondiente nombre que se le dé a la institución por los derechos forales, en su caso, como ‘autoridad familiar’ en Aragón o ‘potestad’ en Cataluña”.

Y reiteradas en los Encuentros sucesivos como el IV Encuentro de Magistrados, Fiscales y Secretarios con Abogados de la AEFAFA celebrado en Valencia los días 26, 27 y 28 de octubre de 2009: “El término custodia hace referencia al conjunto de derechos y obligaciones que nacen para el progenitor de su convivencia con los hijos menores, sin que ello implique para tal progenitor un estatus jurídico privilegiado frente al otro. A cada progenitor corresponde la custodia del menor y el ejercicio ordinario de la responsabilidad parental en los períodos de tiempo en que tiene al hijo consigo. Se insta al legislador a modificar el Código Civil y la legislación complementaria para sustituir los términos patria potestad por los de responsabilidad parental, definiendo el contenido de las funciones de ambos progenitores según el reparto de tiempo que les corresponda en el ejercicio de la custodia efectiva.

En tanto no se proceda a esa regulación se entenderá que el ejercicio de la responsabilidad parental, en los casos de ruptura de la pareja, se llevará a cabo conjuntamente por los progenitores, precisándose el consentimiento de ambos, o, en su defecto, autorización judicial, para adoptar las decisiones que afecten a los aspectos más trascendentes de la vida, salud, educación y formación del menor”.

La Ley de 2005 utiliza diferentes términos para referirse a la guarda compartida o alterna, en la exposición de motivos y en el texto del articulado. Sin pretender realizar en este trabajo un estudio profundo sobre el concepto y contenido de la patria potestad, autoridad familiar, o responsabilidad parental y del contenido de la guarda/custodia conjunta, compartida o alterna, remitiéndome para ello a otros trabajos⁴, me limitaré a señalar que los términos que se utilizan en el Código Civil son los de “ejercicio compartido de la guarda y custodia”, “guarda conjunta” y “guarda y custodia compartida”, pero no se le da contenido a dichos conceptos, ni la terminología utilizada resulta adecuada para aclarar el concepto.

Las Leyes Autonómicas que han regulado esta materia también utilizan diferentes terminologías, lo que en lugar de clarificar la cuestión todavía la hace más compleja, y pone claramente de manifiesto la necesidad inmediata de unificación de términos.

Examinemos cuales son los modelos de guarda que se establecen en las diferentes Leyes y la terminología empleada.

La primera Ley publicada fue en Aragón: la Ley 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres (B.O.A núm. 111, de 22 de junio de 2010), vigente hasta el 23 de abril de 2011, en cuya exposición de motivos se refiere al ejercicio de la custodia de forma compartida y a la guarda y custodia compartida. La finalidad de la ley según se desprende de la exposición de motivos es superar la excepcionalidad con que esta materia ha sido regulada en el CC que además exige el informe favorable del Ministerio Fiscal, para adecuar la regulación a lo que entiende constituye una demanda social con un doble fundamento: proteger el interés del menor preservando la relación –equilibrada y continuada– con ambos progenitores después de la ruptura y garantizar la igualdad entre ambos padres. Configura 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. Dicha Ley ha sido integrada en el Código de Derecho Foral de Aragón, mediante Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón (B.O.A. núm. 63, de 29 de marzo de 2011), por el que se aprueba, con el título de “Código del Derecho Foral de Aragón”, el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas (en adelante CDFFA).

La Ley de Aragón, manteniendo la terminología de la ley anterior, habla de “autoridad familiar” en lugar de patria potestad. Habla de pacto de relaciones familiares en lugar de convenio regulador, de plan de relaciones familiares que debe acompañarse con la

⁴ LAUROBA (2011, p. 339).

demanda y la contestación y utiliza el término custodia compartida y régimen de convivencia frente a custodia individual y régimen de comunicación, estancias o visitas.

El Libro II del Codi Civil de Cataluña, aprobado por Ley 25/2010 de 29 de julio (DOGC núm. 5686, de 5 de agosto de 2010), en adelante CCC, recoge en la exposición de motivos la constatación de la evolución de la sociedad, pero no fija como preferente el modelo de guarda compartida. En su exposición de motivos señala que no se olvida que las relaciones familiares en nuestra sociedad mantienen aún un alto grado de machismo y que se ha tenido en cuenta que el papel de la madre es cualitativamente más necesario para los menores que el del padre cuando las dinámicas familiares han sido construidas sobre modelos tradicionales, tanto en la idiosincrasia de Cataluña como en la realidad de otras culturas que se han incorporado a la sociedad catalana. Por este motivo, se destacan como criterios para determinar la guarda individual la vinculación especial de los hijos con uno de los progenitores y la dedicación a los hijos que la madre o el padre hayan tenido antes de la ruptura. Los términos que se utilizan son los de responsabilidad parental como un concepto más amplio que el de potestad que también regula, plan de parentalidad como equivalente al plan de relaciones familiares de Aragón y de ejercicio de la guarda conjunto e individual, solo habla de guarda compartida o distribuida cuando regula la atribución del uso del domicilio.

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 de Navarra, (B.O.N.A de 28 de marzo de 2011), en adelante Ley de Navarra, pretende según su exposición de motivos superar la excepcionalidad con que esta materia está regulada en el CC y la exigencia del informe favorable del Ministerio Fiscal con referencia al principio del interés del menor y al principio de igualdad entre ambos progenitores, pero a diferencia de la regulación aragonesa no impone la custodia compartida como modalidad preferente de guarda de los hijos después de la ruptura. Los términos utilizados son los de guarda y custodia compartida/régimen de convivencia frente a la guarda individual/régimen de comunicación, estancias o visitas. Sigue manteniendo el término de patria potestad.

En cuanto a la Ley 5/2011, de 1 de abril, de la Generalitat de Valencia, de Relaciones Familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven (DOCV núm. 6495, de 5 de abril de 2011), en adelante Ley de Valencia, cabe señalar que entró en vigor el 5 de diciembre de 2011 tras alzarse la suspensión acordada por el Tribunal Constitucional en virtud del recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Consejo de Ministros por considerar que la norma excede las competencias autonómicas, recurso que fue admitido a trámite por el Tribunal Constitucional. El Tribunal Constitucional no se ha pronunciado sobre el fondo del asunto pero ha levantado la suspensión de la norma por entender que no está acreditada la gravedad e irreversibilidad en la aplicación de los artículos. Cabe destacar de dicha normativa el carácter preferente con el que regula la custodia compartida con la finalidad, según se desprende de su exposición de motivos, de conjugar dos principios fundamentales: el derecho de los hijos y de las hijas a mantener una relación equilibrada y continuada con ambos progenitores y el derecho-deber de éstos de proveer a

la crianza y educación de los hijos e hijas menores en el ejercicio de la responsabilidad familiar. En cuanto a la terminología empleada cabe destacar que habla de “autoridad parental” en lugar de patria potestad, “pacto de convivencia familiar” en lugar de convenio regulador, régimen de convivencia compartida y de convivencia individual, entendiéndose por la primera la cohabitación de los progenitores que no convivan entre sí con sus hijos e hijas menores, caracterizado por una distribución igualitaria y racional del tiempo de cohabitación, y régimen de relaciones.

Concluyendo, el CDFA y la Ley de Valencia se decantan por establecer la guarda conjunta o compartida con carácter preferente, aunque en Aragón no se exige un reparto idéntico del tiempo entre ambos progenitores sino equitativo y en la Ley Valenciana sí parece exigirse este reparto de tiempo por igual, mientras que la Ley de Navarra y el CCC no fijan esta modalidad de guarda como preferente.

Ante tal variedad de modelos y de términos resulta todavía más complejo delimitar el concepto y contenido de lo que debe entenderse por custodia compartida. Quizá la conclusión más acertada sea la de considerar que más que compartir, pues las responsabilidades y obligaciones respecto a los hijos, salvo que se diga expresamente lo contrario, siempre se comparten, se trata de establecer la alternancia de ambos progenitores en el cuidado y tenencia de sus hijos después de la ruptura de la convivencia en común. La mayor parte de los autores entienden que sería más ajustado hablar de custodia alterna en lugar de custodia compartida⁵.

Deberíamos superar las limitaciones que en la práctica está produciendo el término custodia compartida en cuanto a que se hace equivaler a igual reparto de tiempo de convivencia del menor con uno y otro progenitor y utilizar otros términos como el de guarda por periodos equitativos de tiempo, lo que permitiría la superación de muchas dificultades. Tal y como expuse⁶ hay un concepto genérico que comprende el conjunto de derechos y deberes de los padres respecto a sus hijos que siempre, salvo que se acuerde la suspensión o privación de los mismos, es conjunto y otro específico comprendido dentro del anterior que hace referencia a la convivencia y a los deberes que se derivan de la misma (deber de guarda, cuidado, vigilancia ...). En este sentido se está delimitando, para clarificar la materia, los aspectos de los hijos menores que requieren decisiones conjuntas y por tanto compartidas⁷ como el cambio de residencia del menor, el cambio de colegio, gastos extraordinarios, residencia en el extranjero entre otras y las decisiones que pueden adoptarse por uno de los progenitores.

⁵ SAN SEGUNDO (2010), PINTO ANDRADE (2009, p. 41).

⁶ VIÑAS (2008).

⁷ PÉREZ SALAZAR (2009, pp. 15-17).

La AP Girona, civil, sec. 1ª, en sentencias de 5 de octubre de 2011 y de 19 de octubre de 2011,⁸ entre otras, concluye sin embargo que la custodia es siempre compartida, “en el sentido de que esa guarda lo que significa es que ambos progenitores tienen los mismos derechos y las mismas obligaciones respecto de los hijos, lo cual no significa o supone que los periodos de estancias que los padres deban tener con sus hijos sean igualitarias”. Es decir, identifica la custodia con la responsabilidad parental.

De todas las leyes relacionadas cuya aplicación práctica puede constatarse en este momento, la que contempla un criterio más avanzado es la de Aragón. Conviene entonces examinar cual ha sido la trascendencia o influencia real de la nueva regulación en las medidas adoptadas en los procedimientos contenciosos. Cabrá analizar también cual es la aplicación que se está haciendo en la Comunidad Valenciana al haberse alzado la suspensión de la ley, pero en este momento no se tiene constancia de resoluciones publicadas que la hayan aplicado.

Así las sentencias de la AP de Zaragoza, Civil, sec. 2ª, de 10 de mayo de 2011, de 28 de junio de 2011, de 12 de julio de 2011, de 15 de julio de 2011, de 18 de julio de 2011⁹ y otras posteriores señalan que la Ley “estableció un sistema de preferencia legal por la custodia de los hijos compartida por ambos progenitores, salvo que la custodia individual sea más conveniente, teniendo en cuenta el plan de relaciones familiares que deberá presentar cada uno de los progenitores y atendiendo, además, a los factores que seguidamente relaciona. Opción preferencial que se basa en que a priori esta forma de custodia es más beneficiosa para el interés del menor y más respetuosa con los derechos de ambos progenitores, pudiendo el Juez optar por la custodia individual cuando sea más conveniente para el menor, es decir, que al estar configurada como excepción a la regla general que es la custodia compartida, debe justificarse de manera adecuada la opción por la individual, lo que implica a la postre que no pueda aplicarse de manera automática la custodia compartida, sino que en caso de solicitarse la individual por uno de los progenitores, debe realizarse el necesario análisis a las circunstancias concurrentes en cada caso, atendiendo a los factores que la propia ley señala y con máximo respecto al principio básico y fundamental del beneficio e interés de los hijos/as menores de edad (art. 2.2 Ley 2/2010)”. Las sentencias de la AP de Teruel, sec. 1ª, de 3 de mayo de 2011¹⁰ y de 21 de junio de 2011¹¹, deniegan la modificación de la custodia que se había atribuido de forma individual por entender que la Ley no autoriza un cambio automático. En definitiva supeditan la decisión al principio del interés del menor.

La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, civil, sec. 1ª, de 13 de julio de

⁸ ROJ: SAP GI 1202/2011 y 1184/2011.

⁹ ROJ: SAP Z 1590/2011; 1847/2011; 1984/2011; 1993/2011; 1997/2011.

¹⁰ ROJ: SAP TE 102/2011.

¹¹ ROJ: SAP TE 164/2011.

2011¹², revoca la sentencia de la AP de Teruel que había acordado la custodia compartida, señalando que el sistema establecido por el legislador aragonés no es rígido, salvo en un mandato que dirige al juez: el superior interés del menor y entendiendo que la sentencia de la Audiencia adopta una medida, la de la custodia compartida, en contra de su propia fundamentación pues señala que la alternancia establecida no es lo más adecuado para el menor. Recogen la misma doctrina sentencias posteriores como la de 30 de septiembre de 2011¹³, que señala que “el legislador aragonés, al promulgar la Ley 2/2010, de 26 de mayo, ha modificado sustancialmente el régimen legal antes existente para los casos de ruptura de la convivencia de los padres, para establecer, de modo preferente, el sistema de custodia compartida respecto de los menores [...]. Con todo, el sistema establecido por el legislador aragonés no es rígido, salvo en un mandato que dirige al juez: el superior interés del menor”.

La STSJA, civil, sec. 1ª, de 15 de diciembre de 2011¹⁴, revoca sin embargo la sentencia de la Audiencia Provincial que confirmando la de primera instancia había denegado la custodia compartida, señalando que el legislador aragonés ha establecido como preferente el sistema de custodia compartida que, constituyendo la regla general, se aplicará siempre que el padre y la madre estén capacitados para el ejercicio de las facultades necesarias a tal fin, y no concurran otros elementos que hagan más conveniente la custodia individual, atendido el interés del menor, mas no, como lo hace la Audiencia, “siempre y cuando fuere ése el régimen más conveniente para el menor”. Advierte que las sentencias de instancia no entran a valorar la aptitud y capacidad de los padres, sino su disponibilidad de tiempo, que no es propiamente uno de los factores señalados en la Ley para la atribución de uno u otro régimen de custodia. Y, al no existir prueba alguna de la falta de aptitud, capacidad y disposición de alguno de los progenitores, y sí en cambio de la proximidad de sus actuales domicilios, que facilitará la continuidad y asiduidad en las relaciones con el hijo, el Tribunal declara procedente la custodia compartida.

Por último las sentencias del TSJA de fechas 1 de febrero de 2012, de 8 de febrero de 2012 y de 9 de febrero de 2012¹⁵ refunden la doctrina establecida en las sentencias anteriores señalando que “En sentencias de esta Sala dictadas en aplicación de la Ley 2/2010, cuyos preceptos han sido incorporados al Código de Derecho Foral de Aragón, se han establecido los siguientes criterios exegéticos acerca de dichas normas: a) La custodia compartida por parte de ambos progenitores es el régimen preferente y predeterminado por el legislador, en busca de ese interés del menor, en orden al pleno desarrollo de su personalidad, de modo que se aplicará esta forma de custodia siempre que el padre y la madre estén capacitados para el ejercicio de las facultades necesarias a tal fin (Sentencia de 30 de

¹² ROJ: STJS AR 1244/2011.

¹³ ROJ: STSJ AR 1694/2011.

¹⁴ ROJ: STSJ AR 2082/2011.

¹⁵ ROJ: STSJ AR 108/2012; 175/2012; 107/2012.

septiembre de 2011); b) El sistema no es rígido, salvo en un mandato que dirige al juez: el superior interés del menor (Sentencia de 13 de julio de 2011); c) Podrá establecerse un sistema de custodia individual, cuando éste resulte más conveniente para dicho interés, a cuyo efecto habrá de evaluar los parámetros establecidos en el art. 80.2 del Código (Sentencias citadas y la de 15 de diciembre de 2011); d) La adopción de la custodia individual exigirá una atenta valoración de la prueba que así lo acredite –la conveniencia para el menor– frente al criterio preferente de la custodia compartida, al que el precepto legal otorga tal preferencia en interés de los hijos menores (Sentencia de 15 de diciembre de 2011). Para adoptar la decisión, en cada caso, será relevante la prueba practicada, especialmente los informes psicosociales –art. 80.3 CDFa– obrantes en autos, y la opinión de los hijos menores, cuando tengan suficiente juicio –art. 80.2 c), CDFa–. Por último, el Tribunal que acuerde apartarse del sistema preferentemente establecido por el legislador debe razonar suficientemente la decisión adoptada”.

3. Criterios legales y judiciales

3.1. Criterios en nuestro ordenamiento jurídico

a) Criterios establecidos por el Código Civil

No puede hablarse realmente de criterios legales. El legislador de 2005 establece una serie de pautas o principios generales pero no delimita de forma concreta y clara los criterios que deben ser valorados por el Juez para determinar la modalidad de guarda que resulte más adecuada a cada supuesto.

El artículo 92 se limita a exigir en los supuestos de mutuo acuerdo que el Juez fundamente la resolución, exigencia totalmente gratuita ya que la motivación de las sentencias viene impuesta por el artículo 218 LEC en todos los casos, y a que se adopten las cautelas procedentes para el eficaz cumplimiento del régimen de guarda establecido, sin precisar el tipo de cautelas a que se refiere y que parece no exigir si el modelo de convivencia acordado en el convenio no es el de ejercicio compartido de la guarda y custodia. Tratándose de una materia de orden público el Juez puede sin duda no aprobar el convenio regulador, pero, tal y como se apunta en la exposición de motivos de la Ley, la intervención de la autoridad judicial debe reservarse para cuando haya sido imposible el pacto, lo que aconseja una intervención mínima justificada solo en aquellos supuestos en los que pueda realmente constatarse que la modalidad de guarda pactada por los padres en el convenio resulta perjudicial para los hijos menores.

Con carácter general el artículo 92 exige:

i) La audiencia preceptiva del Ministerio Fiscal, cuyo informe en los procesos contenciosos resulta vinculante, no así en los de mutuo acuerdo;

ii) La audiencia de los menores con suficiente juicio cuando se considere necesario, de tal manera que ya no resulta siempre preceptiva, pero debe tenerse muy en consideración la exigencia recogida en el Reglamento Europeo 2201/2003 del Consejo de Europa de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental que contempla como motivos de denegación del reconocimiento de resoluciones en materia de responsabilidad parental que no se haya dado posibilidad de audiencia al menor;

iii) Valoración de las alegaciones de las partes en la comparecencia y la prueba practicada en ella, y la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos para determinar su idoneidad con el régimen de guarda. Se debe valorar además la idoneidad del modo de ejercicio de la patria potestad y del régimen de custodia de los menores;

iv) Posibilidad de 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.

Por tanto, como criterios orientadores legalmente establecidos en el artículo 92 CC para acordar la modalidad de guarda de los hijos menores después de la ruptura solo podemos extraer los siguientes:

- Que se priorice el interés del menor;
- Que se oiga al menor mayor de doce años o que tenga suficiente juicio si se considera necesario;
- Que se valoren las alegaciones de las partes y la relación que tienen los padres entre sí y con los hijos;
- Que pueda solicitarse el dictamen de especialistas para valorar la idoneidad del régimen de guarda.

Se excluye 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 o cuando el Juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica (art. 92, ap. 7º).

Con referencia a los procesos contenciosos tiene un peso específico el término “excepcionalmente” con el que se califica la posibilidad del Juez de acordar la guarda y custodia compartida, que gana mayor dureza con la exigencia o vinculación del informe favorable del Ministerio Fiscal y con la exigencia de garantizar que solo de esta manera se protege adecuadamente el interés superior del menor.

La sentencia del Tribunal Supremo, Civil, Sala 1ª, de 22 de julio de 2011¹⁶ interpreta el término excepcionalmente en el siguiente sentido: “La excepcionalidad a que se refiere el inicio del párrafo 8, debe interpretarse, pues, en relación con el párrafo cinco del propio artículo que admite que se acuerde la guarda y custodia compartida cuando así lo soliciten ambos progenitores o uno con el acuerdo del otro. Si no hay acuerdo, el art. 92.8 CC no excluye esta posibilidad, pero en este caso, debe el Juez acordarla ‘fundamentándola en que solo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor’. De aquí que no resulta necesario concretar el significado de la ‘excepcionalidad’, a que se refiere el art. 92.8 CC, ya que en la redacción del artículo aparece claramente que viene referida a la falta de acuerdo entre los cónyuges sobre la guarda compartida, no a que existan circunstancias específicas para acordarla”.

La STS, Civil, Sala 1ª, de 7 de julio de 2011¹⁷ hace una importante precisión sobre la excepcionalidad con la que el artículo 92 del Código Civil contempla la custodia compartida al señalar que “la redacción de dicho artículo no permite concluir que se trate de una medida excepcional, sino que al contrario, debería considerarse la más normal, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea”.

Respecto a la vinculación del informe favorable del Ministerio Fiscal, en el II y III Encuentro institucional de Abogados y Jueces de Familia celebrado en Madrid en Noviembre de 2005 y en octubre de 2008, se concluía que el informe no debía ser vinculante y todavía está pendiente de resolución la cuestión de inconstitucionalidad planteada.

Las Leyes que han regulado esta materia en las diferentes Comunidades Autónomas – Aragón, Catalunya, Navarra y Valencia– tienen en común, entre otros extremos, la no exigencia del informe favorable del Ministerio Fiscal. Hay Tribunales que entienden como no favorable tan solo la oposición expresa y clara por parte del Ministerio Fiscal, de tal manera que si el Fiscal no informa o no se opone al recurso, se entiende que es favorable. En este sentido SAP Granada, Civil, sec. 5ª, de 5 de abril de 2011¹⁸. No obstante la interpretación laxa que determinados tribunales hacen sobre esta exigencia, si el Ministerio Fiscal informa desfavorablemente sobre la custodia compartida, el Juez, si resulta de aplicación el CC, no puede acordar dicha medida y en cambio sí puede adoptarla si resultan de aplicación el CDFA, el CCC, la Ley de Navarra o la Ley de Valencia, y ello comporta un agravio comparativo importante.

¹⁶ ROJ: STS 4924/2011.

¹⁷ ROJ: STS 4824/2011.

¹⁸ ROJ: SAP GR 368/2011.

b) Criterios establecidos por el Tribunal Supremo

La STS, Civil, Sala 1ª, de 8 de octubre de 2009¹⁹ ante la ausencia de criterios legales para acordar este tipo de custodia señala como tales “la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales y con otras personas que convivan en el hogar familiar; los acuerdos adoptados por los progenitores; la ubicación de sus respectivos domicilios, horarios y actividades de unos y otros; el resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, 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”.

La STS, Civil, Sala 1ª, de 10 de marzo de 2010²⁰ reproduce los criterios pero no resuelve sobre el fondo por cuanto anula la sentencia por defectos de forma.

La STS, Civil, Sala 1ª, de 11 de marzo de 2010²¹ después de reproducir los criterios señalados en las dos resoluciones anteriores señala que “No pueden admitirse como criterios para la resolución del conflicto presentado en este recurso los que utiliza la Sala de instancia, relativos, uno, al que denomina ‘deslocalización’ de los niños, cuando esta es una de las consecuencias de este tipo de guarda, y otro, a la actitud de la madre al abandonar el domicilio familiar, puesto que la guarda compartida no consiste en ‘un premio o un castigo’ al progenitor que mejor se haya comportando durante la crisis matrimonial, sino en una decisión, ciertamente compleja, en la que se deben tener en cuenta los criterios abiertos ya señalados que determinan lo que hay que tener en cuenta a la hora de determinar el interés del menor”. Esta sentencia acuerda la custodia compartida de dos hijos, cuya madre marchó del domicilio pero ha seguido acudiendo diariamente al mismo para realizar determinadas labores de cuidado de los menores.

La STS, Civil, Sala 1ª, de 1 de octubre de 2010²² reitera literalmente los criterios. Esta última sentencia recoge importantes precisiones respecto a los criterios y a la ausencia de prejuicios al señalar que “la medida de la guarda y custodia compartida debe acordarse siempre en interés del menor, que es el criterio fundamental a tener en cuenta para tomar esta decisión, criterio que es independiente de las opiniones de quien deba adoptar dicha medida y que debe basarse en razones objetivas”. Confirma la sentencia de primera instancia que había acordado la custodia compartida y revoca la de la AP que la había denegado por considerarla excepcional.

¹⁹ ROJ: STS 5969/2009.

²⁰ ROJ: STS 776/2010.

²¹ ROJ: STS 963/2010.

²² ROJ: STS 4861/2010.

La STS, Civil, Sala 1ª, de 27 de septiembre de 2011²³ señala que “La norma que admite la guarda y custodia compartida no está pensada para proteger el principio de igualdad entre ambos progenitores, porque la única finalidad que persigue es que se haga efectiva la mejor forma de procurar la protección del interés del menor” y se remite a los criterios establecidos en las sentencias anteriores.

La STS de 10 de enero de 2012²⁴ reitera los criterios señalados en anteriores sentencias estableciendo que “hay que precisar que todo régimen de custodia tiene sus ventajas y sus inconvenientes y que la primacía del sistema de custodia compartida que destaca la parte recurrente no es tal, pues lo que ha de primar es aquel sistema que en el caso concreto se adapte mejor al menor y a su interés, no al interés de sus progenitores, pues el sistema está concebido en el artículo 92 como una forma de protección del interés de los menores cuando sus progenitores no conviven, no como un sistema de premio o castigo al cónyuge por su actitud en el ejercicio de la guarda”.

En el IV Encuentro celebrado en Valencia en 2009 se aprobó por mayoría una conclusión que recogía determinados criterios. Concretamente se acordaba que “Constituyen presupuestos objetivos que favorecen el establecimiento de un régimen de custodia conjunta o compartida los siguientes:

- a) Capacidad de comunicación de los progenitores, con nivel de conflicto entre los mismos tolerable;
- b) Existencia de estilos educativos homogéneos;
- c) Concurrencia de una dinámica familiar, anterior a la ruptura o al proceso, que evidencie una coparticipación de los progenitores en la crianza y cuidado de los menores, y ponga de manifiesto una buena vinculación afectiva de éstos con cada uno de aquéllos;
- d) Proximidad y/o compatibilidad geográfica de los domicilios de los progenitores, en los casos de custodia conjunta con domicilio rotatorio de los hijos en el de cada uno de progenitores”.

²³ ROJ: STS 5880/2011.

²⁴ ROJ: STS 628/2012.

c) Criterios establecidos en el Código de Derecho Foral de Aragón

El artículo 80,2 del CDFA recoge como criterios de atribución a tener en cuenta además del plan de relaciones familiares los siguientes:

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

Asimismo se excluye la atribución de guarda y custodia, ya individual, ya compartida, en los supuestos de violencia. Únicamente se exige que el progenitor se halle incurso en un procedimiento penal en el que haya una resolución motivada de imputación. Pero también se excluye cuando el Juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género.

d) Criterios establecidos en el Codi Civil de Catalunya

El artículo 233-11 del CCC establece los siguientes criterios a tener en cuenta para valorar la modalidad de guarda:

- a) La vinculación afectiva entre los hijos y cada uno de los progenitores, así como las relaciones con las demás personas que conviven en los respectivos hogares;
- b) La aptitud de los progenitores para garantizar el bienestar de los hijos y la posibilidad de procurarles un entorno adecuado, de acuerdo con su edad;
- c) La actitud de cada uno de los progenitores para cooperar con el otro a fin de asegurar la máxima estabilidad a los hijos, especialmente para garantizar adecuadamente las relaciones de estos con los dos progenitores;
- d) El tiempo que cada uno de los progenitores había dedicado a la atención de los hijos antes de la ruptura y las tareas que efectivamente ejercía para procurarles el bienestar;
- e) La opinión expresada por los hijos;

- f) Los acuerdos en previsión de la ruptura o adoptados fuera de convenio antes de iniciarse el procedimiento;
- g) La situación de los domicilios de los progenitores, y los horarios y actividades de los hijos y de los progenitores.

También se recoge un criterio que excluye la guarda al señalar que “no puede atribuirse la guarda al progenitor contra el que se haya dictado una sentencia firme por actos de violencia familiar o machista de los que los hijos hayan sido o puedan ser víctimas directas o indirectas. En interés de los hijos, tampoco puede atribuirse la guarda al progenitor mientras haya indicios fundamentados de que ha cometido actos de violencia familiar o machista de los que los hijos hayan sido o puedan ser víctimas directas o indirectas”.

e) Criterios establecidos en la Ley Navarra

La Ley Foral 3/2011, de 17 de marzo, sobre custodia de los hijos en los casos de ruptura de la convivencia de los padres, en el artículo 3 establece los siguientes criterios para decidir sobre la modalidad de custodia más conveniente para el interés de los hijos menores:

- a) La edad de los hijos;
- b) La relación existente entre los padres y, en especial, la actitud de cada uno de los progenitores para asumir sus deberes, respetar los derechos del otro y, en especial, cooperar entre sí y garantizar la relación de los hijos con ambos progenitores y sus familias extensas;
- c) El arraigo social y familiar de los hijos;
- d) La opinión de los hijos, siempre que tengan suficiente juicio y, en todo caso, si son mayores de doce años, con especial consideración a los mayores de catorce años;
- e) La aptitud y voluntad de los padres para asegurar la estabilidad de los hijos;
- f) Las posibilidades de conciliación de la vida familiar y laboral de los padres;
- g) Los acuerdos y convenios previos que pudieran existir entre los padres y que estos le hayan justificado;
- h) Cualquier otra circunstancia de especial relevancia para el régimen de convivencia.

Asimismo se excluye la atribución de la guarda en los supuestos de violencia en los siguientes términos: “No procederá la atribución de la guarda y custodia a uno de los padres, ni individual ni compartida, cuando se den estos dos requisitos conjuntamente:

- a) 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 progenitor o de los hijos o hijas;
- b) Se haya dictado resolución judicial motivada en la que se constaten indicios fundados y racionales de criminalidad.

Tampoco procederá la atribución cuando el Juez advierta, de las alegaciones de las partes y de las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados y racionales de violencia doméstica o de género.

Las medidas adoptadas en estos dos supuestos serán revisables a la vista de la resolución firme que, en su caso, se dicte al respecto en la jurisdicción penal.

La denuncia contra un cónyuge o miembro de la pareja no será suficiente por sí sola para concluir de forma automática la existencia de violencia, de daño o amenaza para el otro o para los hijos, ni para atribuirle a favor de este la guarda y custodia de los hijos”.

f) Criterios establecidos en la Ley de Valencia

La Ley 5/2011, de 1 de abril, de la Generalitat, de Relaciones Familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven, en el artículo 5 contiene una relación de factores que deben ser valorados por el Juez al fijar el régimen de convivencia:

- a) La edad de los hijos e hijas. En los casos de menores lactantes, se podrá establecer un régimen de convivencia provisional, de menor extensión, acorde con las necesidades del niño o de la niña, que deberá ser progresivamente ampliado a instancia de cualquiera de los progenitores;
- b) La opinión de los hijos e hijas menores, cuando tuvieran la madurez suficiente y, en todo caso, cuando hayan cumplido 12 años;
- c) La dedicación pasada a la familia, el tiempo dedicado a la crianza y educación de los hijos e hijas menores y la capacidad de cada progenitor;
- d) Los informes sociales, médicos, psicológicos y demás que procedan;
- e) Los supuestos de especial arraigo social, escolar o familiar de los hijos e hijas menores;
- f) Las posibilidades de conciliación de la vida familiar y laboral de los progenitores;
- g) La disponibilidad de cada uno de ellos para mantener un trato directo con cada hijo o hija menor de edad;

h) Cualquier otra circunstancia relevante a estos efectos.

En los supuestos de violencia se establece que “Excepcionalmente tampoco procederá la atribución de un régimen de convivencia a uno de los progenitores cuando 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 progenitor o de los hijos o hijas, y se haya dictado resolución judicial motivada en la que se constaten indicios fundados y racionales de criminalidad, siempre y cuando, a tenor de dichos indicios, la aplicación del régimen de convivencia pudiera suponer riesgo objetivo para los hijos e hijas o para el otro progenitor. Tampoco procederá cuando la autoridad judicial advierta, como consecuencia de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género. Cuando se dicte resolución judicial que ponga fin al procedimiento, con efectos absolutorios, en cualquiera de los procedimientos reseñados en el párrafo anterior, se podrá revisar, de oficio o a instancia de parte, la ordenación de las relaciones familiares”.

3.2. Análisis detallado de los diferentes criterios en relación con las resoluciones de los Tribunales

a) Capacidad de los progenitores

El CDFA y la Ley de Navarra hacen referencia a la aptitud y voluntad de los progenitores para asegurar la estabilidad de los hijos. La Ley de Valencia se refiere a la capacidad de cada progenitor. El CCC señala como criterio la aptitud de los progenitores para garantizar el bienestar de los hijos y la posibilidad de procurarles un entorno adecuado, de acuerdo con su edad.

Este es el primero de los requisitos que debe ser objeto de valoración para determinar cuál es el sistema de guarda más adecuado para los hijos menores después de la ruptura, pues resulta obvio que no podrá acordarse ni la guarda individual ni la guarda alterna si uno de los progenitores carece de habilidades o de aptitudes para ejercer de forma continuada las funciones parentales. La capacidad parental para procurar el bienestar del hijo y ofrecerle un entorno estable y adecuado es un criterio decisivo para decidir el modelo de guarda. La ausencia de capacidad o de aptitud determinará el contenido y extensión del régimen de comunicación. La sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid²⁵, Civil, sec. 22^a, de 4 de octubre de 2011, atribuye la guarda al padre valorando la situación de inestabilidad de la madre.

Para apreciar la capacidad de los progenitores resultará en ocasiones conveniente el informe del Equipo Técnico, pero también puede derivarse de otras pruebas como informes médico psiquiátricos, psicológicos o sociales. En el CCC la disposición Adicional Sexta de

²⁵ ROJ: SAP M 12969/2011.

la Ley en su punto 1º permite al Juez solicitar dictámenes periciales relativos al régimen de guarda con la finalidad de averiguar o apreciar la existencia en el menor, o en alguno de los progenitores, o en otros miembros de la familia extensa que conviven con él, de una enfermedad mental o de anomalías de conducta que incidan, perjudiquen o interfieran en las relaciones familiares para establecer el régimen de guarda y de relaciones personales.

En ocasiones no se cuestiona entre ambas partes la capacidad o aptitud de los progenitores para el cuidado de los hijos, existiendo un reconocimiento mutuo de capacidad parental.

Si se detecta que uno de los progenitores padece alguna enfermedad o trastorno mental deberá determinarse la incidencia que la misma puede tener en el cuidado de los menores. Puede afirmarse que no toda enfermedad mental impide al progenitor asumir el cuidado de los hijos menores, siendo esencial para ello la repercusión que la enfermedad pueda tener en el menor, lo que va a depender de múltiples factores:

- De la gravedad y naturaleza de la enfermedad y de la incidencia que la misma tenga en las capacidades cognitivas, afectivas y sociales de quien la padece. No es lo mismo una esquizofrenia que un trastorno ansioso depresivo. Hay que tener en cuenta que algunos trastornos se producen en la persona como consecuencia de un hecho traumático (ruptura de pareja), que por dicho motivo son puntuales y desaparecen con el tiempo;
- De la evolución, si se ha seguido tratamiento, resultado del mismo y efectos que haya podido producir en el enfermo, si hay deterioro, o por el contrario puede apreciarse una situación de estabilidad en el tiempo;
- De la conciencia de enfermedad como garantía de continuidad en el tratamiento que asegura la evolución positiva;
- Y del entorno familiar, apoyo de personas cercanas que facilitan un buen diagnóstico y que intervienen caso de detectar alguna anomalía.

La salud mental (enfermedades mentales, toxicomanías) su entidad, pronóstico y concreta incidencia en el desempeño de las funciones de guarda se convierte así en un indicador decisivo para la determinación del modelo de guarda.

Un examen de las resoluciones judiciales pone de manifiesto que cuando uno de los progenitores padece una enfermedad mental que no ha sido tratada, cuya evolución ha sido negativa, o no se tiene conciencia de enfermedad, o no hay garantías de mejoría o estabilidad, conduce a denegar la custodia o incluso a suspender el régimen de visitas. En este sentido la SAP Asturias, sec. 1ª, de 16 de septiembre de 2009²⁶, SAP Murcia, sec. 5ª, de

²⁶ ROJ: SAP O 2235/2009.

19 de enero de 2010²⁷, SAP Barcelona, Civil, sec. 18^a, de 16 de febrero de 2010²⁸ y SAP Vizcaya, Civil, sec. 4^a, de 5 de diciembre de 2008²⁹.

En los casos en que la enfermedad no entraña especial gravedad, se sigue tratamiento y en definitiva no condiciona la vida ni la conducta del enfermo, no limita tampoco las funciones parentales y puede mantenerse la custodia o el régimen de visitas. En este sentido la SAP Madrid, Civil, sec. 22^a, de 1 de noviembre de 2008³⁰, SAP Santa Cruz de Tenerife, Civil, sec. 1^a, de 23 de julio de 2007³¹.

Lo esencial es la repercusión que dicha enfermedad tenga en el comportamiento de la persona y en sus capacidades parentales.

b) Criterio de la vinculación psicológica

El CC establece como uno de los parámetros a valorar la relación de los padres con los hijos. El CDFA, la Ley de Navarra y la Ley de Valencia hablan del arraigo familiar y el CCC establece como uno de los criterios la vinculación afectiva entre los hijos y cada uno de los progenitores, así como las relaciones con las demás personas que conviven en los respectivos hogares.

El criterio de la vinculación afectiva es recogido en varias sentencias, pero la mayoría de las veces como criterio complementario que se pondera con otros, no como prioritario. Para su valoración será precisa, en la mayor parte de las ocasiones, la aportación de dictámenes periciales.

La referencia que el CCC hace a la vinculación del menor con otras personas que convivan en los hogares respectivos, que puede entenderse también comprendida dentro del "arraigo familiar" de Aragón y Navarra, contempla la posibilidad de que en los núcleos de convivencia existan hijos de uno de los progenitores con el que el menor ha venido conviviendo o la nueva pareja de cualquiera de los progenitores y sus hijos en su caso, o bien parte de la familia extensa, abuelos etc., lo que deberá ser también valorado de forma complementaria.

Como exponentes de resoluciones judiciales que toman en consideración el criterio de la vinculación afectiva se relacionan las siguientes:

²⁷ ROJ: SAP MU 163/2010.

²⁸ ROJ: SAP B 1232/2010.

²⁹ ROJ: SAP BI 2434/2008.

³⁰ ROJ: SAP M 15839/2008.

³¹ ROJ: SAP TF 1465/2007.

SAP Madrid, sec. 22ª, de 5 de marzo de 2007³², que detecta indicadores de afectación negativa y pobreza en la vinculación afectiva entre el menor y su madre.

SAP Sevilla, sec. 2ª, de 10 de octubre de 2007³³, que modifica el régimen existente de custodia compartida por deterioro de la relación entre los menores con su padre.

SAP Barcelona, sec. 18ª, de 31 de enero de 2008³⁴, mantiene la custodia compartida en base a varios criterios que valora conjuntamente: “la proximidad entre los domicilios de ambos progenitores; la capacidad parental de ambos; la vinculación afectiva y la estrecha relación que la menor mantiene con ambas figuras parentales; y los horarios laborales que permiten a ambos progenitores asumir el cuidado de la hija”.

SAP Madrid, sec. 22ª, de 16 de enero de 2009³⁵, atribuye la custodia compartida en base a la vinculación afectiva, la capacidad de comunicación, estilos educativos similares y proximidad de domicilios.

SAP Guipúzcoa, sec. 2ª, de 29 de mayo de 2009³⁶, pese a señalar que de los informes periciales se desprende la vinculación afectiva con ambos progenitores, se da preferencia al resultado de otras pruebas de las que se deriva una mayor vinculación o atención, cuidado o dedicación de la madre hacia los menores y concluye con la atribución de la guarda a la madre.

SAP Barcelona, sec. 18ª, de 27 de julio de 2009³⁷, valora de forma positiva la vinculación existente entre padre e hijos y determina como adecuada la medida adoptada por el Juzgado de Primera Instancia de custodia compartida, pero el cambio de domicilio de la madre a una población cuya distancia impide la viabilidad de la custodia compartida, determina que se atribuya la custodia del hijo mayor al padre, valorando el arraigo social y la de la hija menor a la madre al existir una mayor vinculación afectiva con esta última “una mayor necesidad de presencia, compañía y cuidado por parte de la madre”. En este supuesto se separa a los hermanos dando prioridad al criterio de la vinculación.

³² ROJ: SAP M 9865/2007.

³³ ROJ: SAP SE 3221/2007.

³⁴ ROJ: SAP B 2150/2008.

³⁵ ROJ: SAP M 520/2009.

³⁶ ROJ: SAP SS 485/2009.

³⁷ ROJ: SAP B 7793/2009.

SAP Madrid, sec. 22ª, de 30 de junio de 2010³⁸, da prioridad al sistema de guarda exclusiva instaurada por acuerdo de ambos cónyuges en sede de Medidas Provisionales, pese a señalar la buena vinculación afectiva entre la menor y ambas figuras parentales. En el mismo sentido otra sentencia de la misma sección de 25 de junio de 2010³⁹. También se subordina el criterio de la vinculación afectiva al criterio de la continuidad en la sentencia de la misma Sala de fecha 30 de septiembre de 2011⁴⁰. En la sentencia de 11 de septiembre de 2008 se subordina el criterio de la vinculación afectiva al criterio de la capacidad de comunicación o ausencia de conflictividad. Y en la de fecha 13 de junio de 2011⁴¹, se subordina el criterio de la vinculación a la mayor implicación de la madre en el cuidado del menor.

La SAP Granada, Civil, sec. 5ª, de 5 de abril de 2011⁴², acuerda la custodia compartida en base a la estabilidad que esta modalidad proporciona a la menor, estabilidad que deriva de la buena vinculación afectiva de la menor con ambos progenitores y de su deseo de convivir con ambos, de la capacidad de ambos progenitores para ostentar la guarda y de la cercanía de ambos domicilios, “a lo que debe agregarse que no se puede tener en cuenta el ‘desarraigo familiar’ que la custodia comportaría según afirma la recurrente, cuando el domicilio del progenitor es el que siempre ha tenido la menor por ser la vivienda familiar durante el periodo de convivencia de ambos progenitores”.

La SAP Gijón, Civil, sec. 7ª, de 28 de abril de 2011⁴³, modifica la custodia compartida y acuerda la guarda individual a favor de la madre, por la conflictividad que existe entre ambos progenitores, señalando que se mantiene la vinculación afectiva entre los hijos y sus padres, pero que los hijos se han pronunciado por la figura materna a la que perciben más cercana.

La SAP, Almería, Civil, sec. 2ª, de 4 de mayo de 2011⁴⁴, da prioridad al mantenimiento del entorno donde los menores han tenido buena evolución escolar y social, frente a la vinculación afectiva y a otros factores.

En la SAP Barcelona, Civil, sec. 18ª, de 28 de julio de 2008⁴⁵, resulta determinante, sin embargo, la fuerte vinculación afectiva que existe entre los menores y su madre y también

³⁸ ROJ: SAP M 12015/2010.

³⁹ ROJ: SAP M 9153/2010.

⁴⁰ ROJ: SAP M 12683/2011.

⁴¹ ROJ: SAP M 7681/2011.

⁴² ROJ: SAP GR 368/2011.

⁴³ ROJ: SAP O 881/2011.

⁴⁴ ROJ: SAP AL 321/2011.

que ésta ha representado para ellos, desde que nacieron, a la figura cuidadora, habiendo desaparecido los indicadores de desatención o descuido, que determinaron en un principio la medida de guarda paterna.

La SAP Burgos, Civil, sec. 2ª, de 22 de septiembre de 2011⁴⁶, da prioridad al hecho de haber sido la madre la cuidadora anterior y posterior a la ruptura que a la existencia de una buena vinculación del menor con ambos progenitores.

La conclusión que se extrae de las diferentes resoluciones judiciales analizadas es que el criterio psicológico no resulta ni prioritario, ni determinante, y normalmente se supedita a otros criterios o parámetros. Si bien es utilizado para adoptar o denegar la guarda compartida junto con otros criterios, lo que se deriva asimismo del sentido común, pues la vinculación afectiva viene determinada o condicionada por el tipo de relación existente entre cada progenitor y el menor (calidad), tiempo de dedicación (cantidad), y capacidad o habilidad parental.

c) Criterio del cuidador primario

Como se ha señalado por la doctrina⁴⁷ el artículo 68 del CC obliga a los cónyuges a compartir las responsabilidades domésticas y el cuidado y atención de ascendientes y descendientes y otras personas dependientes a su cargo. En la medida en que dicho precepto se haga realidad en la práctica, es claro que va a determinar y condicionar el modelo de convivencia o de custodia que se establezca en caso de ruptura y parece que la evolución de la organización familiar va cada vez más en este sentido.

Este criterio, el de la organización familiar previa a la ruptura, es mencionado en las sentencias del Tribunal Supremo como se ha visto.

El CCC recoge de forma expresa este criterio al referirse al tiempo que cada uno de los progenitores había dedicado a la atención de los hijos antes de la ruptura y las tareas que efectivamente ejercía para procurarles el bienestar, con especial referencia al mismo en la exposición de motivos al señalar que “no se olvida que las relaciones familiares en nuestra sociedad mantienen aún un alto grado de machismo. También se ha tenido en cuenta que el papel de la madre es cualitativamente más necesario para los menores que el del padre cuando las dinámicas familiares han sido construidas sobre modelos tradicionales, tanto en la idiosincrasia de Cataluña como en la realidad de otras culturas que se han incorporado a la sociedad catalana. Por este motivo, se destacan como criterios para determinar la guarda individual la vinculación especial de los hijos con uno de los progenitores y la dedicación a los hijos que la madre o el padre hayan tenido antes de la ruptura”.

⁴⁵ ROJ: SAPB8279/2011.

⁴⁶ ROJ: SAP BU 798/2011.

⁴⁷ GUILARTE MARTÍN-CALERO (2010).

El CDFA y la Ley de Navarra no recogen este criterio de forma explícita, pero puede quedar recogida en el último apartado de los artículos 80.2 y 3 de las respectivas leyes que hacen referencia a “cualquier otra circunstancia de especial relevancia para el régimen de convivencia”.

Sí se recoge como criterio de forma expresa en la Ley Valenciana en el artículo 5.3 cuando fija como uno de los factores a valorar la dedicación pasada a la familia, y el tiempo dedicado a la crianza y educación de los hijos e hijas menores junto a la capacidad de cada progenitor.

Un examen de múltiples resoluciones judiciales pone claramente en evidencia que es uno de los criterios al que se da prioridad y que determina muchas veces el modelo de convivencia posterior a la ruptura de los padres. En la exposición de motivos de la ley catalana se destaca este criterio como prioritario junto con el de la vinculación, pero posteriormente no se traslada esta idea al articulado.

La sentencia de la AP Girona, sec. 1ª, de 6 de abril de 2010⁴⁸, basa la atribución de la custodia a la madre en este criterio señalando que la organización familiar se regía por un modelo tradicional y destacando la conveniencia de que “los menores sufran lo menos posible las consecuencias de la separación de sus padres y el mantenimiento de una regularidad y continuidad en su quehacer diario”.

Otras sentencias que han tenido en cuenta este criterio son las de la APB, sec. 18ª, de 11 de marzo de 2010⁴⁹, (esta última descarta la custodia compartida por este motivo, pese a concurrir los demás indicadores favorables para otorgarla), de 14 de junio⁵⁰ y de 25 de mayo de 2011⁵¹.

La SAP Zaragoza, Civil, sec. 2ª, de 14 de junio de 2011⁵², atribuye la guarda a la madre por constituir la figura cuidadora de referencia, lo que tiene claro reflejo en la vinculación afectiva de la menor con su madre. En el mismo sentido la SAP Barcelona, Civil, sec. 12ª, de 27 de diciembre de 2011⁵³.

⁴⁸ ROJ:SAPGI497/2010.

⁴⁹ ROJ: SAP B 13343/2008.

⁵⁰ ROJ: SAP B 9064/2011.

⁵¹ ROJ: SAP B 4713/2011.

⁵² ROJ: SAP Z 1700/2011.

⁵³ ROJ: SAP B 12084/2011.

Sin embargo, este criterio ha sido objeto de una importante crítica por parte de cierto sector doctrinal.

Como ventajas de dicho criterio se han apuntado las siguientes⁵⁴:

- El criterio refleja de forma fiable las preferencias más probables y mejor probadas de cada progenitor;
- Reproduce el reparto de roles anterior al divorcio;
- Procura estabilidad en la vida de los hijos pues visualiza las relaciones posteriores al divorcio como continuación de la familia intacta;
- Es previsible el resultado de su aplicación a cada caso;
- Reduce la intromisión del Estado en asuntos de familia pues devuelve a los propios padres la decisión sobre el reparto de papeles, con base en la suposición de que la organización que funcionaba antes del divorcio respondía a las preferencias genuinas de los progenitores.

Como inconvenientes:

- Se aplican los mismos criterios a situaciones diferentes. Impide que pueda replantearse la organización familiar por uno de los progenitores;
- Tiene en cuenta el elemento cuantitativo, no el cualitativo.

Se ha señalado incluso⁵⁵ que se está imponiendo una custodia en base a factores muy epidérmicos, absolutamente contingentes, ajenos en el fondo, a la realidad más íntima y personal de los mismos, cambiante por su misma naturaleza y en evolución constante; que tras este planteamiento se esconde la aceptación del patrón tradicional y la imposición de determinadas concepciones sociales y que se pretende imponer desde arriba un determinado modelo de familia.

Al margen de estas críticas ciertamente legítimas, hemos de ser muy conscientes que la resolución judicial que se dicta no puede, en la mayoría de los casos, prever y mucho menos adivinar cuál va a ser la evolución o dinámica de la familia, de las relaciones paterno filiales y en definitiva la evolución de los hijos, y que adoptar una medida en abstracto sin tener en consideración como ha vivido la familia hasta entonces y como se han distribuido –por acuerdo tácito– las funciones relativas al cuidado de los hijos durante

⁵⁴ MARGARITA GARRIGA GORINA (2008, pp. 9-10).

⁵⁵ DELGADO DEL RIO (2011).

la convivencia, constituye un riesgo que puede repercutir gravemente en los menores. Cuando la medida que se adopta se funda de forma exclusiva (raras veces) o de forma prioritaria o complementada con otros factores (la mayor parte de las veces), en la organización previa a la ruptura, puede calificarse si se quiere de conservadora o tradicional, en tanto promueve el mantenimiento de una organización clásica y tradicional que parece que debemos superar, pero no hay que olvidar que partimos de presupuestos fácticos existentes, que la resolución judicial no crea ni inventa una nueva realidad, sino que adecua la preexistente a las circunstancias sobrevenidas producidas por la ruptura cuando los padres no alcanzan un acuerdo. Se obstaculiza, acertadamente o no, una reestructuración diferente de la organización familiar y en consecuencia se impiden otras formas de convivencia que quizá pudieran resultar más beneficiosas para los mismos. Pero experimentar en esta materia es peligroso, tanto como resolver sobre la misma en base a concepciones personales y prejuicios.

d) Audiencia de los menores

El CC recoge la audiencia de los hijos menores.

El Tribunal Supremo se refiere a los deseos manifestados por los menores competentes.

El CDFa se refiere a la opinión de los hijos siempre que tengan suficiente juicio y, en todo caso, si son mayores de doce años, con especial consideración a los mayores de catorce años. En idéntico sentido la Ley de Navarra que recoge la especial consideración a los mayores de catorce años.

El CCC se remite a la opinión expresada por los hijos.

La Ley de Valencia también hace referencia a la opinión de los hijos e hijas menores, cuando tuvieran la madurez suficiente y, en todo caso, cuando hayan cumplido 12 años.

Todo ello para dar satisfacción y cumplimiento al derecho de los menores a ser oídos según su grado de madurez, derecho consagrado en el artículo 12 de la Convención de los Derechos del Niño de 1989, que establece que los Estados miembros han de asegurar al niño con capacidad de formar un juicio propio el derecho a manifestar su opinión en todos los asuntos que le afecten. Las opiniones del niño han de ser tenidas en cuenta según su edad y madurez. Con esta finalidad el niño ha de tener la oportunidad de ser oído en cualquier procedimiento judicial o administrativo que le afecte, bien directamente, bien por medio de un representante o de una institución adecuada de acuerdo con las normas de procedimiento de la legislación.

Los menores deben ser oídos en cualquier procedimiento en el que deba adoptarse una medida que les concierna a partir de los 12 años y si son menores cuando tengan suficiente juicio o discernimiento. Se establece así una presunción de madurez a partir de los doce años y en el CDFa y en la Ley de Navarra una presunción o casi certeza de madurez a

partir de los 14 al señalar que hay que tener especial consideración a la opinión de los hijos mayores de 14 años.

Hay que afirmar por tanto la relevancia de la opinión o de los deseos expresados por los menores para valorar la medida que resulte más adecuada sobre su guarda. Pero conviene aclarar que el derecho de ser oído no equivale al derecho de decidir, lo que debe tenerse presente por todos los operadores que intervienen en un procedimiento de familia, con riesgo de convertir a los menores en sujetos y en objetos de la disputa de sus padres.

Los Tribunales valoran el contenido de la audiencia del menor conjuntamente con otros factores y en algunos supuestos son los dictámenes técnicos los que analizan la voluntad y los deseos de los hijos.

En ocasiones la voluntad expresada por los menores no coincide con la voluntad real ni con lo que resulta más beneficioso para los menores. La sentencia de la APB, sec. 18ª, de 9 de febrero de 2010⁵⁶, señala que “la menor presentaba un conflicto de lealtades, lo que seguramente motivó que manifestara que quería seguir una semana con cada progenitor cuando fue explorada por la Juzgadora ‘a quo’, pero tal situación le estaba produciendo un importante estrés, pues se siente con la responsabilidad de ser el nexo de unión entre los dos núcleos familiares, el paterno y el materno, cosa que no le corresponde a una niña de 13 años en este momento, e intenta reconducir, reparar y construir una nueva familia”.

La sentencia de la APB, sec. 18ª, de 7 de noviembre de 2010⁵⁷, en un supuesto en que uno de los hijos menores manifestó su deseo y voluntad de no volver a relacionarse con su padre señalaba con referencia a lo que ya se había dicho en sentencias anteriores lo siguiente “El derecho a ser oído que recoge el artículo 12 de la Convención de los Derechos del Niño de 1989 y nuestro Codi de Família en su artículo 82.2, no puede equivaler al derecho de decidir, como erróneamente se está haciendo creer a los menores en situaciones de conflictividad familiar. No siempre la posición de un menor, normalmente coincidente con la posición de uno de los progenitores en el conflicto de su ruptura, coincide con su supremo interés que debe primar ante todo y ante todos al tomar una decisión tan relevante para el menor. Esta Sala ya ha tenido ocasión de señalar de forma reiterada que la voluntad manifestada ante el Juez, no vincula ni condiciona la decisión que se adopte al respecto. Para que el Juez pueda determinar la medida exigida por el interés del menor, debe valorar todos los elementos de prueba que se hayan aportado, conjuntamente con la exploración, debiendo cerciorarse de que la voluntad del menor o de la menor, manifestada en la exploración, haya sido correctamente formada, que el menor o la menor no se encuentra condicionado o presionado por uno de sus progenitores o por ambos y valorar sus opiniones dentro del contexto en el que nos encontramos, es decir, en el contexto de un procedimiento contencioso en el que el menor puede y suele encontrarse inmerso en un

⁵⁶ ROJ: SAP B 2944/2010.

⁵⁷ ROJ: SAP B 10009/2010.

conflicto de lealtades. En ocasiones incluso se transmite a los niños y niñas la convicción de que pueden decidir sobre la custodia, delegando en ellos la responsabilidad de tomar dicha decisión, cuando, pese a ser mayores de doce años, no tienen ni la capacidad, ni la madurez, ni las condiciones ambientales o de entorno familiar adecuadas, para poder pronunciarse al respecto, lo que les genera mayor tensión y repercute negativamente en su formación". En dicho supuesto los informes periciales aportados respectivamente por ambos progenitores coincidían en que el menor, ante la extrema conflictividad existente entre sus padres, había optado por suprimir de su vida a uno de ellos. Es evidente que en dichos supuestos deben adoptarse todas las medidas posibles para restaurar la relación y para ello debe irse en contra de la voluntad del menor, voluntad que no ha sido debidamente formada y que es notoriamente contraria a su propio interés.

En el IV Encuentro de Jueces, Fiscales Secretarios y Abogados celebrado en Valencia en octubre de 2009 se alcanzó la siguiente conclusión en relación a la exploración de los menores después de valorar positivamente la modificación introducida por la Ley de Reforma de la Legislación Procesal para la Implantación de la Nueva Oficina Judicial, en el art. 770, regla 4ª, párrafo 2º, *in fine*, de la LEC, al equiparar el régimen de audiencia de los menores propio de los procesos contenciosos con el establecido para los de mutuo acuerdo en el art. 777.5 de la LEC. Se señalaba que se considera necesario practicar la audiencia del menor, cuando tuviere suficiente juicio y, en todo caso, si fuere mayor de 12 años, en los procesos contenciosos en que se discutan medidas personales que afecten al régimen de custodia y estancias de dicho menor con sus progenitores. Podrá prescindirse de dicha audiencia cuando la opinión del menor ya sea conocida a través del informe pericial psicosocial emitido por el Equipo Técnico del Juzgado.

Conviene asimismo hacer una referencia a las conclusiones alcanzadas en el referido Encuentro como Buenas Prácticas en los procesos de Familia con referencia a la exploración de menores⁵⁸.

⁵⁸ 1. Momento de su práctica.

En ningún caso se debe hacer comparecer a los menores en sede judicial salvo requerimiento expreso del Juzgado, dados los inevitables perjuicios (desasosiego, sentimientos de culpa, conflictos de lealtades) que tal diligencia judicial suele acarrearles.

En el Juzgado se procurará no hacer esperar a los menores, practicando la diligencia en el lugar más adecuado de que se disponga.

Cuando haya prestado declaración en un proceso penal competencia del Juzgado de Violencia sobre la Mujer, en el proceso civil de familia bastará con unir testimonio de dicha declaración.

2. Desarrollo de la exploración.

Se consideran "buenas prácticas" a observar por los intervinientes en el desarrollo de la exploración las siguientes:

- a) La exploración debe limitarse a ofrecer al menor un espacio adecuado para que exprese su opinión, preocupaciones y percepciones pero en ningún caso debe tener como finalidad obtener la respuesta al problema judicial de que se trate;
- b) El Juez debe explicar al menor de forma adecuada a su edad y madurez que será él, como Juez, quien adopte la decisión y no el niño;
- c) La exploración se realizará sin toga;

También resultan de extraordinario interés las conclusiones alcanzadas en el Seminario celebrado en febrero de 2010 en el Consejo General del Poder Judicial sobre Instrumentos auxiliares de Derecho de Familia⁵⁹.

-
- d) Es recomendable la intervención de un profesional (psicólogo, educador infantil, trabajador social) que coparticipe con el Juez en la audiencia, bien a lo largo de todo su desarrollo, bien en las fases inicial (protocolo de acogida) y final (protocolo de despedida);
- e) Se debe planificar con tiempo esa diligencia judicial, fijando el día y la hora que menos alteración genera en la vida del menor: coordinación con el centro escolar, no hacerle esperar en la sede judicial, evitar su “victimización” innecesaria, etc.
- f) Debe aplicarse un protocolo de acogida a fin de “situar” al menor: explicarle por qué se le ha llamado, dónde se encuentra, quiénes son las personas que están presentes, qué objeto tiene la entrevista, etc. Igualmente debe existir un protocolo de “despedida” que cumpla la finalidad de liberar al menor de posibles sentimientos de culpa, siendo recomendable finalizar la entrevista con temas “neutros” (aficiones, deportes, etc.) y en forma positiva, alabando su colaboración.
- g) El Juez debe hacer constar en todas las resoluciones de familia que afecten a menores, el modo en el que el derecho del menor a ser oído se ha concretado (directamente, a través de sus padres, de terceros, de profesionales ...). Si no ha sido oído, los motivos de tal omisión (por carecer de madurez, por resultar perjudicial a su interés, por no ser necesario dada la cuestión a debate).

⁵⁹ “1. La exploración judicial de un menor en el ámbito del proceso civil ha de ser considerada una diligencia judicial a través de la cual el menor ejerce su derecho a ser oído antes que un medio de prueba en el procedimiento del que se trate.

2. Cuando un menor de edad deba ser oído en un proceso de familia en el que esté directamente implicado, este derecho deberá ejercerse en alguna de las formas previstas en el art. 9 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor 1/1996. En ningún caso el menor será convocado como testigo. Es factible que la exploración del menor se efectúe a través de los miembros del Equipo Psicosocial que pueda estar adscrito al órgano judicial, lo cual sin embargo no debe generalizarse.

3. Los niños, niñas y adolescentes habrán de ser oídos en los procedimientos judiciales cuando el Juez lo estime necesario –no en todo caso–. Evaluado el juicio de necesidad, el Juez deberá ponderar si el menor implicado tiene suficiente madurez cuando es menor de doce años. Debe tenerse igualmente presente que no todo mayor de doce años tiene suficiente madurez aunque por ministerio de ley deba de ser explorado.

4. Se considerará no necesario oír a un menor de edad cuando su audiencia pueda implicarle un perjuicio. Esta decisión deberá motivarse en todo caso por el Tribunal.

5. Teniendo en cuenta la posible ejecución de resoluciones en el extranjero, es imprescindible hacer constar en todas las resoluciones judiciales que afecten a los intereses de menores de edad que dicho menor ha ejercido su derecho a ser oído en el concreto procedimiento. Si no hubiera sido oído directa o indirectamente por el Tribunal, deberá motivarse por qué. En los procedimientos consensuales o en aquellos procedimientos contenciosos en los que no se haya considerado necesaria la exploración judicial del menor o menores afectados por la resolución judicial por no existir conflicto en las medidas personales que les afectaban se señalará que los menores fueron oídos a través de sus representantes legales.

6. En las exploraciones civiles, la necesidad de preservar la intimidad de los menores aconseja no gravar su audiencia con el Juez, con el psicólogo o con el equipo adscrito al Juzgado.

7. El Juez deberá dejar constancia en las actuaciones de su interpretación sobre lo que el menor ha expresado de forma verbal y no verbal en la exploración practicada, no estimándose oportuna la ausencia de toda documentación respecto de lo que el menor haya podido exponer ni tampoco la transcripción literal de lo por él expuesto.

8. En las exploraciones civiles judiciales no resulta precisa la intervención del Secretario Judicial. Las exploraciones se desarrollarán con el mínimo número de adultos en la sala. Asimismo se concluye que es más beneficioso para el menor que la exploración judicial se realice en fecha distinta a la señalada para la

No obstante lo anterior, se constata una deficiente regulación legal de la exploración de los menores. Se discute sobre su naturaleza jurídica, no se concreta como debe documentarse la voluntad del menor y si debe o no darse traslado del contenido de la exploración a las partes. Tampoco se clarifica el destino o forma de documentar manifestaciones realizadas por un menor que expresa su deseo de que no sean documentadas.

La mayor parte de los autores que han tratado la cuestión entienden que la exploración de los menores no constituye un medio de prueba, sino una diligencia judicial dirigida a que el menor haga efectivo su derecho a ser oído en el procedimiento. Como argumentos se señalan los siguientes: la exploración no se encuentra regulada como un medio de prueba en el artículo 299 LEC; la finalidad de la exploración no es obtener la certeza de los hechos; el menor no es objeto de reconocimiento sino sujeto de un derecho; se requiere que el menor haya alcanzado un mínimo de madurez y se practica sin presencia de las partes y sin publicidad⁶⁰.

En cuanto a la forma como se recoge la voluntad del menor, la ausencia de regulación sobre este extremo provoca que cada órgano judicial actúe de una forma distinta. Hay Juzgados en los que por parte del secretario se extiende una diligencia de constancia de haberse practicado la exploración cuyo contenido conoce exclusivamente el Juez y en su caso el Ministerio Fiscal si ha estado presente; en otros se extiende un acta por parte del secretario que recoge literalmente las manifestaciones del menor y finalmente hay Juzgados en los que se elabora un informe por parte del Juez que recoge sus impresiones sobre lo que ha manifestado el menor.

Otra cuestión que tampoco ha sido resuelta y en la que también existen prácticas diferentes es la relativa a si del contenido de la exploración, caso de que haya sido documentada, debe darse o no traslado a las partes.

e) La relación entre los padres. Capacidad de comunicación y de preservar las relaciones con el otro progenitor

El Tribunal Supremo se refiere al respeto mutuo en sus relaciones personales. El CC habla de la relación que tienen los padres entre sí. El CCC establece como criterio la actitud de

comparecencia o juicio del procedimiento, por cuanto ello minora la tensión del menor al acudir al Juzgado y le evita innecesarias esperas.

9. Deben evitarse exploraciones reiteradas de un mismo menor para evitar su victimización secundaria.

10. Se concluye que siempre que resulte posible la exploración del menor deberá ser señalada como primera diligencia con el fin de evitar retrasos o demoras en la práctica de la actuación, valorándose asimismo que sin duda es en ese momento cuando el niño se encuentra más descansado.

11. Se comparten y refrendan expresamente las conclusiones que sobre la exploración de menores fueron recogidas en la Guía de Buenas Prácticas aprobada en las VI Jornadas de Magistrados, Jueces de Familia, Fiscales y Secretarios celebradas en Valencia durante los días 26 a 28 de octubre de 2009”.

⁶⁰ ARCH *et al.* (2011, p. 12).

cada uno de los progenitores para cooperar con el otro a fin de asegurar la máxima estabilidad a los hijos, especialmente para garantizar adecuadamente las relaciones de estos con los dos progenitores. La Ley de Navarra recoge como criterio “la relación existente entre los padres y, en especial, la actitud de cada uno de los progenitores para asumir sus deberes, respetar los derechos del otro y, en especial, cooperar entre sí y garantizar la relación de los hijos con ambos progenitores y sus familias extensas” y la Ley de Valencia y CDFA hacen referencia a la aptitud y capacidad de los padres, pero no hacen referencia alguna a la relación de los padres entre sí, aunque el CDFA establece que “la objeción a la custodia compartida de uno de los progenitores que trate de obtener la custodia individual, no será base suficiente para considerar que la custodia compartida no coincide con el mejor interés del menor” y la Ley de Valencia establece que no es obstáculo la oposición de uno de los progenitores o las malas relaciones entre ellos para acordar el régimen de convivencia compartida, con la finalidad clara de evitar que la oposición de uno de los progenitores a la custodia compartida baste para evitar la adopción de esta modalidad.

Inicialmente los órganos judiciales han tendido a denegar la guarda alterna en supuestos en los que existe una relación conflictiva entre ambos progenitores. Esta exigencia se ha ido atenuando o desdibujando con el tiempo para evitar que la simple oposición de uno de los progenitores a esta modalidad de guarda desemboque de forma automática en la denegación de la misma. Bastaría con mantener una postura beligerante en el procedimiento para obtener un pronunciamiento denegatorio lo que conduciría a la imposibilidad de acordar este modelo de guarda en cualquier procedimiento contencioso. Quizá por ello las leyes autonómicas no hacen una referencia expresa a la conflictividad, y hablan de actitud para cooperar y para preservar la relación de los hijos con el otro progenitor. De esta manera se pone el acento en los menores y no en los padres. Y cada vez son más las resoluciones judiciales que lo que exigen es la concurrencia de capacidad de comunicación más que ausencia de conflictividad, pues si bien se ha venido vinculando la aconsejable estabilidad emocional de los niños con la ausencia de conflictividad entre los padres, la conflictividad existente a veces cuando se establece una modalidad de guarda exclusiva también constituye un indicador muy negativo y perjudicial para el menor. Por otra parte la custodia compartida requiere una mayor comunicación entre los progenitores sobre aspectos de la vida diaria del menor y es por ello que en multitud de resoluciones judiciales se ha denegado cuando se ha podido constatar un nivel o grado de conflictividad alto, pues las continuas discusiones y desencuentros impiden su viabilidad.

Exponente de sentencias que deniegan la custodia compartida por razón de la conflictividad existente entre ambos progenitores: entre otras sentencias, las de la AP Madrid, Civil, sec. 22ª, de 1 de septiembre de 2011⁶¹ y de 30 de septiembre de 2011⁶²; la AP de Gijón, Civil, sec. 7ª, de 28 de abril de 2011⁶³, de la AP Madrid, sec. 22ª, de 5 de enero de

⁶¹ ROJ: SAP M 11436/2011.

⁶² ROJ: SAP M 12685/2011.

⁶³ ROJ: SAP O 881/2011.

2010⁶⁴, de la AP Barcelona, sec. 12^a, de 22 de abril de 2010⁶⁵; AP Madrid, sec. 22^a, de 30 de noviembre de 2009⁶⁶; AP Córdoba, de 31 de octubre de 2007⁶⁷; AP Valencia, sec. 10^a, de 18 de junio de 2007⁶⁸; AP Madrid, sec. 24^a, de 5 de febrero de 2007⁶⁹; AP Barcelona, sec. 12^a, de 24 de mayo de 2007⁷⁰; AP Barcelona, Civil, sec. 18^a, de 12 de diciembre de 2011⁷¹; AP Barcelona, Civil, sec. 12^a, de 20 de diciembre de 2011⁷²; SAP Barcelona, Civil, sec. 12^a, de 13 de diciembre de 2011⁷³.

Hay resoluciones judiciales que solo han excluido el régimen de custodia compartida en supuestos de conflictividad cuando ésta es extrema. En este sentido cabe citar las sentencias del TSJC de 31 de julio de 2008⁷⁴, de 25 de junio de 2009⁷⁵, de 3 y de 8 de marzo de 2010⁷⁶, cuya doctrina ha sido recogida posteriormente por múltiples sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, que han señalado que la custodia compartida no es adecuada en supuestos de conflictividad extrema entre los progenitores, sin que ello signifique, sin embargo, que deba desecharse frente a cualquier grado de conflictividad y que no resulta exigible una armonía que es incompatible en los casos de ruptura. En este sentido SAPB, Civil, sec. 18^a, de 29 de diciembre de 2011⁷⁷ y la SAPB, Civil, sec. 12^a, de 21 de septiembre de 2011⁷⁸, que distingue distintos grados de conflictividad, señalando que en un extremo se

⁶⁴ ROJ: SAP M 495/2010.

⁶⁵ ROJ: SAP B 3707/2010.

⁶⁶ ROJ: SAP M 16689/2009.

⁶⁷ ROJ: SAP CO 1749/2007.

⁶⁸ ROJ: SAP V 1056/2007.

⁶⁹ ROJ: SAP M 664/2007.

⁷⁰ ROJ: SAP B 4332/2007.

⁷¹ ROJ: SAP B 12884/2011.

⁷² ROJ: SAP B 11874/2011.

⁷³ ROJ: SAP B 11861/2011.

⁷⁴ ROJ: STSJ CAT 7475/2008.

⁷⁵ ROJ: STSJ CAT 15152/2009.

⁷⁶ ROJ: STSJ CAT 3128/2010; ROJ: STSJ CAT 3129/2010.

⁷⁷ ROJ: SAP B 12909/2011.

⁷⁸ ROJ: SAP B 9978/2011.

sitúan los supuestos en que hay una conflictividad extrema entre los progenitores, que impide cualquier ejercicio conjunto de la custodia y, con frecuencia, de la propia potestad parental; en una situación intermedia está el supuesto de cierta conflictividad, y por ende falta de acuerdo en la custodia conjunta, pero con capacidad y condiciones individuales de custodia.

La sentencia del TSJ de Aragón de 9 de febrero de 2012⁷⁹, declara sobre este criterio en atención a la regulación contenida en el CDFA que “No puede compartirse en modo alguno el parecer de la recurrente cuando afirma que debe optarse por la custodia individual si no existe un alto grado de consenso entre los progenitores, pues lo frecuente en la práctica es el disenso y de hecho se contempla de forma expresa en el apartado quinto del repetido artículo 80 para darle un alcance opuesto al que se pretende en el recurso. Conforme a dicho precepto, 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 interés del menor”.

Y la sentencia del TS 579/2011, de 22 de julio de 2011⁸⁰, señala que “En cualquier caso, debe repetirse, como ya lo ha hecho esta Sala en anteriores sentencias (véase SSTs, entre otras, de 10 de octubre de 2010 y de 11 de febrero de 2011) que lo que importa garantizar o proteger con este procedimiento es el interés del menor, que si bien es cierto que tiene derecho a relacionarse con ambos progenitores, esto ocurrirá siempre que no se lesionen sus derechos fundamentales a la integridad física y psicológica, libertad, educación, intimidad, etc. De donde todos los requerimientos establecidos en el art. 92 CC han de ser interpretados con esta única finalidad. Y ello sin perjuicio de que esta medida pueda ser revisada cuando se demuestre que ha cambiado la situación de hecho y las nuevas circunstancias permiten un tipo distinto de guarda o impiden el que se había acordado en un momento anterior. De aquí que las relaciones entre los cónyuges por sí solas no son relevantes ni irrelevantes para determinar la guarda y custodia compartida. Solo se convierten en relevantes cuando afecten, perjudicándolo, el interés del menor”.

Resulta sin embargo de extraordinaria importancia que ambos progenitores tengan capacidad de preservar y respetar al otro progenitor y de fomentar su presencia en la vida del menor.

La sentencia de la AP Girona, sec. 1ª, de 10 de febrero de 2010⁸¹, pone de manifiesto la conveniencia de superar la terminología de la custodia compartida, delimitando y aclarando las funciones parentales que corresponden a cada progenitor cuando el menor se encuentra bajo su cuidado, valorando como factor negativo para atribuir la custodia al

⁷⁹ ROJ: STSJ AR 107/2012.

⁸⁰ ROJ: STS 4924/2011.

⁸¹ ROJ: SAP GI 223/2010.

padre de forma exclusiva que el padre presenta una imagen muy devaluada y una elevada desconfianza de las capacidades de la madre, así como dificultades para preservar la relación entre madre e hijo. Acordando la custodia compartida aunque ello no implique un reparto equitativo de tiempo. La sentencia de la AP Girona, sec. 2ª, de 12 de mayo de 2008⁸², atribuye la custodia a la madre y deniega la custodia compartida pese a existir vinculación afectiva de los hijos con ambas figuras, teniendo en cuenta, además del criterio de la continuidad (los hijos estaban bajo la guarda de la madre) que el padre tiene muchas dificultades para preservar y valorar la figura de la madre ante los hijos, que en la madre no se aprecia una actitud crítica hacia el padre delante de los hijos, y que la convivencia con la madre garantiza mejor la comunicación de estos con su padre de lo que lo haría este último a la inversa.

En el mismo sentido la sentencia de la AP Barcelona, sec. 18ª, de 24 de noviembre de 2008⁸³, atribuye la custodia a la madre, manteniendo la situación en que han vivido las menores desde la separación de hecho, y destaca como indicadores desfavorables de la custodia compartida, el alto nivel de conflictividad existente y la incapacidad de los progenitores de preservar a las menores; la sentencia del mismo Tribunal de 16 de diciembre de 2008⁸⁴, atribuye la guarda a la madre, que preserva la figura paterna, mientras que el padre no lo hace con la figura materna y otra de 19 de junio de 2007⁸⁵, recoge un dato de especial trascendencia para mantener la custodia materna, cual es las dificultades que tiene el padre para preservar delante de sus hijos la figura materna, señalando que los niños necesitan la presencia positiva de las dos figuras parentales y para ello es imprescindible que cada progenitor sea capaz de preservar la figura del contrario, y no solo de preservarla, sino mantener un concepto positivo de la misma, ello en aras a conseguir un desarrollo armónico de la personalidad de los niños.

La sentencia de la AP de Baleares, sec. 4ª, de 18 de junio de 2008⁸⁶, atribuye la custodia a la madre atendiendo a los criterios de mayor vinculación afectiva del menor con la madre, continuidad (se había acordado la custodia materna con anterioridad) y capacidad de la madre de preservar las relación del hijo con el padre.

⁸² ROJ: SAP GI 924/2008.

⁸³ ROJ: SAP B 11656/2008.

⁸⁴ ROJ: SAP B 11723/2008.

⁸⁵ ROJ: SAP B 8554/2007.

⁸⁶ ROJ: SAP IB 1005/2008.

f) Criterio de la continuidad. Organización post ruptura

El Tribunal Supremo hace referencia en las sentencias aludidas a los acuerdos existentes entre ambos progenitores. En el CCC como se ha dicho, se recoge como uno de los criterios a valorar los acuerdos en previsión de la ruptura o adoptados fuera de convenio antes de iniciarse el procedimiento. La Ley de Navarra en el mismo sentido recoge como criterio los acuerdos y convenios previos que pudieran existir entre los padres y que estos le hayan justificado. No hay una referencia expresa a los acuerdos post ruptura en el CDFFA y en la Ley de Valencia pero puede encuadrarse dentro de la cláusula amplia que se recoge en ambas leyes “cualquier otra circunstancia relevante”.

Entiendo que la organización familiar acordada después de la ruptura, de mutuo acuerdo, con resolución judicial o sin ella, o de forma contenciosa, marca la pauta de la organización familiar en un futuro y condiciona cualquier modificación ulterior. La tendencia de los tribunales es mantener el modelo de guarda existente si funciona y no se evidencia perjudicial para los hijos menores, pues se vincula al mantenimiento de su estabilidad emocional. De esta manera los tribunales tienden a acordar la custodia compartida, cuando este es el sistema de guarda establecido post ruptura, y no consta que sea perjudicial (SAP Barcelona, sec. 18ª, de 21 de diciembre de 2001⁸⁷, SAP Granada, de 16 de octubre de 2001⁸⁸, SAP Girona, de 28 de febrero de 2001⁸⁹, SAP Girona, sec. 2ª, de 20 de octubre de 2004⁹⁰, SAP Jaén, sec. 1ª, de 9 de mayo de 2005⁹¹ y SAP Barcelona, sec. 12ª, de 9 de noviembre de 2005⁹²) o a la inversa, se ha denegado la custodia compartida cuando se parte de una guarda mono parental que no ha resultado perjudicial (SAP Málaga, sec. 6ª, de 21 de marzo de 2007⁹³, SAP Barcelona, sec. 18ª, de 29 de diciembre de 2009⁹⁴, SAP Asturias, sec. 5ª, de 17 de mayo de 2010⁹⁵, SAP Barcelona, sec. 12ª, de 11 de marzo de 2010⁹⁶; SAP Barcelona, Civil,

⁸⁷ ROJ: SAP B 12013/2001.

⁸⁸ ROJ: SAP GR 2073/2001.

⁸⁹ ROJ: SAP GI 389/2001.

⁹⁰ ROJ: SAP GI 1419/2004.

⁹¹ ROJ: SAP J 262/2005.

⁹² ROJ: SAP B 10135/2005.

⁹³ ROJ: SAP MA 554/2007.

⁹⁴ ROJ: SAP B 14854/2009.

⁹⁵ ROJ: SAP O 1157/2010.

⁹⁶ ROJ: SAP B 2306/2010.

sec. 18ª, de 27 de septiembre de 2011⁹⁷, SAP, Barcelona, Civil, sec. 18ª, de 12 de enero de 2012⁹⁸.

Por el contrario se modifica la medida relativa a la guarda de los menores cuando se ha producido un cambio en las circunstancias concurrentes. Al igual que se ha señalado en el criterio del cuidador primario, que hace referencia al funcionamiento y distribución de roles constante la convivencia de los padres, pueden darse supuestos ciertamente injustos o inadecuados, en tanto podría apreciarse la conveniencia de la custodia compartida en un primer momento (inmediato posterior a la separación o ruptura), pero la dinámica creada, ya sea de facto o con regulación judicial –en Auto de Medidas Provisionales por ejemplo– puede condicionar la viabilidad de la custodia compartida al dar prioridad a la estabilidad creada.

La SAP Barcelona, Civil, sec. 18ª, de 8 de abril de 2011⁹⁹, acuerda la custodia compartida al existir un acuerdo verbal entre los progenitores que se ha llevado a cabo durante un año sin que se haya alegado ni acreditado perjuicio para la menor y atiende a la organización familiar asumida por ambos progenitores después de la ruptura destacando la importancia que da el legislador catalán al denominado criterio de la continuidad, “señalándose en la exposición de motivos de la Llei que aprueba el Libro II del CCC que ‘se destacan como criterios para determinar la guarda individual la dedicación a los hijos que la madre o el padre hayan tenido antes de la ruptura’, lo que pone de manifiesto a su vez la importancia que debe darse al cuidado y atención que cada uno de los progenitores haya otorgado a los menores después de la ruptura y la relevancia de la estabilidad del menor o de la menor en cada caso concreto para lo que se confiere una trascendencia importante al sistema de vida, a la organización familiar y en definitiva a la dinámica familiar llevada a cabo hasta el momento en que se plantea la petición, sea ésta la anterior a la ruptura o la posterior a dicha ruptura inmediata a la iniciación del procedimiento”. En el mismo sentido la de fecha 4 de mayo de 2011¹⁰⁰, que mantiene la modalidad de guarda –materna– acordada de forma tácita por ambos progenitores señalando que “el sustrato o denominador común de todos los criterios o factores que se sostienen como favorables al establecimiento de una custodia compartida, no es otro que la estabilidad del menor o de la menor en cada caso concreto y que para ello tiene una importancia fundamental el sistema de vida, la organización familiar y en definitiva la dinámica familiar llevada a cabo hasta el momento en que se plantea la petición, sea ésta la anterior a la ruptura o la posterior a dicha ruptura inmediata a la iniciación del procedimiento, así como la posibilidad de establecer una dinámica u organización lo mas similar posible, con preservación de los intereses del menor, para lo que resulta indispensable un mínimo de capacidad de comunicación y cierta coherencia en

⁹⁷ ROJ: SAP B 9524/2011.

⁹⁸ ROJ: SAP B 479/2012.

⁹⁹ ROJ: SAP B 3851/2011.

¹⁰⁰ ROJ: SAP B 4713/2011.

los estilos educativos. La exposición de motivos de la propia ley se inclina claramente por la preferencia de la organización familiar anterior”.

g) La edad de los hijos

Hace referencia a la edad de los hijos para acordar el sistema de guarda y custodia el CDFA, La Ley de Navarra y la Ley de Valencia. Esta última se refiere de forma expresa a los menores lactantes y señala que “en los casos de menores lactantes, se podrá establecer un régimen de convivencia provisional, de menor extensión, acorde con las necesidades del niño o de la niña, que deberá ser progresivamente ampliado a instancia de cualquiera de los progenitores”. Esta referencia concreta se hace con la finalidad de evitar las dificultades de acordar una guarda alterna cuando la ruptura de los progenitores se produce siendo el menor un bebe lactante. Pero estas dificultades persisten incluso cuando no es lactante o deja de serlo, pues con carácter general se viene considerando inadecuada la guarda alterna de niños de muy corta edad.

Hay algunas sentencias que señalan que resulta muy discutible la conveniencia de la custodia compartida cuando se trata de niños de corta edad, con remisión a la Declaración de los Derechos del Niño aprobada en la 14ª Sesión Plenaria de la ONU de 20 de noviembre de 1959, que recuerda que “salvo circunstancias excepcionales, no debe apartarse al niño de corta edad de la madre”. Pero cabe precisar que esta advertencia ya no se recoge en la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989.

La sentencia de la AP de A Coruña, Civil, sec. 4ª, de 24 de octubre de 2011¹⁰¹, acuerda un sistema de guarda alterna por semanas para una menor de poco más de un año, con base a los informes técnicos y a la igual capacidad parental y vinculación afectiva de ambos progenitores.

Una de las cuestiones que quizá plantea mayores dudas o problemas es la de determinar el sistema o tiempo de alternancia del menor con cada progenitor en cada caso concreto, pues se barajan variables muy distintas, como la edad –a medida que los niños crecen cambian sus necesidades emocionales y afectivas así como el contenido de la relación que mantienen con cada progenitor– y las necesidades concretas de cada niño. Resulta en este punto muchas veces necesario que el Equipo Técnico se pronuncie sobre el sistema de alternancia más adecuado a cada caso.

Como pautas generales que se están utilizando podemos señalar que cuando los niños son muy pequeños resulta aconsejable establecer periodos de alternancia cortos pero coincidentes con determinados días de la semana para marcar pautas concretas de referencia y a medida que van creciendo resultan más aconsejables periodos de alternancia coincidentes con la semana o con la quincena. Siempre se darán casos en los que estas

¹⁰¹ ROJ: SAP C 2965/2011.

pautas no resulten convenientes. De ahí la conveniencia en caso de duda del asesoramiento de los técnicos.

h) Criterios objetivos. Domicilio y horarios laborales

El Tribunal Supremo menciona como criterio la ubicación de los respectivos domicilios, horarios y actividades de uno y otro progenitor. El CDFFA, la Ley de Navarra y la Ley de Valencia hacen referencia a las posibilidades de conciliación de la vida familiar y laboral de los padres. No hace mención expresa a los domicilios pero puede entenderse incluida en “otra circunstancia de especial relevancia”. El CCC se refiere a la situación de domicilios, horarios y actividades de los hijos y de los progenitores.

Se trata de parámetros objetivos que condicionan la organización familiar y que tienen incidencia directa en la realidad cotidiana de los hijos. Pueden concurrir todos los demás factores a que se ha hecho referencia anteriormente y resultar inviable fijar una guarda alterna por razón de la distancia existente entre los domicilios paterno y materno o por resultar incompatible el horario laboral de uno de los progenitores con el cuidado efectivo del menor. Si el cuidado debe delegarse a terceros por esta última razón, quizá lo más conveniente para el menor no sea una guarda alterna.

Puesto que la medida de la guarda se adopta atendiendo de forma primordial al interés y necesidades del menor, hay que dar prioridad a su rutina diaria, horarios escolares, actividades que realicen, que pueden verse perturbadas con un régimen de guarda compartida si los domicilios de los padres no se encuentran en una misma población o hay una distancia entre ambos que entorpece la organización.

Por lo demás, se viene entendiendo que el mero cambio de domicilio no ha de constituir una objeción importante por regla general y que debe darse prioridad a las necesidades afectivas de los hijos que requieren la presencia y acompañamiento de las dos figuras parentales, frente a la estabilidad o inamovilidad del espacio físico donde desarrollan su vida.

En este sentido cabe destacar la sentencia del TS de fecha 11 de marzo de 2010 que descarta como criterio para la resolución del conflicto el utilizado por la Audiencia que denomina “deslocalización” de los niños, cuando esta es una de las consecuencias de este tipo de guarda.

Los domicilios deben ser adecuados y de características similares y suficientes para cubrir las necesidades de los hijos menores. Esta variable se asocia al nivel de vida de los progenitores y no puede desconocerse que numerosos estudios concluyen que la modalidad de custodia compartida es más habitual o más viable cuando los progenitores tienen un nivel de formación y de renta elevada¹⁰².

¹⁰² LAUROBA (2011, p. 335).

Exponente de sentencias que han denegado la custodia compartida por incompatibilidad de los horarios laborales con los del cuidado del menor tenemos entre otras la sentencia de la AP de Zaragoza, de fecha 29 de marzo de 2011.

i) Recomendación: no separación de los hermanos

Se trata de un criterio clásico exigido en nuestras leyes. El artículo 92 del CC señala que se procurará no separar a los hermanos. El CDFA en su artículo 80.4 establece que salvo circunstancias que lo justifiquen específicamente, no se adoptarán soluciones que supongan la separación de los hermanos. El CCC en su artículo 233-11.2 establece que no pueden separarse los hermanos, salvo que las circunstancias lo justifiquen.

Se establece así por ley una condición que integra el concepto del interés del menor, una presunción consistente en que cualquier medida que comporte la separación de los hermanos es perjudicial con carácter general para el menor, sin perjuicio que circunstancias excepcionales lo justifiquen.

La cohesión familiar deviene un factor importante para garantizar la estabilidad de los menores y para favorecer su normal desarrollo.

Hay sin embargo supuestos en los que resulta necesario o conveniente separar a los hermanos, sin que ello implique interrumpir su relación, pues en la mayoría de los casos se instrumentan mecanismos que garantizan la relación frecuente en el domicilio paterno y materno.

La formación de una nueva familia por uno, otro, o ambos progenitores después de la ruptura, el nacimiento de nuevos hermanos, va a determinar formas de convivencia distintas y modelos de relación fraternal diversos.

Como hemos visto en la sentencia de la AP Barcelona, sec. 18ª, de fecha 27 de julio de 2009, en una familia en el que se mantenía un régimen de custodia compartida, el cambio de domicilio de uno de los progenitores determina la separación de los hermanos. La diferente edad de los menores implica que sus necesidades emocionales y afectivas sean distintas y que tengan por tanto intereses diferentes: para el hijo mayor es prioritario mantener su entorno social y para la hija menor es prioritaria la mayor vinculación afectiva que tiene con la madre.

La SAP Madrid, sec. 24ª, de 15 de septiembre de 2010¹⁰³, señala que no es obligatorio mantener unidos a los hermanos a todo trance, y que no pasa de ser una mera recomendación, que no puede automáticamente seguirse, haciendo abstracción de las circunstancias concretas concurrentes, excepcionales en este caso. En este caso se

¹⁰³ ROJ: SAP M 12996/2010.

encomienda la guarda de los hijos menores a la madre aunque ello suponga la separación del hermano mayor.

La SAP, Madrid, sec. 22ª, de 30 de junio de 2010¹⁰⁴, acuerda la separación de dos hermanos atribuyendo la custodia del hijo al padre y la de la hija a la madre, atendiendo a las necesidades vitales del hijo que después de la separación (en la que se atribuyó la custodia de los dos a la madre), tenía conductas inadecuadas de hiperactividad, rechazo a la madre a la que culpabiliza de la separación, y conductas agresivas que hacen necesaria su salida del entorno materno.

La SAP Asturias, sec. 1ª, de 19 de mayo de 2010¹⁰⁵, en un supuesto en que hay una orden de alejamiento contra la madre respecto al hijo menor común, y una vinculación afectiva del menor más cercana al padre, acuerda atribuir la custodia al padre, separándolo de los hermanos, hijos de la madre, con los que convivía.

La SAP Guadalajara, sec. 1ª, de fecha 12 de mayo de 2010¹⁰⁶, atribuye la custodia de una menor de 16 años al padre, separándola de sus hermanos menores con los que venía conviviendo, al haberse impuesto de facto la convivencia de la hija con el padre, al existir una pésima relación de la misma con la nueva pareja de la madre, estableciéndose un régimen de comunicación que permite a todos los hermanos estar juntos en uno y otro domicilio.

La SAP de Castellón, sec. 2ª, de 22 de marzo de 2010¹⁰⁷, en un supuesto en que dos hijas mayores se han ido a vivir con el padre, se atribuye la custodia de la tercera hija menor a la madre, con la que habían convivido todas las hijas, destacando la diferencia de edad existente entre las mayores y la menor, entendiéndose que la necesidad de compartir hechos y situaciones está algo más atenuada, y a la voluntad expresada por la hija. La diferencia de edad también se destaca en la SAP de Santa Cruz de Tenerife, sec. 1ª, de 5 de octubre de 2009, que separa a dos hermanos atendiendo a la voluntad del hijo mayor que está a punto de alcanzar la mayoría de edad y en la SAP Barcelona, sec. 18ª, de 22 de julio de 2009.

La SAP Valencia, sec. 10ª, de 16 de diciembre de 2009¹⁰⁸, en un supuesto en que la guarda de los tres hijos estaba atribuida a la madre, se atribuye la guarda del hijo mayor de 15 años al padre, atendida su voluntad, lo que implica la separación de los hermanos.

¹⁰⁴ ROJ: SAP M 12018/2010.

¹⁰⁵ ROJ: SAP O 1083/2010.

¹⁰⁶ ROJ: SAP GU 181/2010.

¹⁰⁷ ROJ: SAP CS 351/2010.

¹⁰⁸ ROJ: SAP V 4941/2009.

Las resoluciones judiciales anteriores son solo un pequeño exponente de todas las que se refieren a este extremo y ponen de manifiesto las causas excepcionales que conducen a acordar medidas sobre la guarda de los menores que implican una separación de los hermanos, causas que han sido recogidas de forma sistemática en la SAP Granada, sec. 5ª, de 29 de enero de 2010¹⁰⁹, que relaciona de forma sistemática los criterios de las Audiencias Provinciales sobre esta materia, señalando que la jurisprudencia venía entendiendo que esa separación de los hermanos tenía que tener causas justificadas, como la notoria diferencia de edad (SAP Córdoba, sec. 2ª, de 26 de marzo de 2004), deterioro de la relación progenitor-hijo con rechazo a dicho progenitor (SAP Barcelona, sec. 12ª, de 9 de septiembre de 2004; SSAP Valencia, sec. 10ª, de 5 de junio de 2003 y de 8 de marzo de 2005) enfrentamientos serios entre hermanos (SAP Alicante, sec. 5ª, de 27 de enero de 2005), voluntad de los hermanos auténtica y exenta de manipulaciones, situaciones consolidadas en el tiempo (SAP Ávila, sec. 1ª, de 25 de abril de 2005). En este supuesto se acordó atribuir la guarda de cada hijo a uno y otro progenitor, por la incompatibilidad del hijo respecto de su madre lo que no conlleva a atribuir al padre la custodia de la hija que quiere seguir viviendo con la madre.

4. Trascendencia de la medida en otros efectos de la ruptura

4.1. Uso del domicilio

Resulta evidente la trascendencia o influencia de la medida que se adopte respecto de la guarda de los hijos sobre la medida relativa al uso del domicilio, pues dicha medida se ha venido vinculando legalmente a la guarda de los hijos menores. En numerosas ocasiones en las peticiones de los progenitores sobre la guarda de los menores subyace el interés en obtener un pronunciamiento favorable sobre la medida relativa al uso de la vivienda familiar. El interés económico contamina en esos casos las pretensiones relativas a las medidas personales sobre los hijos.

La reforma introducida por la Ley de 2005 sobre guarda y custodia en el CC no modificó la regulación del uso del domicilio en el artículo 96, pese a que la modificación de dicho precepto viene siendo reclamada en diferentes foros y debates¹¹⁰.

¹⁰⁹ ROJ: SAP GR 140/2010.

¹¹⁰ “IV Encuentro de Magistrados y Jueces de Familia y Asociaciones de Abogados de familia” y “VI Jornadas nacionales de Magistrados, Jueces de Familia, Fiscales y Secretarios judiciales” celebrado en Valencia los días 26, 27 y 28 de octubre de 2009. Conclusión: “se propone la reforma del artículo 96 del Código Civil de forma que se proceda a una distribución del uso de la vivienda familiar entre las partes con plazos máximos legales de asignación y posible alternancia en el uso, atendidas las circunstancias, siempre que así se garantice el derecho de los hijos a habitar una vivienda en su entorno habitual. Dicha regulación debe comprender asimismo la concesión al Juez de amplias facultades para, salvaguardando el referido derecho de los hijos, acordar, en los casos de vivienda familiar de titularidad común de los progenitores, la realización de dicho inmueble, siempre a petición de alguna de las partes, mediante su venta a terceros o adjudicación a una de ellas, en línea con lo establecido en el artículo 43 del Código de Familia de Catalunya. La venta o adjudicación del inmueble sede de la vivienda familiar extinguirá

El artículo 96 del CC sigue el criterio de atribuir el derecho de uso sobre el domicilio familiar al progenitor con quien conviven los hijos, acordando que el Juez resolverá lo procedente cuando alguno de los hijos quede en compañía de uno y los restantes en la del otro, sin establecer en este último caso un criterio claro de atribución. Tampoco lo establece cuando la guarda es compartida o alterna.

En Aragón el artículo 81 del CDFa que lleva la rúbrica “Atribución del uso de la vivienda y del ajuar familiar” establece que:

“1. En los casos de custodia compartida, el uso de la vivienda familiar se atribuirá al progenitor que por razones objetivas tenga más dificultad de acceso a una vivienda y, en su defecto, se decidirá por el Juez el destino de la vivienda en función del mejor interés para las relaciones familiares.

2. Cuando corresponda a uno de los progenitores de forma individual la custodia de los hijos, se le atribuirá el uso de la vivienda familiar, salvo que el mejor interés para las relaciones familiares aconseje su atribución al otro progenitor.

3. La atribución del uso de la vivienda familiar a uno de los progenitores debe tener una limitación temporal que, a falta de acuerdo, fijará el Juez teniendo en cuenta las circunstancias concretas de cada familia.

4. Cuando el uso de la vivienda sea a título de propiedad de los padres, el Juez acordará su venta, si es necesaria para unas adecuadas relaciones familiares.

5. El ajuar familiar permanecerá en el domicilio familiar salvo que se solicite en el plan de relaciones familiares la retirada de bienes privativos.

En el caso de que ninguno de los padres continúe en el domicilio familiar se decidirá la entrega de los bienes entre los mismos según las relaciones jurídicas que les sean aplicables”.

Cabe destacar de dicha regulación:

- a) No es automática la atribución del derecho de uso por razón de la guarda de los hijos;

automáticamente el derecho de uso constituido judicialmente. Hasta que se produzca la reforma legal del artículo 96 del Código Civil, se acuerda que el mismo sea interpretado de forma que: la asignación del uso exclusivo de la vivienda familiar sea un remedio subsidiario para los casos en que no se pueda garantizar de otro modo el derecho de habitación de los hijos; en todo caso, la asignación del uso exclusivo de la vivienda familiar, en los supuestos en que proceda, se haga siempre con carácter temporal. No existe obstáculo para la aprobación de cláusulas contractuales incluidas en el convenio regulador por las que se establezca la extinción del derecho de uso por la convivencia marital del titular del derecho con una tercera persona en el domicilio familiar. En caso de no haberse pactado en el convenio la extinción del derecho de uso por tal circunstancia, podrá solicitarse y obtenerse dicha medida a través del proceso de modificación de medidas, al considerar que la unidad familiar a cuyo favor se hizo la atribución del uso ha quedado sustancialmente alterada en su composición, dando lugar a una nueva unidad familiar, generándose una desafectación de la vivienda familiar respecto del uso inicialmente atribuido”.

- b) Ausencia de criterios concretos para determinar los supuestos en que no procede la atribución del derecho de uso al progenitor con quien conviven los hijos. El arbitrio judicial es muy amplio, en tanto los criterios que se establecen son el del “mejor interés para las relaciones familiares” y “las circunstancias de cada familia”.

En Cataluña el CCC contiene los siguientes preceptos.

Artículo 233-20. Atribución o distribución del uso de la vivienda familiar.

1. Los cónyuges pueden acordar la atribución del uso de la vivienda familiar con su ajuar a uno de ellos, a fin de satisfacer, en la parte que proceda, los alimentos de los hijos comunes que convivan con el beneficiario del uso o la prestación compensatoria de este. También pueden acordar la distribución del uso de la vivienda por períodos determinados.
2. Si no existe acuerdo o si este no es aprobado, la autoridad judicial debe atribuir el uso de la vivienda familiar, preferentemente, al progenitor a quien corresponda la guarda de los hijos comunes mientras dure esta.
3. No obstante lo establecido por el apartado 2, la autoridad judicial debe atribuir el uso de la vivienda familiar al cónyuge más necesitado en los siguientes casos:
 - a) Si la guarda de los hijos queda compartida o distribuida entre los progenitores;
 - b) Si los cónyuges no tienen hijos o estos son mayores de edad;
 - c) Si pese a corresponderle el uso de la vivienda por razón de la guarda de los hijos es previsible que la necesidad del cónyuge se prolongue después de alcanzar los hijos la mayoría de edad.
4. Excepcionalmente, aunque existan hijos menores, la autoridad judicial puede atribuir el uso de la vivienda familiar al cónyuge que no tiene su guarda si es el más necesitado y el cónyuge a quien corresponde la guarda tiene medios suficientes para cubrir su necesidad de vivienda y la de los hijos.
5. La atribución del uso de la vivienda a uno de los cónyuges, en los casos de los apartados 3 y 4, debe hacerse con carácter temporal y es susceptible de prórroga, también temporal, si se mantienen las circunstancias que la motivaron. La prórroga debe solicitarse, como máximo, seis meses antes del vencimiento del plazo fijado y debe tramitarse por el procedimiento establecido para la modificación de medidas definitivas.
6. La autoridad judicial puede sustituir la atribución del uso de la vivienda familiar por la de otras residencias si son idóneas para satisfacer la necesidad de vivienda del cónyuge y los hijos.
7. La atribución del uso de la vivienda, si esta pertenece en todo o en parte al cónyuge que no es beneficiario, debe ponderarse como contribución en especie para la fijación de los alimentos de los hijos y de la prestación compensatoria que eventualmente devengue el otro cónyuge.

Artículo 233-21. Exclusión y límites de la atribución del uso de la vivienda.

1. La autoridad judicial, a instancia de uno de los cónyuges, puede excluir la atribución del uso de la vivienda familiar en cualquiera de los siguientes casos:
 - a) Si el cónyuge que sería beneficiario del uso por razón de la guarda de los hijos tiene medios suficientes para cubrir su necesidad de vivienda y la de los hijos;

- b) Si el cónyuge que debería ceder el uso puede asumir y garantizar suficientemente el pago de las pensiones de alimentos de los hijos y, si procede, de la prestación compensatoria del otro cónyuge en una cuantía que cubra suficientemente las necesidades de vivienda de estos.
2. Si los cónyuges poseen la vivienda en virtud de un título diferente al de propiedad, los efectos de la atribución judicial de su uso quedan limitados por lo dispuesto por el título, de acuerdo con la ley. Si los cónyuges detentan la vivienda familiar por tolerancia de un tercero, los efectos de la atribución judicial de su uso acaban cuando este reclama su restitución. Para este caso, de acuerdo con lo establecido por el Artículo 233-7.2, la sentencia puede ordenar la adecuación de las pertinentes prestaciones alimentarias o compensatorias.
3. En previsión de ruptura matrimonial, puede pactarse sobre la atribución o distribución del uso de la vivienda y sobre las modalidades de este uso. No son eficaces los pactos que perjudiquen el interés de los hijos, ni tampoco, si no se han incorporado a un convenio regulador, los que comprometan las posibilidades de atender a las necesidades básicas del cónyuge beneficiario del uso.

Artículo 233-24. Extinción del derecho de uso.

1. El derecho de uso se extingue por las causas pactadas entre los cónyuges y, si se atribuyó por razón de la guarda de los hijos, por la finalización de la guarda.
2. El derecho de uso, si se atribuyó con carácter temporal por razón de la necesidad del cónyuge, se extingue por las siguientes causas:
- a) Por mejora de la situación económica del cónyuge beneficiario del uso o por empeoramiento de la situación económica del otro cónyuge, si eso lo justifica;
 - b) Por matrimonio o por convivencia marital del cónyuge beneficiario del uso con otra persona;
 - c) Por el fallecimiento del cónyuge beneficiario del uso;
 - d) Por el vencimiento del plazo por el que se estableció o, en su caso, de su prórroga.

Cabe destacar de dicha regulación lo siguiente:

- a) Se mantiene la preferencia de atribución del derecho de uso al progenitor con quien conviven los hijos menores y el criterio de mayor necesidad del cónyuge o miembro de la pareja que tiene mayor necesidad cuando no hay hijos o estos son mayores de edad o cuando se prevé que tendrá mayor necesidad una vez los hijos alcancen la mayoría de edad y también en los supuestos de custodia compartida;
- b) Se concretan los criterios que conducen a atribuir el derecho de uso al otro progenitor con el que no conviven los hijos:
 - cuando el progenitor que tiene la guarda tiene medios suficientes para cubrir su necesidad de vivienda y la de los hijos;
 - cuando el cónyuge o miembro de la pareja que debería ceder el uso puede asumir y garantizar suficientemente el pago de las pensiones de alimentos de los

hijos y, si procede, de la prestación compensatoria del otro cónyuge en una cuantía que cubra suficientemente las necesidades de vivienda de estos.

- c) Se recoge claramente la temporalidad del derecho de uso:
- cuando los hijos alcanzan la mayoría de edad, si el criterio de atribución ha sido el de la guarda de los hijos menores;
 - cuando se acuerda la guarda compartida;
 - siempre en los demás casos, con posibilidades de prórroga en caso de persistir la necesidad.
- d) Se recoge el contenido económico del derecho a los efectos de fijar las demás medidas como alimentos y compensatoria;
- e) La distribución de la vivienda parece reservarla el legislador a los supuestos de mutuo acuerdo, pero no se puede descartar la posibilidad de que los tribunales lo acuerden en los procesos contenciosos, ya que el término distribución aparece en el título del precepto;
- f) Recoge como causa de extinción del derecho de uso, el matrimonio o convivencia matrimonial del usuario, pero solo en los casos en que se haya hecho la atribución por razón de necesidad, no por razón de la guarda. Esta concreta previsión ha supuesto una limitación a una incipiente tendencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, que en varios supuestos había acordado la extinción del derecho de uso sobre la vivienda familiar cuando el cónyuge usuario convivía con su pareja en el domicilio, entendiéndose que la constitución de una nueva unidad familiar modificaba la naturaleza de la vivienda que ya no podía considerarse como familiar y ello con independencia de que la atribución del derecho de uso tuviera por causa la guarda de los hijos menores o la necesidad del cónyuge. El CCC limita ahora la posibilidad de extinguir el uso a los supuestos en los que se ha atribuido por razón de necesidad del cónyuge.

En Valencia la ley 5/2011, de 1 de abril, acuerda lo siguiente:

Artículo 6. Atribución del uso de la vivienda y ajuar familiar.

1. A falta de pacto entre los progenitores, en los casos de régimen de convivencia compartida, la preferencia en el uso de la vivienda familiar se atribuirá en función de lo que sea más conveniente para los hijos e hijas menores y, siempre que fuere compatible con ello, al progenitor que tuviera objetivamente mayores dificultades de acceso a otra vivienda.

En el caso de atribuirse la vivienda familiar a uno de los progenitores, si ésta es privativa del otro progenitor o común de ambos, se fijará una compensación por la pérdida del uso y

disposición de la misma a favor del progenitor titular o cotitular no adjudicatario teniendo en cuenta las rentas pagadas por alquileres de viviendas similares en la misma zona y las demás circunstancias concurrentes en el caso. Tal compensación podrá ser computada, en todo o en parte, como contribución a los gastos ordinarios con el consentimiento de quien tenga derecho a ella o en virtud de decisión judicial. El mismo régimen jurídico se aplicará a los supuestos en los que se atribuya la convivencia con los hijos e hijas menores a uno solo de los progenitores.

2. Salvo acuerdo en contrario entre los progenitores, en ningún caso se adjudicará una vivienda, aunque hubiera sido la residencia familiar habitual hasta el cese de la convivencia entre los progenitores, si es de carácter privativo del progenitor no adjudicatario o común de ambos y el progenitor al que se adjudica fuera titular de derechos sobre una vivienda que le faculten para ocuparla como tal residencia familiar. Si durante la ocupación como vivienda familiar de la perteneciente al otro progenitor o a ambos, se incorporasen al patrimonio del cónyuge adjudicatario tales derechos, éste cesará en el uso de la vivienda familiar que ocupase hasta tal momento salvo acuerdo entre los progenitores y previa decisión judicial en su caso.

3. En los supuestos de los dos apartados anteriores, la atribución de la vivienda tendrá carácter temporal y la autoridad judicial fijará el periodo máximo de dicho uso, sin perjuicio de que tal uso pueda cesar o modificarse, en virtud de decisión judicial, cuando concurren circunstancias que lo hagan innecesario o abusivo y perjudicial para el progenitor titular no adjudicatario.

4. El régimen jurídico establecido en los párrafos anteriores no será de aplicación a las viviendas que se disfruten como segunda o ulteriores residencias.

5. El ajuar familiar permanecerá en la vivienda familiar salvo que en el pacto de convivencia familiar o por resolución judicial se determine la retirada de bienes privativos que formen parte de él. En todo caso, el progenitor a quien no se le atribuya la vivienda tendrá derecho a retirar sus efectos personales en el plazo que establezca la autoridad judicial.

6. Cuando se haya decidido que ninguno de los progenitores permanezca en la vivienda familiar, se efectuará el reparto de los bienes que compongan el ajuar familiar y de los demás, sean comunes de los progenitores o privativos de uno u otro de ellos, de acuerdo con la legislación que les sea aplicable y previo acuerdo de aquéllos o resolución judicial en otro caso.

Se destaca:

- a) Solamente se establecen criterios de atribución del derecho de uso sobre la vivienda en los casos en que hay hijos. Nada se dice cuando no hay hijos porque queda fuera del contenido de la ley, por lo que cabe entender que en estos casos seguiría rigiendo el Código Civil;
- b) Desaparece el criterio de la guarda de los hijos como criterio determinante de atribución del derecho de uso y se sustituye por otro de menor concreción como es el interés de los menores y el de mayor dificultad de acceso a otra vivienda por

parte de uno de los progenitores siempre que sea compatible con el aludido interés. Se excluye la atribución cuando se es titular de otra vivienda susceptible de ser ocupada como vivienda familiar;

- c) Se concreta el valor económico del derecho de uso y se establece como contraprestación el derecho del otro progenitor a percibir una compensación o a computar dicho valor económico en otras medidas;
- d) Se recoge el carácter temporal del derecho de uso pero no se precisan los criterios que deben orientar dicha temporalidad.

No se hace ninguna referencia al uso del domicilio en la Ley de Navarra.

Como características comunes de las tres legislaciones se pueden destacar las siguientes:

- a) La medida relativa al uso del domicilio cuando hay hijos menores de edad, no se vincula de forma automática a la medida de la guarda, pero debe quedar cubierta la necesidad de vivienda de los menores. Por eso en los supuestos de custodia compartida en Aragón y en Valencia se establece como criterio el del progenitor que tenga mayor dificultad para acceder a otra vivienda. En Catalunya el criterio en el supuesto de guarda compartida es el de mayor necesidad del progenitor. Si la guarda se atribuye a uno de los progenitores, la atribución de la vivienda es el criterio que predomina pero supeditado al interés del menor o al interés de las relaciones familiares. En Valencia se descarta la atribución de uso al progenitor que disponga de otra vivienda. En Cataluña también se prevé la posibilidad de atribuir el uso al progenitor no custodio, si el custodio dispone de otra vivienda;
- b) Se atribuye un contenido claramente económico al derecho de uso. En Cataluña se destaca de forma expresa el contenido alimenticio del derecho de uso. En Valencia se contempla incluso una compensación económica cuando el uso es atribuido al cónyuge no titular o cuando la vivienda es propiedad común de ambos y se remite para su cálculo al valor de las rentas de las viviendas de las mismas características permitiendo su computación como contribución a los gastos ordinarios. En Cataluña se establece expresamente que debe ponderarse como contribución en especie para la fijación de los alimentos de los hijos y de la prestación compensatoria que eventualmente devengue el otro cónyuge;
- c) La limitación temporal del derecho de uso cuando se atribuye al cónyuge no titular o cuando el domicilio es propiedad de ambos. En Aragón la limitación temporal se deja a decisión del Juez y como único criterio se establece el interés de las relaciones familiares. En Cataluña se delimitan o concretan un poco más los criterios que deben seguirse para la temporalización. En Valencia no se fijan estos criterios.

4.2. Pensión de alimentos

Siendo hasta ahora la guarda individual el modelo que se instaura con mayor frecuencia, no se habían producido problemas en cuanto a la forma de fijar y de cuantificar la prestación de alimentos mediante la fijación de una cantidad determinada que de forma periódica debía abonar el progenitor no custodio al otro progenitor, distribuyendo en el porcentaje correspondiente la contribución a los gastos extraordinarios. La obligación de alimentos se concreta de esta manera en la determinación de una pensión que cada mes debe abonar un progenitor a otro.

¿Qué ocurre cuando se atribuye la guarda de forma alterna a uno y otro progenitor?

En el CC no encontramos una regulación o mención específica. En el CDFA se hace referencia a los alimentos pero se remite al principio de proporcionalidad, con mención expresa de lo que se entiende por gastos ordinarios y por gastos extraordinarios¹¹¹. En el CCC se establece que la guarda compartida no excluye la obligación de alimentos y se remite a la regulación general de los alimentos¹¹². En la Ley de Valencia se remite asimismo al principio de proporcionalidad y deja a criterio del Juez el modo de concretar la pensión según el régimen de convivencia establecido.

Cabe hacer referencia a una sentencia de la AP de Barcelona, sec. 18ª, de 7 de octubre de 2010¹¹³, en la que se expresaba la dificultad de concretar la prestación de alimentos en los supuestos de custodia compartida y se ponían de manifiesto diferentes modalidades. En la referida resolución se señala que “No determina la ley, fuera del criterio o principio de

¹¹¹ Artículo 82. Gastos de asistencia a los hijos.

1. Tras la ruptura de la convivencia de los padres, ambos contribuirán proporcionalmente con sus recursos económicos a satisfacer los gastos de asistencia de los hijos a su cargo.
2. La contribución de los progenitores a los gastos ordinarios de asistencia a los hijos se determinarán por el Juez en función de las necesidades de los hijos, de sus recursos y de los recursos económicos disponibles por los padres.
3. El Juez asignará a los padres la realización compartida o separada de los gastos ordinarios de los hijos teniendo en cuenta el régimen de custodia, y si es necesario fijará un pago periódico entre los mismos.
4. Los gastos extraordinarios necesarios de los hijos serán sufragados por los progenitores en proporción a sus recursos económicos disponibles.

Los gastos extraordinarios no necesarios se abonarán en función de los acuerdos a los que lleguen los progenitores y, en defecto de acuerdo, los abonará el progenitor que haya decidido la realización del gasto”.

¹¹² Arts. 233-4.1, 233-10.3, 237-1 y 237-9 CCC.

¹¹³ ROJ: SAP B 7108/2010.

proporcionalidad, ningún criterio o sistema que permita instrumentar la forma de pago de los alimentos en los supuestos de custodia compartida. Será la práctica –en convenios reguladores y en las sentencias contenciosas– la que vaya determinando las fórmulas más convenientes que vengán a concretar la forma de pago de determinados gastos y a reducir los conflictos que puedan producirse en trámite de ejecución. Entre tanto, se pueden perfilar distintas formas de contribución que pueden ser útiles según los supuestos concretos. Así, en los supuestos en que la capacidad económica de ambos progenitores sea similar, puede acordarse que cada progenitor asumirá los gastos de alimentación cuando el menor o menores permanezcan bajo su guarda, pero resulta conveniente prever la contribución de determinados gastos que se producen de forma fija, como los escolares, extraescolares, mutua médica, en definitiva todos aquellos que puedan estar domiciliados, en los que quizá resulte más útil la aportación de una cantidad por cada uno de los padres en una cuenta en la que se domicilien dichos gastos. Si la capacidad económica no es similar, procederá determinar una pensión o contribución a cargo de uno de los progenitores y a favor del otro, pero igual que en el supuesto anterior, debe quedar claro cuál de los dos, y si son los dos en qué proporción, ha de contribuir a los gastos fijos. En algunos supuestos la mayor contribución de uno de los progenitores exigida por su mayor capacidad económica puede materializarse mediante el pago directo de determinados gastos fijos, como pueden ser los escolares u otros que consten y estén cuantificados. Sea o no similar la capacidad económica, puede acordarse que la contribución a todos los gastos se lleve a cabo mediante el ingreso de una cantidad, que puede ser la misma o distinta por parte de cada progenitor, dependiendo de su capacidad económica, en una cuenta, desde la que se van a satisfacer todas las necesidades del menor, pero en este caso, surge la problemática de determinar a qué progenitor corresponde la gestión de dicha cuenta y si se acuerda que la gestión corresponde en cada momento al progenitor guardador, se ha de valorar la relación de confianza existente entre ambos. Podría asimismo fijarse una determinada prestación alimenticia que sería entregada a uno de los progenitores que se encargaría en definitiva de la gestión de los gastos antes referidos. En cualquier caso se entiende que los pronunciamientos deben ser claros y ejecutables para garantizar el derecho de alimentos de los hijos y garantizar la viabilidad de la custodia compartida, evitándose distribuciones porcentuales, no cuantificadas –por ejemplo 40% de los gastos uno y 60% el otro– que producirán numerosos problemas de ejecución ante la dificultad de cuantificar numéricamente todos los gastos, y desembocarán en situaciones de desprotección del menor y de mal funcionamiento de la custodia compartida”.

En el IV Encuentro de Magistrados y Jueces de Familia y Asociaciones de Abogados y en las VI Jornadas Nacionales de Magistrados, Jueces de Familia, Fiscales y Secretarios Judiciales celebradas en Valencia el 26, 27 y 28 de octubre de 2009, se alcanzó la siguiente conclusión:

“Es obligatorio establecer una pensión alimenticia en favor de los hijos en los casos de custodia compartida, sin perjuicio de tener en cuenta la distinta capacidad económica de los progenitores para fijar el *quantum* de la obligación alimenticia. Las formulas para su pago pueden consistir en alguna o algunas de las siguientes:

- a) Pago recíproco de pensión alimenticia en la cuantía que corresponda. En caso de igual o similar capacidad económica de los progenitores, podrá establecerse que cada uno soporte los gastos que genere la manutención de los hijos cuando los tenga en su compañía, abonados por mitad los gastos fijos ordinarios y los extraordinarios mediante domiciliación bancaria de sus pagos en una cuenta común que se nutra con iguales aportaciones dinerarias de las partes;
- b) Ingreso de la pensión alimenticia establecida en una cuenta bancaria de titularidad conjunta de los progenitores y disponibilidad mancomunada, en la que se domicilien todos o parte de los gastos fijos que generen los hijos;
- c) Pago directo por un progenitor, o por ambos, a terceros de determinados gastos de los hijos;
- d) Combinación de cualquiera de las formulas anteriores”.

Las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 31 de julio de 2008, de 5 de septiembre de 2008 y de 3 de marzo de 2010, han afirmado la procedencia de fijar alimentos en supuestos de custodia compartida. En cuanto a la forma en cómo puede concretarse dicha prestación, la sentencia de 5 de septiembre de 2008, confirma el pronunciamiento de la sentencia apelada en la que se imponía a uno de los progenitores, por su mayor capacidad económica, el pago directo de determinados gastos de los hijos; en cambio, la de 3 de marzo de 2010, fija una pensión de alimentos determinada a cargo de uno de los progenitores que ha de abonar a la madre.

Como conclusión de este trabajo podríamos manifestar sin duda a equivocarnos que queda mucho por hacer en toda esta materia y mucho por evaluar en cuanto a los resultados que sobre nuestra infancia y adolescencia están teniendo las modificaciones legislativas y las resoluciones judiciales, unido todo ello a la rápida evolución y dinamismo que impregna toda nuestra sociedad y en consecuencia todo nuestro trabajo, lo que conduce a una sensación o percepción de rápida caducidad de todo aquello que estudiamos, decimos y hacemos.

Y como dijo Karl MANNHEIM “lo que se hace a los niños, los niños harán a la sociedad”.

5. Tabla de Jurisprudencia

<i>Sala y fecha</i>	<i>Referencia</i>	<i>Magistrado ponente</i>
TS, civil, 1ª, 22.07.2011	ROJ: STS 4924/2011	E. Roca Trías
TS, civil, 1ª, 07.07.2011	ROJ: STS 4824/2011	E. Roca Trías
TS, civil, 1ª, 08.10.2009	ROJ: STS 5969/2009	E. Roca Trías
TS, civil, 1ª, 10.03.2010	ROJ: STS 776/2010	E. Roca Trías
TS, civil, 1ª, 11.03.2010	ROJ: 963/2010	E. Roca Trías
TS, civil, 1ª, 01.10.2010	ROJ: STS 4861/2010	E. Roca Trías
TS, civil, 1ª, 27.09.2011	ROJ: STS 5880/2011	E. Roca Trías
TS, civil, 1ª, 22.07.2011	ROJ: STS 4924/2011	E. Roca Trías

TS civil, 1ª, 10.01.2012	ROJ: STS 628/2012	E. Roca Trías
TSJ Aragón, civil, 13.07.2011	ROJ:STSJ AR 1244/2011	F. Zubiri de Salinas
TSJ Aragón, civil, 30.09.2011	ROJ:STSJ AR 1694/2011	F. Zubiri de Salinas
TSJ Aragón, civil, 15.12.2011	ROJ:STSJ AR 2082/2011	I. Martínez Lasiera
TSJ Aragón, civil, 01.02.2012	ROJ:STSJ AR 108/2012	F. Zubiri de Salinas
TSJ Aragón, civil, 08.02.2012	ROJ:STSJ AR 175/2012	F. Zubiri de Salinas
TSJ Aragón, civil, 09.02.2012	ROJ:STSJ AR 107/2012	I. Martínez Lasiera
TSJ Catalunya, 31.07.2008	ROJ:STSJCAT 7475/2008	C. Ramos Rubio
TSJ Catalunya, 25.06.2009	ROJ:STSJCAT 5152/2009	J. F. Valls Gombau
TSJ Catalunya, 03.03.2010	ROJ: STSJ CAT 3128/201	C. Ramos Rubio
TSJ Catalunya, 08.03.2010	ROJ:STSJCAT 3129/2010	J. F. Valls Gombau
AP Girona, civil, 1ª, 05.10.2011	ROJ: SAP GI 1202/2011	F. Ferreo Hidalgo
AP Girona, civil, 1ª, 19.10.2011	ROJ:SAP GI 1202/2011	Mª I. Soler Navarro
AP Zaragoza, civil, 2ª, 10.05.2011	ROJ:SAP Z 1590/2011	J. C. Arque Bercos
AP Zaragoza, civil, 2ª, 28.06.2011	ROJ:SAP Z 1847/2011	J. C. Arque Bercos
AP Zaragoza, civil, 2ª, 12.07.2011	ROJ: SAP Z 1984/2011	J. C. Arque Bercos
AP Zaragoza, civil, 2ª, 15.07.2011	ROJ: SAP Z 1993/2011	F. Acin Garos
AP Zaragoza, civil, 2ª, 18.07.2011	ROJ: SAP Z 1997/2011	F. Acin Garos
AP Teruel, civil, 1ª, 03.05.2011	ROJ: SAP TE 102/2011	Mª Desamparados Cerda
AP Teruel, civil, 1ª, 21.06.2011	ROJ: SAP TE 164/2011	F. F. Hernando
AP Granada, civil, 5ª, 05.04.2011	ROJ: SAP GR 368/2011	J. Maldonado Martínez
AP Madrid, civil, 22ª, 04.12.2011	ROJ:SAP M 12969/2011	E. Hijas Fernández
AP Asturias, civil, 1ª, 16.09.2009	ROJ:SAP O 2235/2009	A. Azparren Lucas
AP Murcia, civil, 5ª, 19.01.2010	ROJ: SAP MU 163/2010	J. J. Hervas Ortiz
AP Barcelona, civil, 18ª, 16.02.2010	ROJ: SAP B 1232/2010	Mª J. Pérez Tormo
AP Barcelona, civil, 4ª, 05.12.2008	ROJ: SAP BI 2434/2008	I. Olaso Azpiroz
AP Madrid, civil, 22ª, 11.11.2008	ROJ: SAP M 15839/2008	E. Hijas Fernández
AP Sta. Cruz Tenerife, civil, 1ª, 23.07.2007	ROJ: SAP TF 1465/2007	M. Valentín Adolfo B. Fernández del Viso
AP Madrid, civil, 22ª, 05.03.2007	ROJ: SAP M 9865/2007	M. la Fuente García
AP Sevilla, civil, 2ª, 10.10.2007	ROJ: SAP SE 3221/2007	A. Palacios Martínez
AP Barcelona, civil, 18ª, 31.01.2008	ROJ: SAP B 2150/2008	M. D. Viñas Maestre
AP Madrid, civil, 22ª, 16.09.2009	ROJ: SAP M 520/2009	E. Hijas Fernández
AP Guipuzcua, 2ª, 29.05.2009	ROJ: SAP SS 485/2009	A. I. Moreno Galindo
AP Barcelona, 18ª, 27.07.2009	ROJ: SAP B 7793/2009	M. D Viñas Maestre
AP Madrid, 22ª, 30.06.2010	ROJ: SAP M 12015/2010	J. A. Chamorro Valdés
AP Madrid, 22ª, 25.06.2010	ROJ: SAP M 9153/2010	J. A. Chamorro Valdés
AP Madrid, 22ª, 30.09.2011	ROJ SAP M 12683/2011	C. Neira Vázquez
AP Madrid, 22ª, 13.06.2011	ROJ:SAP M 7681/2011	J. A. Chamorro Valdés
AP Granada, 5ª, 05.04.2011	ROJ: SAP GR 368/2011	J. Maldonado Martínez,
AP Gijón, 7ª, 28.04.2011	ROJ: SAP O 881/2011	R. Ibáñez Aldecoa Lorente
AP Almería, 2ª, 04.05.2011	ROJ: SAP AL 321/2011	J. Ruiz-Rico Ruiz-Moran
AP Barcelona, 18ª, 28.07.2008	ROJ: SAPB8279/2011	M. D. Viñas Maestre
AP Burgos, 2ª, 22.09.2011	ROJ SAP BU 798/2011	M. Muñoz Fernández
AP Girona, 1ª, 06.04.2010	ROJ:SAPGI497/2010	Mª I. Soler Navarro
AP Barcelona, 18ª, 11.03.2008	ROJ: SAP B 13343/2008	M. D. Viñas Maestre
AP Barcelona, 18ª, 14.06.2011	ROJ: SAP B 9064/2011	M. Noblejas Negrillo
AP Barcelona, 18ª, 25.05.2011	ROJ: SAP B 4713/2011	M. D. Viñas Maestre
AP Zaragoza, 2ª, 14.06.2011	ROJ:SAP Z 1700/2011	J. C. Arque Bescos
AP Barcelona, 12ª, 27.12.2011	ROJ: SAP B 12084/2011	M. Sambola Cabrer
AP Barcelona, 18ª, 09.02.2010	ROJ: SAP B 2944/2010	M. J. Pérez Tormo
AP Barcelona, 18ª, 09.11.2010	ROJ: SAP B 10009/2010	M. D. Viñas Maestre
AP Madrid, 22ª, 01.09.2011	ROJ:SAP M 11436/2011	J. A. Chamorro Valdés
AP Madrid, 22ª, 05.01.2010	ROJ: SAP M 495/2010	J. A. Chamorro Valdés
AP Barcelona, 12ª, 22.04.2010	ROJ: SAP B 3707/2010	J. M. Jiménez de Parga
AP Madrid, 22ª, 30.11.2009	ROJ: SAP M 16689/2009	J. A. Chamorro Valdés
AP Córdoba, 31.10.2007	ROJ: SAP CO 1749/2007	J. A. Caballero Gea

AP Valencia, 10 ^a , 18.06.2007	ROJ: SAP V 1056/2007	J. E. Motta García-España
AP Madrid, 24 ^a , 05.02.2007	ROJ: SAP M 664/2007	Á. Sánchez Franco
AP Barcelona 12 ^a , 24.05.2007	ROJ: SAP B 4332/2007	P. Rico Rajo
AP Barcelona, 18 ^a , 12.12.2011	ROJ: SAP B 12884/2011	A. M ^a García Esquius
AP Barcelona, 12 ^a , 20.12.2011	ROJ: SAP B 11874/2011	M. Sambola Cabrer
AP Barcelona, 12 ^a , 13.12.2011	ROJ: SAP B 11861/2011	J. M. Jiménez de Parga
AP Barcelona, 18 ^a , 29.12.2011	ROJ:SAP B 12909/2011	M. D Viñas Maestre
AP Barcelona, 12 ^a , 21.09.2011	ROJ: SAP B 9978/2011	J. Bayo Delgado
AP Girona, 1 ^a , 10.02.2010	ROJ: SAP GI 223/2010	F. Ferrero Hidalgo
AP Girona, 2 ^a , 12.05.2008	ROJ: SAP GI 924/2008	J. Masfarre Coll
AP Barcelona, 18 ^a , 24.11.2008	ROJ: SAP B 11656/2008	M. D Viñas Maestre
AP Barcelona, 18 ^a , 16.12.2008	ROJ: SAP B 11723/2008	M. J. Pérez Tormo
AP Barcelona, 18 ^a , 19.06.2007	ROJ: SAP B 8554/2007	M. D Viñas Maestre
AP Baleares, 4 ^a , 18.06.2008	ROJ: SAP IB 1005/2008	M. P. Fernández Alonso
AP Barcelona, 18 ^a , 21.12.2001	ROJ: SAP B 12013/2001	A. M ^a García Esquius
AP Granada, 4 ^a , 16.10.2001	ROJ: SAP GR 2073/2001	J. Maldonado Martínez
AP Girona, 2 ^a , 28.02.2001	ROJ: SAP GI 389/2001	J. Isidro Rey Huidobro
AP Girona, 2 ^a , 20.10.2004	ROJ: SAP GI 1419/2004	J. M. Fernández Font
AP Jaén, 1 ^a , 09.05.2005	ROJ: SAP J 262/2005	M. E. Pérez Espino
AP Barcelona, 12 ^a , 09.11.2005	ROJ: SAP B 10135/2005	J. M. Jiménez de Parga
AP Málaga, 6 ^a , 21.03.2007	ROJ: SAP MA 554/2007	M. S. Jurado Rodríguez
AP Barcelona, 18 ^a , 29.12.2009	ROJ: SAP B 14854/2009	A. M ^a García Esquius
AP Asturias, 5 ^a , 17.05.2010	ROJ: SAP O 1157/2010	M. J. Pueyo Mateo
AP Barcelona, 12 ^a , 11.03.2010	ROJ: SAP B 2306/2010	J. M. Jiménez de Parga
AP Barcelona, 18 ^a , 27.09.2011	ROJ SAP B 9524/2011	M. D Viñas Maestre
AP Barcelona, 18 ^a , 12.01.2012	ROJ: SAP B 479/2012	A. M ^a García Esquius
AP Barcelona, 18 ^a , 08.04.2011	ROJ: SAP B 3851/2011	M. D Viñas Maestre
AP Barcelona, 18 ^a , 04.05.2011	ROJ: SAP B 4713/2011	M. D Viñas Maestre
AP A Coruña, 4 ^a , 24.10.2011	ROJ:SAP C 2965/2011	M. Fernández-Montello
AP Madrid, 24 ^a , 10.05.2010	ROJ: SAP M 12996/2010	M. R. Hernández Hernández
AP Madrid, 22 ^a , 30.06.2010	ROJ: SAP M 12018/2010	C. Neira Vázquez
AP Asturias, 1 ^a , 19.05.2010	ROJ: SAP O 1083/2010	A. Azparren Lucas
AP Guadalajara, 1 ^a , 12.05.2010	ROJ: SAP GU 181/2010	I. Serrano Frías
AP Castellón, 2 ^a , 22.03.2010	ROJ: SAP CS 351/2010	H. Badenes Puentes
AP Valencia, 10 ^a , 16.12.2009	ROJ: SAP V 4941/2009	M. P. Manzana Laguarda
AP Granada, 5 ^a , 29.01.2010	ROJ: SAP GR 140/2010	J. Maldonado Martínez
AP Barcelona, 18 ^a , 07.10.2010	ROJ: SAP B 7108/2010	M. D. Viñas Maestre

6. Bibliografía

Mila ARCH MARÍN, Mercedes CASO SEÑAL, Adolfo JARNE ESPARCIA y Asunción MOLINA BARTUMEUS (2011), *Guía práctica de exploración de menores*, Sepin, Las Rozas.

Gregorio DELGADO DEL RIO (2011), *La custodia de los hijos. La guarda compartida: opción preferente*, Civitas, Madrid.

Margarita GARRIGA GORINA (2008), "El criterio de la continuidad frente a la guarda conjunta", *InDret 3/2008*, (www.indret.com), pp. 1-15.

Pilar GONZÁLVIZ VICENTE (2005), "La guarda y custodia compartida tras la Ley 15/2005 de 8 de Julio, que modifica el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil", en Pilar GONZÁLVIZ VICENTE y Pedro GONZÁLVIZ POVEDA (dirs.) *Derecho de familia. Aspectos sustantivos y procesales: adaptado a las leyes 13-2005 y 15-2005*, Sepin, Pozuelo de Alarcón.

Cristina GUILARTE MARTÍN-CALERO (2005), "Comentarios del nuevo artículo 92 del Código Civil", en Vicente GUILARTE GUTIÉRREZ (dir.) *Comentarios a la reforma de la separación y el divorcio. Ley 15/2005 de 8 de julio*, 1ª ed., Lex Nova, Valladolid.

Cristina GUILARTE MARTÍN-CALERO (2010), "Criterios de Atribución de la Custodia Compartida", *InDret 3/2010*, (www.indret.com), pp. 1-21.

Elena LAUROBA (2011), "Ejercicio de la guarda y responsabilidad parental. La propuesta del Código Civil Catalán", *Revista Jurídica de Catalunya*, núm. 2, pp. 313-344.

Margarita PÉREZ SALAZAR RESANO (2009), "El ejercicio conjunto de la patria potestad", *Cuaderno Jurídico, Familia*, núm. 58, mayo-junio, Sepin.

Cristobal PINTO ANDRADE (2009), "La Custodia Compartida", 1ª ed., Bosch, Barcelona.

Teresa SAN SEGUNDO (2010), "Incidencia de la violencia de género en el ámbito de la familia y los menores", *Cuadernos Digitales de Formación, CGPJ*.

Dolors VIÑAS MAESTRE (2008), *Revista Persona y Familia*, núm. 77, mayo, pp. 14-29, Sepin, Madrid.