

**UNIVERSIDAD DE SALAMANCA
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO**



TESIS DOCTORAL

EL INTERÉS DEL MENOR EN LA CUSTODIA COMPARTIDA

AUTOR: JOEL HARRY CLAVIJO SUNTURA

DIRECTORAS: PROF. ESTHER TORRELLES TORREA

PROF. EVA MARÍA MARTÍNEZ GALLEGO

Salamanca, 2008

“EL INTERÉS DEL MENOR EN LA CUSTODIA COMPARTIDA”

ÍNDICE GENERAL

Página

ABREVIATURAS

INTRODUCCIÓN.....	1
--------------------------	----------

CAPÍTULO I.

EL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD EN SITUACIONES DE CRISIS MATRIMONIALES Y LA GUARDA Y CUSTODIA.....	12
1. EL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD EN SITUACIONES DE CRISIS MATRIMONIALES.....	12
2. SISTEMAS DE ATRIBUCIÓN DEL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD EN SITUACIONES DE CRISIS DE LOS PROGENITORES.....	18
2.1. Mantenimiento del sistema de ejercicio conjunto de la patria potestad.....	19
2.2. Atribución total del ejercicio de la patria potestad a uno de los progenitores.....	25
2.3. Atribución parcial del ejercicio de la patria potestad a uno de los progenitores.....	31
2.4. Distribución de las funciones entre ambos progenitores.....	32
2.5. Balance de los sistemas de ejercicio de la patria potestad en situaciones de crisis matrimoniales.....	34
3. LA AUTORIDAD DE LOS PADRES EN LA NORMATIVA BOLIVIANA....	37
3.1. Ejercicio de la autoridad de los padres cuando los progenitores se encuentran en situaciones de crisis.....	42
3.1.1. El ejercicio de la autoridad de los padres en el Código Niño, Niña y Adolescente de 1999 (CNNA).....	45
4. SEMEJANZAS Y DIFERENCIAS CON RELACIÓN AL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD EN LA NORMATIVA ESPAÑOLA Y BOLIVIANA....	47
5. LA GUARDA Y CUSTODIA.....	50
5.1. Definición de la guarda en sentido amplio y en sentido restringido.....	50
5.2. Conflicto terminológico sobre la guarda y custodia.....	52

5.2.1. Discusión semántica con relación al término “custodia compartida”.....	56
5.3. El ejercicio de la patria potestad y la custodia.....	60
6. MODALIDADES DE GUARDA.....	62
6.1. Posición de los progenitores y del menor con respecto a la custodia.....	63
7. LA FIGURA JURIDICA DE LA GUARDA Y CUSTODIA EN LA LEGISLACION BOLIVIANA.....	64
7.1. La guarda en el Código Niño, Niña y Adolescente, de 1999.....	66
8. SEMEJANZAS Y DIFERENCIAS EN LAS LEGISLACIONES DE ESPAÑA Y DE BOLIVIA CON RELACIÓN A LA GUARDA Y CUSTODIA.....	67

CAPÍTULO II.

LA CUSTODIA COMPARTIDA.....	70
1. ANTECEDENTES.....	70
2. DEFINICIÓN DE LA CUSTODIA COMPARTIDA, SU ADMISIÓN Y REGULACIÓN EN LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA.....	73
2.1. La custodia compartida y el derecho de visita.....	80
3. LA CUSTODIA COMPARTIDA EN LA LEY 15/2005.....	85
3.1. Propuesta o convenio regulador, su homologación y Modificación.....	86
3.2. Medidas preventivas para el ejercicio de la custodia compartida.....	94
3.3. Maltrato infantil y violencia doméstica con relación a la custodia compartida.....	97
3.3.1. Maltrato infantil.....	98
3.3.2. Violencia domestica	101
3.3.3. Violencia intrafamiliar y maltrato infantil indirecto con relación a la custodia compartida	102
3.4. Inaplicabilidad de la custodia compartida de oficio.....	104
3.4.1. ¿Pueden los progenitores impedir la determinación judicial de la custodia compartida?.....	109
3.4.2. ¿Tiene derecho a veto el Fiscal?.....	111
3.5. Participación de especialistas.....	112
3.6. Las dos alternativas de custodia.....	115

4. DERECHO COMPARADO	120
4.1. Alemania.....	120
4.2. Francia.....	121
4.3. Italia.....	123
4.4. Suecia.....	124
4.5. Estados Unidos de Norte América.....	125
4.5.1. Estado de California.....	126
4.5.2. Estado de Iowa.....	127
4.5.3. Estado de Missouri.....	127
4.5.4. Estado de Montana.....	128
5. ¿QUÉ LE DEPARA EL FUTURO A LA CUSTODIA COMPARTIDA EN ESPAÑA Y BOLIVIA?.....	128

CAPÍTULO III.

MODALIDADES Y CRITERIOS DE APLICACIÓN DE LA CUSTODIA

COMPARTIDA.....	132
1. MODALIDADES DE CUSTODIA COMPARTIDA.....	132
1.1. Custodia compartida según el lugar donde se ejerza la alternancia.....	132
1.1.1. Guarda y custodia compartida simultánea.....	133
1.1.2. Guarda y custodia compartida a tiempo parcial sin cambio de domicilio para los menores.....	134
1.1.3. Guarda y custodia compartida a tiempo parcial con cambio de residencia para los menores.....	136
1.2. Custodia compartida según se ejerza la patria potestad.....	137
1.2.1. Guarda alternada y ejercicio conjunto de la patria potestad.....	137
1.2.2. Guarda alternada y ejercicio alternado de la patria potestad.....	138
1.2.3. Guarda alternada y ejercicio de la patria potestad parcialmente distribuido entre progenitores.....	138
1.2.4. Guarda alternada y ejercicio exclusivo unilateral.....	138
1.3. Custodia compartida según el reparto de tiempo.....	140
2. CRITERIOS PARA DETERMINAR LA CUSTODIA COMPARTIDA.....	141
2.1. El interés del menor.....	141

2.2. La estabilidad del menor.....	142
2.3. Reparto del tiempo del menor.....	144
2.3.1. Edad del menor.....	144
2.4. Lugar de residencia de los progenitores.....	147
2.4.1. Proximidad de domicilios.....	148
2.5. Ocupación de los progenitores.....	149
2.5.1. El trabajo y la custodia.....	150
2.5.2. Qué parámetros deben primar si ambos progenitores trabajan.....	153
2.5.3. Qué ocurre cuando únicamente uno de los progenitores trabaja.....	155
2.6. Convivencia del progenitor o progenitora con una pareja sentimental.....	157
2.7. Prácticas religiosas de los progenitores.....	161
2.8. Conducta de los progenitores.....	162
2.8.1. La corresponsabilidad en el ejercicio de las relaciones paterno-filiales y en el cuidado de los hijos.....	163
2.9. Enfermedad de uno de los progenitores.....	166
2.9.1. Enfermedad del menor.....	167
2.10. Criterios económicos.....	168
2.10.1. La vivienda.....	170
2.11. Causas de separación y divorcio.....	174
2.11.1. Relación entre progenitores.....	175
2.11.2. La custodia compartida como alternativa a la situación personal de los progenitores.....	177
2.12. ¿Mantener unidos o separar a los hermanos?.....	178
3. LA JURISPRUDENCIA CON RELACIÓN A LA CUSTODIA COMPARTIDA.....	180

CAPÍTULO IV

EL INTERÉS DEL MENOR.....	202
1. DE LA PROTECCIÓN DEL MENOR AL INTERÉS DEL MENOR EN LA LEGISLACIÓN.....	202
1.1. Antecedentes del término “interés del menor”.....	204

1.2. La Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989 (CDN).....	205
1.2.1. Contenido Normativo.....	210
1.2.2. Balance de la implementación de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989.....	215
1.3. La protección del menor y el interés del menor en la legislación de España.....	220
1.3.1. Constitución Española de 1978.....	220
1.3.1.1. El libre desarrollo de la personalidad.....	221
1.3.1.2. La protección integral del menor.....	222
1.3.1.3. La libertad de expresión y sus límites.....	225
1.3.1.4. La educación del menor.....	226
1.3.1.5. La intimidad del menor, la familia y los poderes públicos.....	229
1.3.2. La Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor.....	231
1.4. La protección del menor y el interés del menor en la legislación de Bolivia.....	234
1.4.1. Constitución Política del Estado.....	234
1.4.2. El Código Niño, Niña y Adolescente de 1999.....	237
1.5. Semejanzas y diferencias en las legislaciones de España y de Bolivia, con relación a la protección y el interés del menor.....	239
2. EL CONCEPTO DEL INTERÉS DEL MENOR COMO CRITERIO DE ATRIBUCIÓN DE LA CUSTODIA COMPARTIDA.....	241
2.1. Interés o beneficio del menor en el ámbito jurídico.....	242
2.2. Preeminencia del interés del menor sobre otro tipo de interés..	243
2.3. Interés moral y material.....	250
2.4. Interés del menor. ¿Presente o futuro?.....	252
2.5. Diferentes acepciones del término “interés del menor”	254
2.5.1. Concepto jurídico indeterminado.....	256
2.6. Técnicas de determinación del interés del menor.....	261
2.6.1. Técnica de la cláusula general.....	262
2.6.1.1. Determinación del interés del menor por medio de la casuística.....	264

2.6.2. Técnica legislativa de la concreción del interés del menor según criterios normativos preestablecidos.....	267
2.6.3. Los métodos de John Eekelaar.....	270
2.6.3.1. Método de objetivización	270
2.6.3.2. Método del dynamic self-determinism.....	272
2.6.4. La técnica de la tónica jurídica de Wiehweg.....	273
2.6.5. Nuestra posición.....	275
2.7. Personas que participan en la determinación del interés del menor.....	276
2.7.1. Participación del menor en la determinación de su propio interés.....	276
2.7.1.1. Audiencia o exploración del menor.....	281
a) ¿Cuándo se debe oír al menor?.....	282
b) Forma de celebrar la audiencia.....	284
c) Participación de varias personas en la audiencia de exploración.....	285
d) Forma de constancia de la audiencia.....	286
e) ¿Quién debe determinar la obligatoriedad de la audiencia para aprobar el convenio?.....	286
f) Importancia de la participación directa del menor y el rol de los especialistas.....	287
2.7.2. Determinación del interés del menor por parte de los progenitores.....	293
2.7.3. Determinación judicial sobre el interés del menor.....	296
2.7.3.1. ¿Cómo se debe realizar la determinación judicial?.....	298
2.8. Nuestra posición.....	304
CONCLUSIONES.....	306
BIBLIOGRAFÍA.....	309
Páginas web consultadas.....	326
JURISPRUDENCIA UTILIZADA.....	328

Abreviaturas más utilizadas*

A.C.	Actualidad Civil
AC:	Documento de Jurisprudencia en www.westlaw.es
art.	Artículo
BGB:	Bürgerliches Gesetzbuch
BOE:	Boletín Oficial del Estado
CC:	Código Civil español
CDN:	Convención sobre los Derechos del Niño
CE:	Constitución Española
CF:	Código de Familia boliviano
Cfr.	Confrontar
CNNA:	Código Niño, Niña y Adolescente
CPE:	Constitución Política del Estado de Bolivia
Coord.	Coordinador (a)
Dir.	Director
Edit.	Edición
Eds.	Editores
Ibidem:	En el mismo lugar
JUR:	Documento de Jurisprudencia en www.westlaw.es
LEC:	Ley de Enjuiciamiento Civil
LOPJM:	Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor
núm.	Número
op. cit.:	Obra citada
p.	Página
RTC:	Documento de Jurisprudencia en www.westlaw.es
SAP:	Sentencia de la Audiencia Provincial
STC:	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS:	Sentencia del Tribunal Supremo
ul. loc. cit.	Última locución citada
Vid:	Ver entre otros
VVAA:	Varios Autores

* La segunda columna se refiere al nombre o cita completa de la abreviatura.

INTRODUCCIÓN

I

Cuando nos referimos a las relaciones paterno-filiales dentro de lo que es la estructura familiar, se coincidirá en que los encargados de velar por la funcionalidad de la familia son los progenitores como titulares de la patria potestad, y que ejercen dicha titularidad como función dual en igualdad de condiciones sobre los hijos habidos en el matrimonio o en la relación de pareja.

Pero, ¿Qué ocurre cuando la estructura familiar se vuelve disfuncional, o mejor dicho cuando los progenitores deciden mutua o unilateralmente dejar de convivir bajo el mismo lecho? lo que es cierto y no merece controversia alguna es el tema de la titularidad de la patria potestad, independientemente de la relación que exista entre los cónyuges o en la pareja son progenitores, y como tal no pueden renunciar a esa condición.

El problema se presenta en el momento de dilucidar el ejercicio de la patria potestad. En ese marco, nos encontramos con el siguiente dilema ¿Debe existir una atribución unilateral, o tiene que mantenerse a favor de ambos progenitores? En el caso de optar por la última variante surge otra interrogante ¿Cómo se puede preservar el ejercicio dual, cuando padre y madre ya no viven juntos?

Ésto nos muestra que la patria potestad como función dual en situaciones de crisis matrimonial o de la pareja parece sufrir un resquebrajamiento al atribuir la guarda y custodia de los hijos a uno de los progenitores.

A nuestro parecer, la formación de familias monoparentales en todas las situaciones de crisis familiares, no contribuye al fortalecimiento o mantenimiento de las relaciones paterno-filiales, sino que progresivamente propicia que los vínculos afectivos desaparezcan, factor que muchas veces se encuentra acompañado de una insatisfacción en el

plano material¹.

De manera acertada, Planiol y Ripert² señalan que: “En la ruptura de la familia, la suerte de los hijos es una de las cuestiones más graves que se plantean. Es necesario que sufran lo menos posible por la desaparición de su hogar”.

Las causas que provocan conflictos durante la convivencia de la pareja y que dan lugar a la ruptura del matrimonio, no deben repercutir en los deberes que tienen los progenitores para con sus hijos, puesto que éstos no son parte en términos contractuales de dicha relación³.

Así, el problema que crearon los padres tiene que ser resuelto por ellos, sin inmiscuir de por medio a los hijos, o al menos no utilizarlos como instrumento de defensa o comodín para resolver sus diferencias personales.

Por este motivo, creemos que los progenitores deben ser conscientes de ello y dejar de lado sus intereses que no sólo afectan a la otra parte, sino principalmente a sus descendientes directos que se convierten, en ocasiones, en víctimas de la situación.

El Código Civil español después de la promulgación de la Ley 15/ 2005, de 8 de julio, que modifica el Código Civil en materia de separación y divorcio, prevé la posibilidad expresa de implementar la custodia compartida en situaciones de crisis familiares, figura jurídica que consiste

¹ Sobre la familia monoparental ZACARÉS, A., *La violencia de género explicada a mi hijo*, Edit. Carena, Valencia, 2005, p. 55, define a ésta como: “...una forma familiar en la que el núcleo fundamental lo componen la madre y los hijos, conviviendo todos en el hogar materno. A diferencia del modelo nuclear *biparental* en el que los dos cónyuges, padre y madre, conviven con los dos hijos, en la *monoparentalidad* sólo uno de los progenitores vive con ellos. Como es una realidad social que se ciñe sobre todo a madres divorciadas, separadas y solteras, se ha difundido el término más preciso de *familia monoparental* o *familia monomaterna* o bien el de *monoparentalidad femenina*. Se conocen también como familias postpatriarcales porque el liderazgo familiar lo asume la mujer. Desde una perspectiva de género se destaca siempre ese desequilibrio porque se sabe que el 86,74% de las familias monoparentales son monomaternales (madre con sus hijos) y el resto *monopaternales* (padre con sus hijos)”.

² PLANIOL, M. y RIPERT, J., *Tratado práctico de Derecho Civil Francés, tomo segundo, la familia, matrimonio, divorcio, filiación*, traducción de DÍAZ CRUZ, M., Edit. Juan Buxo, Habana, 1928, pp. 510-511.

³ Criterio compartido por VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C., *Matrimonio y Divorcio*, Edit. Difusa, Madrid, 2005, p. 167.

en asumir por parte de los progenitores desde una perspectiva igualitaria y responsable, los derechos y deberes inherentes al cuidado de los hijos de manera alternada, con la finalidad de atender sus necesidades materiales y espirituales⁴.

Sobre el tema, es necesario puntualizar que hasta la reforma de 2005, el Código sustantivo no excluía la aplicación de la custodia compartida por determinación judicial o por acuerdo de los progenitores, como se aprecia por ejemplo en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias núm. 216 (Sección 7ª), de 2 de abril de 2003⁵.

Hay autores que sostienen que con la aplicación de esta modalidad de custodia se eliminaría el criterio discriminador de catalogar a los progenitores como vencedor y visitador, con referencia a la posición que ocupan en lo que respecta a la custodia de los hijos⁶.

No obstante, se tiene que reconocer la existencia de diferentes supuestos en los que la custodia compartida no es concebible por el perjuicio y dificultades que conlleva su aplicación.

Por su parte, hay quienes opinan que la custodia compartida no satisface el interés del menor si se prescinde de todos los factores que implican su aplicación, llámese predisposición de los progenitores y condiciones materiales entre otros⁷.

⁴ Véase GODOY MORENO, A., "La guarda y custodia compartida. Guarda conjunta y guarda alternativa", en *Diez años de abogados de familia 1993-2002*, Edit. La Ley, Madrid, 2003, p. 326. De igual forma, ORTUÑO MUÑOZ, P., *El nuevo régimen jurídico de la crisis matrimonial*, Edit. Civitas, Navarra, 2006, p. 60. También, AGUILAR CUENCA, J. M., *Con mamá y con papa*, Edit. ALMUZARA, 2006, Segunda edición, p. 17.

⁵ JUR 2003\231488, ponente Ilmo. Sr. D. José Luis Casero Alonso.

⁶ Entre otros, MARTÍNEZ GALLEGO, E. Mª., "La custodia compartida en cuadros de violencia de género", en PÉREZ FERNÁNDEZ, M., TORRES GARCÍA, A. V. y VELASCO RIEGO, L. (Coords.), *Sociedad Violencia y Mujer II, retos para abordar un cambio social*, Edit. Amarú Ediciones, Salamanca, 2006, p. 70; MARTÍNEZ GALLEGO, E. Mª., "Las recientes reformas del Derecho de Familia", en FIGUERUELO BURRIEZA, A. y IBÁÑEZ MARTÍNEZ, Mª. L. (Eds.), *El Reto de la efectiva igualdad de oportunidades*, Edit. Comares, Granada, 2006, p. 263.

⁷ Sobre el tema véase TORRERO MUÑOZ, M., *Las crisis familiares en la jurisprudencia- Criterios para una mediación familiar*, Edit. Práctica de Derecho, S. L., Valencia, 1999, pp. 92-93; MONTERO AROCA, J., *Guarda y custodia de los hijos (La aplicación práctica del artículo 92 del Código Civil)*, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pp. 45-58; ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRRIAGA, L., "Reflexiones en relación con la guarda y

Se puede evidenciar así, que no existe un criterio uniforme sobre la utilidad e implementación de la custodia compartida, en situaciones de crisis matrimoniales o de uniones de hecho.

Esta situación, después de haber sido promulgada la Ley de reforma a la separación y divorcio 15/2005, de 8 de julio, todavía se mantiene, por cuanto, si bien es cierto que se prevé su regulación, únicamente existe uniformidad de criterio sobre su aplicación cuando los progenitores prestan su consentimiento sobre dicha figura jurídica, vía convenio regulador, o durante el transcurso del desarrollo del proceso contencioso, pero ¿Qué ocurre con la determinación judicial, puede el Juez determinar la aplicación de esta figura jurídica?

En los casos de ruptura familiar de la pareja, es de suponer que los progenitores generalmente presentan serias desavenencias en lo que respecta a su relación sentimental, con excepción de las separaciones y divorcios consensuados, situación que repercute en la modalidad de custodia a adoptarse. Si se espera que los cónyuges mantengan una relación cordial lo lógico es que no exista crisis en el hogar, se requiere un alto componente de madurez, cambio de actitud y desprendimiento por parte de ambos progenitores, para que impere al menos la tolerancia entre ellos y razonen no sólo en su interés sino en el de los menores.

Se invocará que existe un porcentaje alto de separaciones y divorcios consensuados, estamos de acuerdo en ello, pero creemos que la efectividad de las normas se pone a prueba en situaciones de conflictividad.

No tenemos el propósito de que se favorezca a uno u otro progenitor con la regulación de la custodia compartida, sino de que se beneficie a ambos y se precautele ante todo el interés del menor en el marco de las relaciones paterno-filiales. Se debe dejar de lado el enfoque

custodia de los hijos menores en las crisis de convivencia de sus padres” en ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRRIAGA, L., y otros, *La conflictividad en los procesos familiares: vías jurídicas para su reducción*, Edit. Dykinson, Madrid, 2004, pp. 102-104; GODOY MORENO, A., “La guarda y custodia compartida. Guarda conjunta y guarda alternativa”, op. cit., pp. 334-335.

de las relaciones entre ascendientes-descendientes como una cultura patriarcal, donde los hijos se quedaban con la madre en la casa y el padre se dedicaba íntegramente al trabajo.

En ese marco, es oportuno preguntarnos si con la regulación expresa de la guarda compartida por parte del legislador, los problemas derivados de la custodia monoparental desaparecerán. A nuestro parecer, los requisitos por no decir trabas jurídicas que plantea el artículo 92 del Código Civil, y que serán analizados durante el desarrollo del presente trabajo, en ocasiones para desconuelo de los interesados harán que su ejecución sea poco menos que imposible.

Nuestra intención no es hacer mella de los criterios contrapuestos a la implementación de la custodia compartida en función al objetivo del presente trabajo. Al contrario, lo que pretendemos es demostrar que dicha figura jurídica en el Derecho sustantivo, no es una norma que se sitúa en contra de la custodia monoparental de los progenitores, o de los menores, sino que es una alternativa tan compatible como la custodia unilateral.

En ese sentido, analizaremos si es viable o inviable la aplicación de la custodia compartida cuando no existe acuerdo entre las partes⁸. No se trata de justificar lo injustificable, sino de hacer posible una figura jurídica que haga efectiva la coparentalidad como instrumento que promueva la concreción del *bonus filii*. A nuestro criterio, los problemas y dificultades que puede generar la aplicación de la custodia compartida, no son muy distintos de aquéllos que surgen al establecerse la custodia monoparental en una situación de separación o divorcio.

Es de lamentar, que muchos actores sociales analicen negativamente la aplicación de la custodia compartida, porque, sencillamente no se colocan en el lugar de las personas que se

⁸ Al respecto, GOLDSTEIN JOSEPH, I., “¿En el interés superior de quién?” en Beloff, M. (Compiladora), *Derecho, Infancia y familia*, Edit. Gedisa, Barcelona, 2000, pp. 116-117, acertadamente sostiene que: “La palabra acuerdo en el contexto del interés superior del niño no significa un acuerdo legalmente impuesto o una muestra de un acuerdo que camufla el poder coercitivo del Estado. Significa real, y probablemente poco frecuente, acuerdo en el que ambos padres comparten el cuidado y la custodia del niño y cooperan con el otro para ayudarlo a satisfacer su rol paterno a pesar de no haber podido encontrar una base satisfactoria para vivir juntos”.

encuentran en situaciones de crisis matrimoniales o de uniones de hecho, se creen inmunes a este fenómeno y realizan una equivocada apreciación de la realidad por lo que se encuentran reticentes a cualquier cambio⁹.

De igual manera, existe una resistencia al régimen de la custodia compartida, puesto que se encauza su aplicación a partir de la conceptualización de la mujer vs. hombre, cuando debe analizarse su implementación a partir de la concepción de la persona como tal, sin condicionamientos apriorísticos, concebida a partir del criterio de igualdad que tiene que existir entre progenitores, independientemente si es padre o madre, únicamente así, se estimará correctamente la utilidad de dicha modalidad de custodia¹⁰.

A nuestro modesto entender, se comete una equivocación al identificar a los hombres con la custodia compartida y a las mujeres con la custodia monoparental. Dicha situación requiere un cambio de mentalidad por parte de todos los actores sociales, llámese progenitores, Jueces, Fiscales profesionales del ramo y la sociedad civil en su conjunto¹¹.

En esa consideración, el principio de igualdad adoptado por la Constitución Española de 1978, debe ser tenido en cuenta en su verdadera dimensión comprendiendo que todos somos iguales y por ende tenemos los mismos derechos, deberes y responsabilidades¹².

⁹ En ese sentido, ROSENDE SUBIABRE, "Autoridad paterna y patria potestad", en Prieto Peralta, A. L. (Coord.), *Curso Internacional de especialización para jueces de menores y de familia*, Edit. Jurídica de Chile, 1983, p. 26, "Si la pareja vive en forma armoniosa –la verdad sea dicha-, los padres no se acuerdan de la ley; la gente se acuerda de la ley cuando vienen las desavenencias y dificultades".

¹⁰ Sobre la igualdad, BERRY BRAZELTON, T. y GREENSPAN STANLEY, I., *Las necesidades básicas de la infancia*, Edit. GRAO de IRIF, S. L., Barcelona, 2005, pp. 22-23. "La solución obvia es que hombres y mujeres compartan ambos aspectos, el afecto y la competitividad, y para esto es preciso que las parejas, mediante una decisión consciente y meditada, reconozcan las necesidades que tienen los niños".

¹¹ Sobre el tema BANDERA, M., *Custodia Compartida*, Edit. Arcoexpress, Barcelona, 2005, pp. 62-63, sostiene que: "..., será necesario que se produzca un cambio definitivo de mentalidad, sobre todo después de que la reforma de la Ley del Divorcio permita a las parejas homosexuales casarse y adoptar hijos. Quienes consideran que las mujeres son más aptas que los hombres para el cuidado de los hijos tendrán un serio problema a la hora de atribuir una custodia exclusiva a una de las madres en una pareja de lesbianas. Y tendrán que recurrir a malabarismos intelectuales para hacerlo en el caso de que la pareja se separe esté constituida por dos varones".

¹² CARRASCO GALÁN, M. J., "La conciliación de la vida laboral y familiar:

Pensamos que, si bien es cierto que la legislación vigente fruto de la reforma por Ley 15/ 2005, de 8 de julio, considera la custodia compartida como una alternativa viable desde el punto de vista jurídico, al encontrarse expresamente normada en el Código Civil español, debemos lamentar tal como se podrá evidenciar durante el desarrollo de la investigación, que el legislador haya sido tímido al momento de realizar las reformas. Creemos que era el momento propicio, para hacer efectiva la pregonada igualdad de derechos entre progenitores, así como la satisfacción del interés del menor¹³, a partir de la cotitularidad de la patria potestad, y el coejercicio de la misma.

Según el ex Ministro de Justicia López Aguilar la reforma está motivada en precautelar el *bonus filii* manteniendo la responsabilidad de ambos progenitores en una situación de crisis familiar, mediante el ejercicio de la custodia compartida¹⁴, -extremo que se demostrara que no se evidencia en la redacción final de la Ley 15/2005, de 8 de julio, lo que denota una falta de sintonía entre la intención del legislador y el contenido

consecuencias psicológicas intrafamiliares”, en ADROHER BIOSCA, S. y NUÑEZ PARTIDO, J. P. (Coords.), *Familia y Trabajo*, Edit. Comillas, Madrid, 2003, p. 38, sostiene que: “Parece pues que existe una relación estrecha entre conflicto e igualdad. Y esto hace claramente perceptible en las relaciones en las que ambos cónyuges mantienen un trabajo remunerado. Aunque es en estas relaciones en las que el varón colabora en mayor medida en las tareas domésticas y en el cuidado de los hijos, siguen siendo las mujeres, mayoritariamente, las responsables del seguimiento de las tareas, de asegurarse que estén hechas, y de su planificación, lo que en ocasiones puede ser una carga añadida que genera estrés y malestar. Hay que señalar además, que la sociedad en sus funcionamientos no suele ayudar mucho a reducir el conflicto y continúa en gran medida actuando como si las familias siguieran reguladas por los patrones tradicionales”.

¹³ En esa consideración, GARCÍA RUBIO, M^a. P. y OTERO CRESPO, M., “Apuntes sobre la referencia expresa al ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos en la Ley 15/2005”, en SÁEZ HIDALGO, I. (Dir.), *Revista Jurídica de Castilla y León*, Edit. Junta de Castilla y León, Valladolid, 2006, p. 104, afirman que: “...el legislador de 2005 debió ser mas valiente y abordar de modo más directo las normas relativas al ejercicio de la patria potestad, a fin de garantizar que, puesto que, como regla general, la relación paritaria y simétrica con ambos padres protege mejor el interés del menor que cualquier tipo de relación privilegiada con uno de ellos, la norma jurídica general fuera la cotitularidad y el coejercicio de todas las funciones tuitivas, tanto si los padres viven juntos, como si están separados. Lejos de tomar esa opción la Ley 15/2005 se ha conformado con mantener como criterio de normalidad el ejercicio unilateral de la potestad de guarda, limitándose a hacer posible la conjunta cuando ambos padres están de acuerdo en esa modalidad, lo que otorga al disconforme un derecho de veto inadmisibles desde la perspectiva del interés del menor”.

¹⁴ Vid. LÓPEZ AGUILAR, J. F., “Los criterios constitucionales y políticos inspiradores de la reforma del Derecho Civil en materia matrimonial”, en *Actualidad Jurídica, Aranzadi*, núm. 655, BIB 2005/156, 3-02-05, p. 5.

de la reforma-

En lo que concierne al interés del menor, su determinación no debe estar condicionada a la predisposición y voluntad de los progenitores, y en otros casos a merced de la actuación del representante del Ministerio Público tal como prevé el artículo 92 del Código Civil, ello motiva a pensar que, el *bonus filii* queda en segundo plano y únicamente el legislador se conforma con hacer mención a dicho principio. A nuestro entender, la satisfacción del beneficio del menor tiene que ser el principal criterio de atribución de la custodia compartida y para ello resulta fundamental conocer, cómo y quienes deben participar en su concreción.

Por otra parte, se debe remarcar el hecho de que durante la discusión (años 2004-2005) sobre la aprobación tanto del Anteproyecto como del Proyecto de Ley respectivamente, en los que se contemplaba la custodia compartida como una posibilidad en lo que respecta la custodia de los hijos, han existido posturas encontradas, quizás, debido a ello, la Ley 15/2005, de 8 de julio, prevé una regulación expresa en el Derecho sustantivo insuficiente, aspecto que incide en la percepción de los progenitores, Jueces y Fiscales¹⁵.

Frente a este panorama, el legislador antes de la instauración de la figura jurídica de la custodia compartida debió haber concertado criterios uniformes con diversas instituciones de la sociedad civil. De esta forma, en la actualidad se tendría una regulación con un alto grado de aceptación por parte de todos los actores sociales¹⁶.

Al respecto, se debe considerar que la regulación de figuras

¹⁵ ROSENDE SUBIABRE, "Autoridad paterna y patria potestad", op. cit., p. 23. afirma que: "El cuidado del menor va a provocar en mayor medida su protección en los términos en que podamos también transformar el alma de aquellos que lo cuidan, y la formación y la conducción del alma de los hombres, en una medida importante, corresponde al derecho".

¹⁶ GUILARTE MARTIN-CALERO, C, "Comentarios del nuevo artículo 92 del Código Civil", en GUILARTE GUTIÉRREZ, V. (Dir.), *Comentarios a la reforma de la separación y el divorcio (Ley 15/2005, de 8 de julio)*, Edit. Lex Nova, Valladolid, 2005, p. 148, sostiene que: "Se trataba... de una decisión de política jurídica arriesgada para la que, acaso, no se halla del todo preparada la sociedad española y, desde luego y como se verá, no todas las familias, en el momento de la ruptura, presentan las condiciones materiales y psico-afectivas que aconsejan la adopción de este modelo de custodia".

jurídicas que se introducen de forma expresa en los sistemas jurídicos, en ocasiones son resistidas por la falta de una correcta valoración de las ventajas que implica una nueva regulación, que es lo que a nuestro juicio está ocurriendo con la custodia compartida.

Desde luego, somos conscientes en que será imposible lograr un criterio unánime a favor de la custodia compartida, siempre existirán posturas en contra de su aplicación, amparados en diferentes argumentos y enfoques relacionados con diferentes campos de estudio como por ejemplo la psicología¹⁷. Pero en el plano netamente jurídico, debemos analizar, si es conveniente que la normativa regule un régimen dual de modalidades de custodia, con preponderancia en la custodia monoparental, o si es preferible que exista una regulación uniforme de ambos sistemas de custodia, o por último, si es aconsejable que el Código sustantivo contemple únicamente la custodia compartida como régimen obligatorio.

II

La estructura de la presente investigación se encuentra orientada a realizar un análisis del interés del menor en la custodia compartida, a partir de la interpretación que nos brinda el artículo 92 del Código Civil,

¹⁷ No obstante, existen estudios relacionados al campo de la psicología que reconocen la influencia positiva de la custodia compartida en el desarrollo del menor PÉREZ SALAZAR-RESANO, M., "Patria Potestad", en GONZÁLEZ POVEDA, P. y GONZÁLVEZ VICENTE, P. (Coords), *Tratado Derecho de Familia, Aspectos sustantivos y procesales*, Edit. Sepín, Madrid, 2005, p. 195. De igual manera, en Madrid, el 17 de septiembre de 2004, CHACÓN F., decano del Colegio de Psicólogos de Madrid, afirmó que la custodia compartida es una medida positiva y que debe aplicarse en la medida en que sea posible. Vid. "Plataforma de la custodia compartida", en www.custodiacompartida.org/content/view/24/, fecha de consulta, 2 de febrero de 2006. Por otra parte, hay autores que se manifiestan en contra de la participación de especialistas ligados al campo de la psicología como por ejemplo VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C., *Matrimonio y Divorcio*, p. 170, señala que: "Es regla impuesta por la ley hacer intervenir a los especialistas en ciencias sociales y psíquicas, quienes con sus opiniones alteran el curso de la más estricta administración de justicia ya que los Jueces tienen el prurito de no contradecir esos informes pretendidamente científicos y que nadie se atreve a aseverar que ostentan un escaso margen de credibilidad porque ninguna de sus aseveraciones pueden ser comprobadas en el campo de la estricta investigación científica, ya que no pasan de ser disciplinas regidas por la fuerza de las estadísticas. La psicología y la psiquiatría no son ciencias en sentido estricto sino disciplinas regidas por el valor relativo de las estadísticas en el campo de las humanidades, y bueno sería que no se insistiera en lo contrario dando categoría de científicos a quienes están muy lejos de serlo".

modificado Ley 15/ 2005, de 8 de julio.

Con referencia a la metodología utilizada, prepondera la interpretación y análisis jurídico, en razón de que el interés del menor y la custodia compartida son dos figuras jurídicas relativamente nuevas.

Es así que para su estudio creemos necesario comenzar con la exploración del contenido del ejercicio de la patria potestad en situaciones de crisis familiares y las alternativas que brinda su ejercicio, toda vez que en una situación de crisis familiar es imprescindible determinar quien o quienes ejercen la responsabilidad parental para otorgar la custodia, asimismo, realizaremos una valoración de la autoridad parental en la legislación boliviana, y sus semejanzas y diferencias con relación al ejercicio de la patria potestad en la normativa española, luego, nos adentraremos en la figura jurídica de la guarda y custodia, analizaremos el conflicto terminológico que suscitan estos vocablos, y su relación con el ejercicio de la patria potestad, posteriormente, haremos referencia a las modalidades de guarda, para concluir con un breve estudio de la figura jurídica de la guarda y custodia en la legislación boliviana, y sus semejanzas y diferencias con la legislación española.

Dedicamos el segundo Capítulo al análisis de la custodia compartida, sus antecedentes y relación con otras figuras jurídicas como el derecho de visita, su admisión en la legislación española, su regulación en la Ley 15/ 2005, de 8 de julio, y sus contradicciones, también, trataremos la equiparación de las dos modalidades de custodia, a continuación, haremos una referencia a la figura jurídica de la custodia compartida en el Derecho comparado, y finalizaremos esta parte con un breve estudio sobre el futuro de la custodia compartida.

En el tercer Capítulo, analizaremos las modalidades de la custodia compartida según el lugar donde se ejerza la alternancia, según se ejerza la patria potestad y según el reparto de tiempo, además estudiaremos los diferentes criterios que deben ser atendidos para su implementación, y concluiremos realizando un análisis de la custodia compartida en la

Jurisprudencia.

El cuarto Capítulo aborda el interés del menor, en la primera parte, se trata su contenido en la legislación a partir de la protección del menor, en la Convención de los Derechos del Niño de 1989, así como su regulación en las legislaciones española y boliviana, por cuanto, se constituyen en los instrumentos de referencia que permiten apreciar la importancia que tiene el tema en cuestión. Por último, en la segunda parte de este Capítulo, se abordará el interés del menor como principal criterio de atribución de la custodia compartida en una situación de crisis matrimonial o de unión de hecho, para ello analizaremos su contenido y significado, además de los diferentes métodos y técnicas de su determinación y las personas que participan en su concreción.

Para terminar, quiero expresar mi profundo agradecimiento a las profesoras Esther Torrelles Torrea, y Eva María Martínez Gallego por la dirección, paciencia, e incansable colaboración para la elaboración de este trabajo.

CAPÍTULO I. EL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD EN SITUACIONES DE CRISIS MATRIMONIALES Y LA GUARDA Y CUSTODIA

1. EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD EN SITUACIONES DE CRISIS MATRIMONIALES

En primer lugar debemos definir en que consiste la patria potestad, como principal punto de referencia antes de analizar su ejercicio y la guarda y custodia de los hijos. Así pues, se debe considerar a la patria potestad: como un Derecho subjetivo, constituida por una sucesión de derechos-deberes, que tiene por finalidad la protección del menor en el ámbito personal y patrimonial mediante el ejercicio de la patria potestad como función¹⁸.

Debe comprenderse el Derecho subjetivo de la patria potestad

¹⁸ Sobre el tema, el profesor CASTÁN VÁZQUEZ, J. M^a., *La patria potestad*, Edit. Revista Derecho Privado, Madrid, 1960, pp. 8 y 9, sostiene que la patria potestad es: "el conjunto de derechos y deberes que corresponde a los padres sobre la persona y el patrimonio de cada uno de sus hijos no emancipados, como medio de realizar la función natural que les incumbe de proteger y educar a la prole". De igual forma, según ALBALADEJO, M., *Curso de Derecho Civil IV Derecho de Familia*, Edit. Librería Bosch, Barcelona, 2002, p. 267, la patria potestad se encuentra configurada como derecho-deber. Por su parte, MESSINEO, F., *Manual de Derecho Civil y Comercial*, tomo III, Edit. Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1979, traducido por MELENDO SANTIS, S., p. 136. afirma que la patria potestad se encuentra configurada como un conjunto de poderes con sus correspondientes deberes, donde los padres cumplen la función de proteger formar y supervisar el patrimonio de los hijos menores de edad. Al respecto, DIEZ PICAZO, L., y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil, Volumen IV, Derecho de Familia, Derecho de sucesiones*, Edit. Tecnos, Madrid, 2006, p. 256, hacen mención a un conjunto de poderes que tienen como finalidad el cumplimiento de deberes y obligaciones que tienen los padres por imperio de la Ley. Asimismo, MAZEAUD, H. L. y MAZEAUD, J., *Lecciones de Derecho Civil, volumen IV*, Edit. Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1976, traducido por ALCALÁ-ZAMORA y CASTILLO, L., p. 83, señala que el contenido de los derechos que comprende la patria potestad incluyen el ámbito personal y patrimonial de sus hijos. Por otra parte, LACRUZ BERDEJO, J. L., y otros, *Elementos de Derecho Civil IV Familia*, Edit. Dykinson, Madrid, 2002, p. 409, configuran la patria potestad como un *officium* y no como un derecho subjetivo. En lo que concierne a la Jurisprudencia entre otras resoluciones, la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de abril de 1991, considera a la patria potestad como un conjunto de derechos que la Ley confiere a los padres sobre las personas y los bienes de sus hijos. Actualidad Civil núm. 41, 4-10 de noviembre de 1991, Tomo 3, p. 2154; en el mismo sentido, se pronuncian las SSAP de Murcia de 24 de enero de 1990, de 2 de junio de 1992, de 25 de enero de 1995, y de 27 de febrero de 1996. Asimismo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de octubre de 1991 sostiene que la patria potestad es un conjunto de derechos-función. Actualidad Civil núm. 7, 17-23 de febrero de 1992, Tomo 1, p. 488.

tanto desde la posición de los progenitores que debe ser ejercida en igualdad de condiciones, como desde el ámbito de los hijos, por cuanto, son quienes posibilitan se haga efectiva dicha figura jurídica.

De igual manera, debemos diferenciar la titularidad del ejercicio de la patria potestad.

Al respecto, existe una concepción doctrinal que sostiene que la titularidad es el conjunto de derechos y deberes que tienen ambos progenitores, en cambio, el ejercicio comprende la facultad de actuación que asume uno de los padres o los dos respectivamente¹⁹.

Consiguientemente, la titularidad de la patria potestad es un título que se concede a los progenitores por el hecho de formar una familia y tener hijos, en cambio, el ejercicio se encuentra ligado al desempeño de las funciones inherentes a los padres.

En ese sentido, hay quien afirma que la atribución de la titularidad compartida conlleva similar ejercicio con participación igualitaria en lo que concierne a las facultades, deberes y responsabilidades de dicha función²⁰.

Es decir, la titularidad y el ejercicio de la patria potestad establecen entre los progenitores una relación de igualdad en cuanto a derechos y deberes inherentes a los padres y destinados a la protección del menor²¹.

Asimismo, en virtud a este sistema compartido implícitamente nos estamos refiriendo a una corresponsabilidad -entre ambos progenitores- de las tareas que conciernen al ejercicio de la patria potestad, y para cumplir de forma adecuada las funciones de la autoridad parental, es conveniente que en la estructura familiar los padres compartan un mismo

¹⁹ Siguiendo a BOSSERT, G. A. Y ZANNONI, E. A., *Manual de Derecho de Familia*, Edit. Astrea, Buenos Aires, 1990, Segunda edición. p. 420; PÉREZ SALAZAR-RESANO, M., "Patria Potestad", op. cit., p. 164.

²⁰ Por ejemplo, FUENTE NORIEGA, M., *La patria potestad compartida en el código civil español*, Edit. Montecorvo, Madrid, 1986, p. 204.

²¹ Sobre el tema véase MARTÍNEZ GALLEGO, E. M^a., *La rendición de cuentas en el código civil, con especial examen en la tutela*, Edit. Dykinson, Madrid, 2003, p. 44.

objetivo de vida²².

En ese marco, se sostiene que el ejercicio de la patria potestad, se encuentra constituido por las competencias y responsabilidades que integran el contenido de la patria potestad, en cambio, la titularidad constituye un estado latente, donde el progenitor tiene fundamentalmente cargas con facultades mínimas como puede ser el control de su ejercicio²³. Ésto significa que el ejercicio de la patria potestad se constituye en el instrumento que da utilidad a la figura jurídica de la titularidad de la patria potestad, por consiguiente, sin ejercicio la titularidad se encuentra vacía de contenido, ese estado latente de la titularidad al que se hace mención no es más que una concepción inerte de los derechos que comprende la patria potestad.

En cuanto al ejercicio de la patria potestad, según una parte de la doctrina es la realización material de las funciones que comprende ésta institución, en ese sentido, ejerce la autoridad parental el progenitor que protege a sus hijos en el ámbito personal y patrimonial²⁴.

Esta postura doctrinal se encuentra íntimamente ligada al contenido de los artículos 154 y 156 del CC²⁵, así pues, la función de la patria

²² Con relación a ello CARRASCO GALÁN, M. J., "La conciliación de la vida laboral y familiar...", op. cit., p. 36, advierte que: "Cuando las cuestiones de relación se convierten en una responsabilidad y carga no compartida, la vivencia de insatisfacción se intensifica y la relación sufre. Ambos miembros volcados en sus responsabilidades y carreras profesionales, que les pueden proporcionar además aspectos gratificantes y satisfactorios, van a dejar muy poco espacio y dedicar poca energía a la consolidación de una relación marital que les depara disgustos e insatisfacciones".

²³ Vid. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., "De las relaciones paterno-filiales", en VVAA. *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia Volumen II*, Edit. Tecnos, Madrid, 1984, pp. 1044-1045.

²⁴ Siguiendo a ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L., "Reflexiones en relación con la...", op. cit., p. 41. En el mismo sentido, MAGAZ SANGRO, C., "La patria potestad en los pleitos matrimoniales", en RODRÍGUEZ TORRENTE, J., *El menor y la familia: conflictos e implicaciones*, Edit. UPCO, Madrid, 1998, p. 103.

²⁵ El artículo 154 del Código Civil textualmente señala que: Los hijos no emancipados están bajo la potestad de sus progenitores.

La patria potestad se ejercerá siempre en beneficio de los hijos, de acuerdo con su personalidad, y comprende los siguientes deberes y facultades:

1. Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral.

2. Representarlos y administrar sus bienes.

Si los hijos tuvieren suficiente juicio deberán ser oídos siempre antes de adoptar

potestad se concreta en el ejercicio de la misma, sin ésta la titularidad se encuentra limitada a una descripción teórica.

En ese sentido, la palabra función implica una serie de tareas que cumplir en el ejercicio de la patria potestad, de lo que se desprende que, sin tareas no hay función. De esta manera, consideramos acertada la posición doctrinal que considera el ejercicio de la patria potestad como la realización material de las tareas específicas que comprende la autoridad parental.

Por todo ello, debemos afirmar que cuando los cónyuges no se encuentran inmersos en una situación de crisis familiar tanto la titularidad como el ejercicio de la patria potestad corresponde a ambos progenitores en virtud de los artículos 154 y 156 del CC²⁶. Por lo tanto, el ejercicio de la

decisiones que les afecten.

Los padres podrán en el ejercicio de su potestad recabar el auxilio de la autoridad. Podrán también corregir razonable y moderadamente a los hijos.

Por su parte, el artículo 156 del Código Civil señala textualmente que: La patria potestad se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores o por uno solo con el consentimiento expreso o tácito del otro. Serán válidos los actos que realice uno de ellos conforme al uso social y a las circunstancias o en situaciones de urgente necesidad.

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

En los supuestos de los párrafos anteriores, respecto de terceros de buena fe, se presumirá que cada uno de los progenitores actúa en el ejercicio ordinario de la patria potestad con el consentimiento del otro.

En defecto o por ausencia, incapacidad o imposibilidad de uno de los padres, la patria potestad será ejercida exclusivamente por el otro.

Si los padres viven separados, la patria potestad se ejercerá por aquel con quien el hijo conviva. Sin embargo, el Juez, a solicitud fundada del otro progenitor, podrá, en interés del hijo, atribuir al solicitante la patria potestad para que la ejerza conjuntamente con el otro progenitor o distribuir entre el padre y la madre las funciones inherentes a su ejercicio.

²⁶ El sistema español vigente supone **generalmente** el ejercicio mancomunado, con idéntica participación, y **excepcionalmente** el ejercicio solidario. MAGAZ SANGRO, C., ul. loc. cit. En ese marco, SEISDEDOS MUÑO, A., *La Patria Potestad Dual*, Edit. Servicio Editorial del País Vasco, Bilbao, 1988, p. 23, hace mención a los *supuestos de actuación individual dentro de la regla general de cotitularidad y ejercicio conjunto*: aquí se alude a la conclusión de un acto jurídico por uno solo de los cotitulares y coejercientes de la patria potestad.

Estos supuestos son los siguientes:

- consentimiento expreso o tácito del otro progenitor (art. 156, 1, primer inciso);
- conformidad con el uso social y las circunstancias (art. 156, 1, segundo inciso);

autoridad parental es objeto de una doble regulación; por una parte, en situaciones de convivencia normal y, por otra, en situaciones de separación y divorcio²⁷.

En esa consideración, es oportuno señalar que se entiende por crisis matrimonial, así se dirá que la misma está comprendida por una relación periódica o discontinua de hechos o acontecimientos que constituyen un obstáculo para que la familia conviva en armonía y proporcione los cuidados requeridos por sus descendientes de forma conjunta ocasionando que la estructura familiar funcional en un principio, se desorganice pasando a considerarse como una familia disfuncional²⁸.

Esto ocasiona que la figura jurídica de la patria potestad cuando los padres se encuentran en situación de crisis familiar, es decir, en proceso de separación o de divorcio judicial, conlleve una serie de dificultades con relación a su ejercicio.

Por ello, cabe preguntarse ¿Puede mantener el progenitor que no convive con los hijos menores el ejercicio de la patria potestad?

De conformidad al artículo 90 del Código Civil, comprendido en la reforma de Ley 15/2005, de 8 de julio, se establece que en primer lugar, son los padres mediante el convenio regulador quienes pueden acordar la modalidad de ejercicio de patria potestad a regir en una situación de separación o de divorcio. Hay que destacar, que la nueva redacción de dicho artículo en el inciso primero señala que el acuerdo deberá contener:

“El cuidado de los hijos sujetos a la patria

-situaciones de urgente necesidad (art. 156 1, segundo inciso);

-atribución judicial de la facultad de decidir en los casos de desacuerdo accidental (art. 156, 2, primer inciso), y

-concurriencia en un solo progenitor de un interés opuesto a los del hijo (art. 163, 2).

²⁷ Vid. GUILARTE MARTIN-CALERO, C., “Comentarios del nuevo artículo 92 del Código Civil”, op. cit., p. 133.

²⁸ Vid. PACHECO DE KOLLE, S., *Derechos de la Niñez y Adolescencia, teoría y práctica*, Edit. Alexander, Cochabamba- Bolivia, 2004, p. 66; Sobre el tema SIERRA GIL DE LA CUESTA, I., “Matrimonio y crisis: Separación, Divorcio y Nulidad”, en GONZÁLEZ POVEDA, P. y GONZÁLEZ VICENTE, P. (Coordinadores), *Tratado de Derecho de Familia, Aspectos sustantivos y procesales*, Edit. Sepín, Madrid, 2005, p. 67, sostiene que la crisis matrimonial esta comprendida por eventos formales y personales que determinan su fracaso.

potestad de ambos, el ejercicio de ésta y, en su caso el régimen de comunicación y estancia de los hijos con el progenitor que no viva habitualmente con ellos”.

Texto que ha variado sustancialmente de la antigua regulación, puesto que en su anterior redacción se preveía el establecimiento de la determinación de la persona a cuyo cuidado tenían que quedar los hijos sujetos a la patria potestad de ambos y su correspondiente ejercicio.

Igualmente, se prevé de conformidad al antepenúltimo párrafo del artículo 90 del CC, que el convenio regulador tiene que ser aprobado por el Juez, salvo si es perjudicial para el menor²⁹, esta medida es la más adecuada en función a precautelar la protección del menor, teniendo en cuenta que la Autoridad Judicial actúa como representante del Estado. Por lo que, resulta inadmisibles que se homologue un acuerdo que contenga intereses lesivos contra los hijos, aunque, debemos ser conscientes de que estos documentos son realizados por abogados como representantes de las partes, quienes como profesionales de Derecho, difícilmente incurrirán en la redacción de cláusulas comprometedoras, aspecto que en la práctica obstaculiza y dificulta la labor del Juez, en encontrar la verdadera intención de las cláusulas comprendidas en el convenio regulador.

En ese marco, se debe poner de relieve que es complejo focalizar la voluntad interna de los progenitores, debiendo apreciarse únicamente la manifestación externa de dicha voluntad.

Pese a ello, considerando que los progenitores conocen mejor que nadie a sus hijos, dejando de lado intereses personales, el convenio regulador viene a ser la mejor opción que contempla el CC español, para que los padres de mutuo acuerdo puedan determinar el ejercicio de la patria potestad.

²⁹ El antepenúltimo párrafo del artículo 90 del Código Civil señala que “Los acuerdos de los cónyuges, adoptados para regular las consecuencias de la nulidad, separación o divorcio serán aprobados por el Juez, salvo si son dañosos para los hijos o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges...”.

De ello se deduce, que en una situación de crisis familiar si existe consenso entre ambos progenitores el ejercicio de ésta no suscitará mayores inconvenientes. Pero en el supuesto de que no exista consenso con relación al ejercicio de la patria potestad, es el Juez quien en mérito a sus atribuciones dirime la controversia, delegando el cumplimiento de las funciones de la patria potestad a uno o ambos progenitores³⁰. En este caso quién debe soportar las consecuencias directas de la falta de entendimiento de los padres son los hijos, quienes pueden ver limitado y cercenado el proceso de su formación y desarrollo integral.

2. SISTEMAS DE ATRIBUCIÓN DEL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD EN SITUACIONES DE CRISIS DE LOS PROGENITORES

Los diversos sistemas que se pueden adoptar con relación al ejercicio de la patria potestad en situaciones de crisis matrimoniales o de uniones de hecho son los siguientes:

- Mantenimiento del sistema de ejercicio conjunto.
- Atribución del total ejercicio de la potestad a uno solo de los progenitores.
- Distribución parcial del ejercicio de la potestad a uno de los progenitores.
- Distribución total de funciones entre ambos padres.

³⁰ Al respecto, BOSSERT, G. A. y ZANNONI, E. A., *Manual de Derecho de Familia*, op. cit., p. 425, sostiene que: "En caso de que reiteradamente existan desacuerdos entre los padres, el juez puede, o bien concentrar en uno de ellos el ejercicio de la patria potestad, si advierte que es el otro quien constantemente causa los desacuerdos, o distribuir las facultades entre ambos progenitores, teniendo en cuenta las características y mayores aptitudes de cada uno". Sobre el tema PUIG BRUTAU, J., *Compendio de Derecho Civil*, Edit. Bosch, Barcelona, 1991, p. 173, manifiesta que en la actuación conjunta por parte de los progenitores sobre un mismo derecho únicamente puede existir unanimidad o empate, por lo que, para dilucidar las opiniones encontradas existen dos soluciones: primero; que la Ley determine cual de los padres tendrá poder de decisión, y segundo; que dicha potestad sea atribuida a un tercero en este caso el Juez.

2.1. Mantenimiento del sistema de ejercicio conjunto de la patria potestad

En primer lugar debemos analizar el artículo 156 del CC, así una parte del último párrafo nos otorga la alternativa de mantener el ejercicio de la patria potestad en favor de ambos progenitores, cuando prevé que el Juez a petición del otro progenitor, puede establecer el ejercicio de la patria potestad compartida.

A nuestro juicio, es aconsejable que se mantenga el ejercicio compartido de la patria potestad, pero sin supeditar su aplicación a la voluntad o deseo exclusivo de uno de los progenitores.

De igual manera, hay quien sostiene que de conformidad al contenido del último párrafo del artículo 156 del CC se puede establecer el ejercicio conjunto global del ejercicio de la patria potestad³¹. Esta posibilidad sería la más conveniente a nuestro juicio, si tenemos en cuenta que se debe precautelar ante todo el beneficio del menor³².

Consecuentemente, los padres pueden mantener la cotitularidad y el coejercicio de la patria potestad de forma conjunta pese a estar separados o divorciados³³.

³¹ Siguiendo a LACRUZ BERDEJO, J. L. (Coord.), *Matrimonio y Divorcio, Comentarios al título IV del libro primero del Código Civil*, Edit. Civitas, Madrid, 1994, Segunda edición, p. 978. Para su mejor comprensión creemos oportuno recordar el contenido del último párrafo del artículo 156 del Código Civil: "Si los padres viven separados, la patria potestad se ejercerá por aquel con quien el hijo conviva. Sin embargo, el Juez, a solicitud fundada del otro progenitor, podrá, en interés del hijo, atribuir al solicitante la patria potestad para que la ejerza conjuntamente con el otro progenitor o distribuir entre el padre y la madre las funciones inherentes a su ejercicio".

³² Criterio compartido por FOSAR BENLLOCH, E., *Estudios de Derecho de Familia*, Tomo II, Edit. Bosch, Barcelona, 1982, p. 318. En el mismo sentido, STILERMAN, M. N., *Menores, tenencia, régimen de visitas*, Edit. Universidad Buenos Aires-Argentina, 1991, p. 90, sostiene que "La decisión... de mantener el ejercicio compartido de la patria potestad, si bien es de más difícil aplicación práctica, es indudablemente más eficaz para preservar el interés de los menores...". Del mismo modo, se pronuncia BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Comentarios al Código Civil*, Edit. Aranzadi, Navarra, 2006, Segunda edición, p. 216. Como también Pérez Salazar-Resano, M., "Patria potestad, op. cit., p. 166.

³³ Así, se manifiesta GUILARTE MARTIN-CALERO, C., "Comentarios del nuevo artículo 92 del Código Civil", op. cit., p. 135. De la misma forma, GONZÁLEZ VICENTE, P., "Procedimiento consensuado", en GONZÁLEZ POVEDA, P. y GONZÁLEZ VICENTE, P. (Coordinadores), *Tratado de Derecho de Familia, Aspectos sustantivos y procesales*,

Así lo entiende la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de junio de 1995³⁴, cuando resuelve el ejercicio conjunto por ambos progenitores, puesto que la atribución de la misma viene hecha *ope legis*, por lo que no requiere pedido de parte, ni tampoco declaración judicial. De igual modo, se pronuncia la Audiencia Provincial de Barcelona (sección 18ª), en la Sentencia núm. 255, de 6 de mayo de 2005³⁵, al decidir la procedencia del ejercicio de la patria potestad compartida al no existir dato alguno que impida al apelante cumplir con los deberes que ello supone.

Asimismo, el cuarto párrafo del artículo 92 del CC, modificado por Ley 15/2005, de 8 de julio, con relación a la separación, nulidad o divorcio señala que:

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

Esta redacción nos brinda dos alternativas para mantener el ejercicio compartido de la patria potestad en situaciones de crisis matrimoniales, por una parte, se faculta a los padres optar por este régimen, o en su defecto será la Autoridad Judicial en caso de desacuerdo quien facultativamente *“podrá”* decidir en sentencia el establecimiento de esta modalidad de ejercicio

Ésto significa que de acuerdo con los artículos 92 y 156 del CC, ya sea en el convenio regulador, a petición de unos de los progenitores, o por intermedio del Juez se puede establecer la titularidad y el ejercicio compartido de la patria potestad en situaciones de crisis familiares.

En esa línea se pronuncia la Sentencia de Audiencia Provincial de

Edit. Sepín, Madrid, 2005, p. 697, sostiene que es habitual que los progenitores pacten el ejercicio conjunto de la patria potestad al considerar lo más beneficioso para los menores.

³⁴ *Revista Jurídica española La Ley*, Tomo 3, 1995, pp. 88 a 90.

³⁵ JUR 2005/183224, ponente: Margarita Blasa Noblejas Negrillo. En igual sentido, se pronuncia la SAP de Madrid nº 491 (Sección 22ª), de 24 de junio de 2005, (JUR 2005/221344, ponente: Eladio Galán Cáceres).

Madrid nº 491 (Sección 22ª), de 24 de junio de 2005³⁶, al confirmar el dictamen del Juez *a quo* que atribuye la custodia de los dos menores a favor de la madre con el ejercicio conjunto de la patria potestad.

A nuestro modo de ver, la viabilidad de ese sistema está supeditado a la intención y predisposición que tengan los progenitores en conservar la titularidad y ejercicio de forma compartida³⁷.

Sin embargo, en el supuesto de que ambos progenitores soliciten para sí el ejercicio de la patria potestad, el Juez puede disponer el ejercicio compartido de la misma, si se considera viable en beneficio del menor³⁸.

Sobre el tema, si cada progenitor a su turno solicita el ejercicio de la patria potestad unilateralmente de conformidad a los artículos 92 y 156 del CC, presuponen que con la resolución del Juez se beneficiará a un progenitor y perjudicará al otro, no obstante, la Autoridad Judicial tiene la oportunidad de optar por una solución salomónica que favorezca a ambas partes, manteniendo el sistema de ejercicio conjunto, y que mejor para los padres que si bien no ha sido satisfecha su demanda sobre la modalidad de ejercicio a aplicarse, se les concede la oportunidad de participar en la formación del menor, a través del ejercicio compartido de la patria potestad. Aunque lo más lógico sería que exista voluntad de las partes y que ésta se concrete en un convenio regulador.

En esa consideración, la disyuntiva se presenta entre obligar a los progenitores a mantener el ejercicio compartido de la patria potestad o respetar su voluntad cuando no existe predisposición para ello, pero nos

³⁶ JUR 2005/221344, ponente: Eladio Galán Cáceres. En cambio, la STS (Sala de lo Civil), de 20 de enero de 1993, resuelve que el ejercicio conjunto de la patria potestad es imposible (RJ 1993, 478, ponente: Excmo. Sr. D. Matías Malpica González-Elípe). Del mismo modo, la SAP Cantabria núm. 413 (Sección 3ª), de 20 octubre de 2004, deniega el ejercicio de la patria potestad compartida (JUR 2004\291816, ponente: Ilmo. Sr. D. Bruno Arias Berrioategortua).

³⁷ Sobre el tema, FOSAR BENLLOCH, E., *Estudios de Derecho de Familia*, op. cit., p. 318, manifiesta que: "...dado el estado actual de las relaciones entre los cónyuges de matrimonios fracasados no será fácil".

³⁸ Si ambos progenitores se encuentran en igualdad de condiciones y aptos para ejercer la patria potestad, es prudente que el Juez mantenga la titularidad y el ejercicio de la misma de forma compartida, en función al respeto del principio de igualdad que debe regir entre los progenitores.

preguntamos, ¿En caso de que no exista interés por parte de los progenitores en mantener dicho sistema, qué ocurre con el beneficio del menor?

Nosotros creemos, que la Autoridad Judicial al momento de decidirse la aplicación del ejercicio compartido de la patria potestad, debe priorizar la satisfacción del interés del menor, por encima de toda consideración que pueda afectar a su desarrollo personal.

En cuanto a las funciones del ejercicio de la patria potestad en este sistema, los actos usuales, es decir, las decisiones cotidianas tienen que ser realizadas por el progenitor que convive con el menor. En cambio, los actos de mayor trascendencia como puede ser la elección de colegio, orientación profesional, religiosa, salud o administración de bienes, requerirán siempre decisiones conjuntas o consentidas³⁹. En este sentido, se debe tener en cuenta el apartado primero del artículo 156 del Código Civil, *“Serán validos los actos que realice uno de ellos conforme al uso social y a las circunstancias o en situaciones de urgente necesidad”*.

Así, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid nº 530 (Sección 22ª), de 8 de julio de 2005⁴⁰, determina la atribución de la custodia del hijo menor a favor del padre con un régimen de comunicaciones amplio a favor de la madre y manteniendo el resto de las funciones de la patria potestad de forma compartida, por consiguiente tendrán que actuar conjuntamente en lo que atañe a las cuestiones relevantes para la formación, desarrollo integral y prevención de la salud de los hijos.

Al respecto, en Cataluña el Anteproyecto que modifica el Código de Familia estipula la obligación de adjuntar un plan de parentalidad que deben presentar los cónyuges de forma conjunta o separada en todas las situaciones de ruptura, donde tienen que detallarse la forma de

³⁹ Con referencia a este tema SEISDEDOS MUIÑO, A., *La patria potestad dual*, op. cit., pp. 28, 29 y 338, tiene la siguiente interpretación, los actos usuales u ordinarios se refieren a la situación personal y patrimonial de los hijos de menor importancia, en cambio, los actos extraordinarios son los supuestos de mayor importancia, aunque reconoce que es muy difícil encontrar una posición uniforme al respecto.

⁴⁰ JUR 2005\221066, ponente: Ilmo. Sr. D. Eduardo Hijas Fernández.

relacionarse con los hijos cuando no se encuentren con ellos, la manera de ejercer sus responsabilidades, y por último, la forma de adoptar las decisiones que conciernen a su cuidado y educación⁴¹.

Frente a este panorama, somos partidarios del mantenimiento del ejercicio compartido de la patria potestad, con la salvedad de que bajo éste régimen los actos usuales serán llevados a cabo por el progenitor que en ese momento se encuentre a cargo de la custodia y, en cambio, los actos extraordinarios serán decididos por ambos padres. Es importante que para la eficacia de este sistema haya una buena relación entre los progenitores, o al menos que exista entre ellos tolerancia, caso contrario, debe ser el Juez quien controle el ejercicio de la patria potestad.

En ese sentido, debemos mencionar la reflexión que realiza Guilarte Martín⁴² cuando sostiene que:

“El reconocimiento del derecho del progenitor no custodio a participar en el ejercicio de la patria potestad puede tener un importante valor simbólico, pues, aunque, en la práctica, difícilmente podrá influir en las decisiones que de facto tome el guardador, atribuir a aquél el ejercicio de la patria potestad puede comportar una satisfacción que aunque, simbólica, apague el deseo de confrontación permanente y origine en el guardador la necesidad de tener en cuenta la opinión del otro progenitor”.

Entendemos que resulta insuficiente otorgar un rol simbólico al progenitor no custodio para ejercer la patria potestad. A pesar de las dificultades que éste conlleva, es conveniente que las decisiones se decidan conjuntamente por ambos progenitores, porque creemos que las acciones que se ejercen diariamente aparentemente sin mucha importancia, son las que a la larga influirán para que las decisiones más

⁴¹ Se puede ver en <http://www.codigo-civil.net/blog/?p=22>, fecha de consulta, 30 de mayo de 2006.

⁴² GUILARTE MARTIN-CALERO, C., “Comentarios del nuevo artículo 92 del Código Civil”, op. cit., p. 142.

importantes se inclinen en uno u otro sentido. Ésto significa que quien toma las decisiones diarias indirectamente tiene mayor control sobre los hijos, y lo que nosotros pretendemos es que ninguno de los padres tenga predominio sobre el otro, debiendo prevalecer el criterio de igualdad⁴³.

Pese a las dificultades antes mencionadas, en situaciones de crisis matrimoniales o uniones de hecho, el mantenimiento del sistema compartido de la titularidad y ejercicio de la patria potestad, se perfila a nuestro criterio, como el régimen idóneo que posibilita la ejecución de todas las funciones inherentes a las relaciones paterno-filiales⁴⁴.

Lastimosamente lo ideal muchas veces dista de la realidad, por lo que, de acuerdo a las particularidades de cada situación de crisis, si es imposible la aplicación de dicho régimen, se tiene que encontrar un equilibrio tanto entre los intereses de los progenitores como en beneficio del menor. Se debe tener en cuenta que quienes no tuvieron la capacidad

⁴³ Al respecto, GUILARTE MARTIN-CALERO, C., "Comentarios del nuevo artículo 92 del Código Civil", op. cit., p. 136, sostiene que: "A nadie se le escapa, que, con carácter general y con excepción de la fase tempestuosa de la adolescencia, la relación de vida que implica la guarda de los hijos determina el fortalecimiento de la relación paterno-filial en detrimento del progenitor no custodio, al que aunque se le reconoce en el artículo 94 del Código Civil el derecho a visitar a sus hijos, comunicar con ellos y tenerlos en su compañía, no comparte aquel quehacer diario en el que se desenvuelve la vida de los hijos y que, a la larga, es el que moldea su personalidad. La igualdad que implica la cotitularidad y el coejercicio se diluye en la facultad de guarda, pues, en los casos, que probablemente son mayoría, en que no sea necesario adoptar decisiones extraordinarias en relación con la vida del menor, coincidirá el contenido del ejercicio de la patria potestad con el de la guarda, de suerte que, en la práctica, a pesar del teórico ejercicio conjunto, el progenitor custodio, en una posición de supremacía de hecho y derecho, diseña la orientación y vida ordinaria del menor".

⁴⁴ En esa misma línea se pronuncian GARCÍA RUBIO, M^a. P. y OTERO CRESPO, M., "Apuntes sobre la referencia expresa al ejercicio compartido de la guarda y custodia...", op. cit., pp. 97-98, "...la modalidad de ejercicio conjunto e igualitario de la patria potestad es, como regla, el que mejor salvaguarda el interés del menor, por lo que no comulgamos con la idea del necesario acuerdo entre los padres para establecerla. Este punto de vista, además de considerar las disputas sobre el régimen de custodia como un asunto meramente privado y evocar planteamientos de justicia rogada no procedentes cuando de menores se trata, significa tanto como otorgar a uno de los progenitores (o padres adoptivos) un derecho de veto sobre una concreta modalidad de guarda, a pesar de que sea esa precisamente las más de las veces la modalidad más adecuada para salvaguardar el interés del menor. Con todo, la vigente configuración de una regla que parte del acuerdo de los padres para el otorgamiento del ejercicio conjunto e igualitario de la patria potestad nos lleva a señalar que en curso del procedimiento, y aún partiendo de una inicial situación de discrepancia entre los padres, se debe procurar por todos los medios el logro del mentado acuerdo, siempre importante en los procesos de separación y divorcio y más que conveniente en situaciones de simetría absoluta en el ejercicio de la patria potestad".

para mantener el vínculo conyugal fueron los padres, es más si éstos desaprovecharon la oportunidad para superar sus diferencias vía convenio regulador, no queda otra alternativa que buscar de forma prioritaria la satisfacción del *bonus filii*.

Para terminar, hay que destacar que si se adopta este sistema, se presupone que no tiene que variar de sobremanera respecto de la titularidad y ejercicio compartido de la patria potestad en una situación de convivencia conyugal, debiendo adecuarse a las especiales circunstancias de cada situación de separación o divorcio.

2.2. Atribución total del ejercicio de la patria potestad a uno de los progenitores

Esta posibilidad es factible en virtud del párrafo cuarto del artículo 92 del CC, que establece que los padres en interés de los hijos pueden acordar la cesión del ejercicio total de la patria potestad a uno de los cónyuges, situación que no ha variado con relación a la redacción prevista en las reformas de 7 de julio de 1981⁴⁵.

Presuponemos que el legislador de 2005, ha decidido mantener la redacción del artículo 92 del CC en esos términos, respecto a la posibilidad de ejercicio total de la patria potestad, previniendo que uno de los progenitores se encuentre imposibilitado involuntariamente o haya hecho meritos para ser apartado del ejercicio de la autoridad parental.

A nuestro entender, si los padres se encuentran en perfectas condiciones para ejercer la patria potestad no es aconsejable ceder voluntariamente esta facultad, pues se quedarían con una titularidad vacía de contenido, siendo lo más conveniente que ambos participen en el desarrollo y formación integral de sus hijos.

No obstante, hay quien sostiene que en la práctica es complicado

⁴⁵ Sobre el tema véase GUILARTE MARTIN-CALERO, C., "Comentarios del nuevo artículo 92 del Código Civil", op. cit., p. 133; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Comentarios al Código Civil*, op. cit., p. 216.

mantener el ejercicio compartido, toda vez que de hecho el menor estará más en contacto con uno de los progenitores aunque el derecho corresponda a ambos, siendo ésta la razón por la que se prevé el ejercicio unilateral⁴⁶.

Por su parte, el artículo 156 del CC, de manera específica, el inciso 2) contempla la posibilidad de otorgar la totalidad del ejercicio de la patria potestad a uno de los progenitores.

Apoya este criterio Freijanes Benito⁴⁷ afirmando que “resulta imposible el ejercicio conjunto de la patria potestad, por este motivo hay que arbitrar sistemas de titularidad compartida con ejercicio exclusivo por uno de los progenitores”.

Disentimos con esta postura, puesto que sostener de forma generalizada que es imposible del ejercicio conjunto de la patria potestad, presupone que todas las situaciones de crisis matrimoniales son iguales.

Pero ¿Qué ocurre en el supuesto de que el Juez no decida nada con referencia al ejercicio de la patria potestad?

Un sector de la doctrina, sostiene que en caso de falta de pronunciamiento del Juez, se debería aplicar el último párrafo del artículo 156 del CC, es decir, la patria potestad se ejercerá por aquel progenitor con quien el hijo conviva⁴⁸.

Otro sector de la doctrina, en virtud del último párrafo del artículo

⁴⁶ Vid. VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C., *Matrimonio y Divorcio*, op. cit., p. 175.

⁴⁷ FREIJANES BENITO, A., “La protección de los derechos de los menores en casos de divorcio y separación”, en Rodríguez Torrente, J., *El menor y la familia: conflictos e implicaciones*, Edit. UPCO, Madrid, 1998, p. 80.

⁴⁸ Así por ejemplo, ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L., “Reflexiones en relación con la guarda y custodia de los hijos...”, op. cit., p. 41, afirma que: “... si los padres viven separados y nada se ha determinado al respecto en una resolución judicial, el ejercicio de la patria potestad sólo corresponde al conviviente (art. 156 CC in fine),...”. De igual manera, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Comentarios al Código Civil*, Segunda edición, op. cit., p. 216, asevera que de conformidad al inciso 5 del artículo 156, si la resolución judicial no se pronuncia sobre el ejercicio de la patria potestad, éste corresponderá al progenitor que tiene la custodia de los hijos. A nuestro criterio, el mantenimiento de la redacción de este artículo en las reformas de la Ley 15/2005, de 8 de Julio, y especialmente del último párrafo del artículo 156 del CC, demuestra que el legislador todavía concibe como regla la aplicación de la custodia monoparental, al prever expresamente el ejercicio unilateral de la patria potestad.

156 del CC, afirma que es conveniente que el Juez se pronuncie sobre el ejercicio de la patria potestad en toda situación de separación o divorcio, para de esta manera elidir que pudiera entenderse aplicable la excepción al principio general del ejercicio conjunto contenido en dicho párrafo, que confiere el ejercicio al progenitor que ostenta la guarda y custodia⁴⁹.

A nuestro modo de ver, es conveniente que el Juez se pronuncie expresamente sobre el ejercicio de la misma, con la finalidad de que no existan divergencias entre ambos padres, caso contrario no tiene sentido acudir ante la Autoridad Judicial, puesto que cada parte interpretará el silencio del Juez como apoyo a la satisfacción de sus intereses personales⁵⁰.

No obstante, en la práctica procesal es poco probable que ésto suceda, por cuanto el Juez se encuentra obligado a pronunciarse, puesto que de no hacerlo incurriría en denegación de justicia de conformidad a lo previsto en el art. 9.3 de la C. E.

Con relación al ejercicio unilateral de la patria potestad, de conformidad al párrafo quinto del artículo 156 del Código Civil, hay autores que discrepan de forma acertada con esta alternativa, al considerar que no es la mejor solución por lo que debe ser aplicada en casos excepcionales⁵¹.

⁴⁹ Vid. GUILARTE MARTIN-CALERO, C., "Comentarios del nuevo artículo 92 del Código Civil", op. cit., pp. 140-141.

⁵⁰ En esa misma línea, TORRES FERNÁNDEZ, M^a. E., "Reflexiones sobre los delitos de secuestro parental e inducción de hijos menores al incumplimiento del régimen de custodia", en LÓPEZ SAN LUÍS, R. y PÉREZ VALLEJO, A. M^a. (EDS.), *Tendencias actuales en el Derecho de familia*, Edit. Universidad de Almería Servicio de Publicaciones, Almería, 2004, p. 161, sostiene que: "En los casos de conflicto entre los titulares del derecho de patria potestad, por los pormenores de su ejercicio y la forma de llevarlo a cabo, cobra especial importancia el respeto a las vías legales, cuando el acuerdo entre ellos no sea posible por vía convencional, para evitar que los hijos se conviertan en un arma arrojadiza para saldar los agravios de pareja. Cuando entre las partes no se llega a un acuerdo se impone la intervención de interceso imparcial, un sujeto público, que decida a la vista de los intereses en conflicto, lo más conveniente con especial atención al interés superior del menor".

⁵¹ Por ejemplo, ECHARTE FELIÚ, A. M., *Patria potestad en situaciones de crisis matrimonial*, Edit. Comares, Granada, 2000, pp. 25-26. "El sistema que ofrece el Código consistente en que el ejercicio lo ostente tan sólo aquel de los padres que vive con el menor, dejando al otro una potestad casi vacía de contenido no es la mejor solución, al menos no en todos los supuestos. Esta configuración del ejercicio de la patria potestad puede acarrear la sensación de insatisfacción o frustración en los progenitores no

Por otra parte, cuando uno de los padres no solicite, muestre desinterés o no quiera ejercer la patria potestad, surge la siguiente interrogante ¿Es conveniente que la Autoridad Judicial prescinda del ejercicio compartido? De acuerdo a los artículos 92 y 156 del CC, esta alternativa esta permitida, en ese sentido, presuponemos que un progenitor coaccionado difícilmente cumplirá esta labor de forma responsable, sin embargo, consideramos que no es conveniente que uno de los progenitores se desentienda voluntariamente de ejercer la autoridad parental.

Del contenido de los artículos 92 y 156 del CC, se entiende que los progenitores, bien mediante convenio regulador, o bien a través de determinación judicial, pueden optar por este sistema en interés del menor⁵², por diferentes razones como pueden ser por motivos laborales, o por el lugar de residencia de uno de los padres.

En la suposición de implementar este régimen, la titularidad de la patria potestad permanece compartida, pero uno solo de los progenitores concentra en su poder todas las funciones inherentes a su ejercicio⁵³.

Así se pronuncia la Audiencia Provincial de Salamanca, en sentencia núm. 510, de 29 de octubre de 2001⁵⁴, cuando confirma el ejercicio de la patria potestad, así como la guarda y custodia de la menor

ejercientes, abocados a una convivencia de fin de semana en la que es imposible entablar una relación profunda con el menor que atienda a sus necesidades. Para evitar estas consecuencias que ya van siendo denunciadas por los sectores interesados, pienso que se podría proceder de la manera contraria a la estipulada actualmente en el Código. Lo que en el C. C. (art. 156.5) funciona como excepción es decir, la posibilidad de que el Juez atribuya el ejercicio de la patria potestad a ambos progenitores, debería ser según opino, la solución habitual”.

⁵² Sobre la determinación judicial LORCA NAVARRETE, A. M. y DENTICI VELASCO, N. M., *La regulación de la separación y el divorcio en la nueva “Ley de Divorcio” de 2005 con especial referencia a la mediación familiar*, Edit. Instituto Vasco de Derecho Procesal (IVADP), San Sebastián, 2005, p. 55, afirman que: “Para alcanzar tan <singular> final abocado a la judicialización extrema del ejercicio de la patria potestad la Ley 15/2005 acude a la protección del denominado <beneficio de los hijos> (art. 92.4 del CC reformado por la Ley 15/2005) que se sigue postulando como indisponible en orden a evitar que sean sólo los cónyuges quienes decidan y acuerden sobre el ejercicio de la patria potestad. La judicialización del ejercicio de la patria potestad es el bálsamo de fierabrás de siempre que, con su fragancia, hará más llevaderas las situaciones de crisis familiares”.

⁵³ Vid. SEISDEDOS MUIÑO, A., *La patria potestad dual*, op. cit., p. 340.

⁵⁴ JUR 2001\332952, ponente: Ilmo. Sr. D. Ildefonso García del Pozo.

de dos años en favor de la madre, establecida por el Juez *a quo*, con un régimen de visitas que se amplía según la menor crezca, en razón de la escasa relación y convivencia con el padre al haberse separado los progenitores después del nacimiento de la hija, además que ambos no residen en la misma localidad⁵⁵.

Al respecto, la aplicación de esta variante no significa que el progenitor que no ejerza la patria potestad se encuentre privado de la misma, al contrario de conformidad al primer párrafo del artículo 92 del Código Civil, no está exento de sus obligaciones para con los hijos⁵⁶.

Sobre el inciso primero del artículo 92 del CC, si bien la actual regulación no aporta nada nuevo con relación a la anterior redacción, las Autoridades Judiciales deben procurar se haga efectivo el cumplimiento de dichas obligaciones, implementando medidas coherentes, previo análisis concienzudo de cada situación de separación o divorcio⁵⁷.

Definitivamente, el tema de las obligaciones que tienen los progenitores para con los hijos no se pone en duda, el problema radica en la dificultad de cumplir con estos deberes, en el supuesto de que el progenitor ostente únicamente la titularidad de la patria potestad.

En ese sentido, se afirmará que la asistencia material puede ser

⁵⁵ En el mismo sentido, la STS de 9 de julio de 2002, atribuye el ejercicio unilateral de la patria potestad a favor de unos de los progenitores, en *Actualidad Civil* núm. 47-48, 16-29 de diciembre de 2002, Tomo 4, pp. 3821 a 3823. Igualmente, la STS de 20 de enero de 1993, resuelve el ejercicio individual de la patria potestad, en *Actualidad Civil* núm. 22, 31 de mayo a 6 de junio de 1993, Tomo 2, pp. 1281 a 1282.

⁵⁶ El inciso primero del artículo 92 del Código Civil señala que: “La separación, la nulidad y el divorcio no eximen a los padres de sus obligaciones para con los hijos”.

⁵⁷ En ese marco, LORCA NAVARRETE, A. M. y DENTICI VELASCO, N. M., *La regulación de la separación y el divorcio en la nueva...* op. cit., p. 45, afirman que: “Antes como ahora el precepto se integra en una norma sustancialmente en blanco. La razón es preciso hallarla en que, no especificando el CC cómo el órgano jurisdiccional deba actuar para lograr que se cumplan esas obligaciones, se puede correr el peligro de que finalmente la praxis jurisprudencial convierta esa referencia en una mera cláusula de estilo. Pero, ese no debe ser el criterio a seguir por cuanto la libertad de valoración jurisdiccional justificada en una formula sustancialmente en blanco que se ha ubicado en la inconcreción y que permite al órgano jurisdiccional adoptar las resoluciones que considere más adecuadas con arreglo a la especificidad de cada situación en concreto, debe, en todo caso, justificarse en actitudes jurisdiccionales coherentes y razonables, fundadas en elementos concretos y no sobre abstractas y genéricas consideraciones evitándose que la referencia a las obligaciones con los hijos no se convierta en una formula vacía y de estilo o en un elemento vano de la motivación de la resolución del órgano jurisdiccional”.

satisfecha ostentando solamente la titularidad de la patria potestad; es cierto, pero ésta no es suficiente, pues va acompañada de una asistencia moral que contribuye al fortalecimiento de las relaciones paterno-filiales y a la formación integral del menor, puesto que, para los hijos no es lo mismo tener un padre a distancia a que esté presente, y peor si se encuentra distante voluntariamente sin que medie razón para ello⁵⁸.

En cuanto a la realización de las funciones inherentes al ejercicio de la patria potestad, bajo este sistema los actos extraordinarios competen a ambos padres, mientras que los actos usuales corresponden ejecutarlos al progenitor que ejerce la autoridad parental, con el correspondiente derecho a control que tiene el progenitor no ejerciente, pudiendo incluso acudir ante Autoridad Judicial con el objeto de que los derechos del menor sean debidamente protegidos por parte del progenitor infractor⁵⁹.

Si bien es cierto, que en la práctica la titularidad conlleva la facultad de controlar el ejercicio de la patria potestad que se encuentra a cargo del otro progenitor, esta medida resulta insuficiente si se quiere que la formación integral del menor tenga éxito, puesto que el contacto directo del menor con ambos progenitores es vital para este cometido.

⁵⁸ Criterio compartido por AMORÓS, P. y PALACIOS, J., *Acogimiento familiar*, Edit. Alianza, Madrid, 2004, p. 59, cuando sostienen que: “En relación con uno mismo, en la medida en que uno se sabe querido de forma estable e incondicional, le es más fácil desarrollar una imagen de si mismo como persona que es importante para alguien y merecedora de su afecto. Y, por el contrario, la percepción de falta de cariño por parte de las personas más significativas genera dudas sobre la propia valía y despierta todo tipo de sentimientos de indefensión y de culpa”. De la misma manera, MARTÍN HERNÁNDEZ, J., *La intervención ante el maltrato infantil, una revisión del sistema de protección*, Edit. Pirámide, Madrid, 2005, p. 39, afirma que: “El hecho de priorizar los derechos individuales, las habilidades y los aspectos instrumentales (cuidados físicos y materiales, medios económicos, condiciones de vida), por encima de los lazos parentales, los vínculos afectivos y los aspectos relacionados, trae como consecuencia que no importe excesivamente que esos lazos se rompan”. Igualmente, BOSSERT, G. A. y ZANNONI, E. A., *Manual de Derecho de Familia*, op. cit., p. 430, manifiestan que: “No se agota el deber de los padres en la satisfacción de las necesidades materiales, sino que alcanza al cumplimiento de deberes de índole espiritual, como es el cuidado y formación ética y espiritual del hijo, asegurar su educación, de acuerdo con sus posibilidades, el cuidado que implica evitar para ellos riesgos y peligros de índole material, psíquica o espiritual”.

⁵⁹ Vid. LORCA NAVARRETE, A. M. y DENTICI VELASCO, N. M., *La regulación de la separación y el divorcio en la nueva...* op. cit., p. 56.

2.3. Atribución parcial del ejercicio de la patria potestad a uno de los progenitores

En primer lugar debemos señalar que el ejercicio parcial de la patria potestad se presenta como un sistema intermedio entre el régimen exclusivo y el régimen conjunto⁶⁰.

Así, el apartado cuarto del artículo 92. 4. del CC, señala que la patria potestad en interés del menor puede ser ejercida parcialmente por uno de los cónyuges⁶¹.

Igualmente, el artículo 156. 2. del CC, también prevé que el Juez en caso de desacuerdo puede atribuir el ejercicio parcial de la patria potestad a uno de los padres.

Hay autores que sostienen que la aplicación de este sistema implica, primero, el ejercicio exclusivo de ciertas funciones de la patria potestad por uno de los progenitores; y segundo, el mantenimiento del ejercicio de conjunto de las restantes funciones. Esta posibilidad se puede establecer cuando exista una causa que justifique su adopción ya sea porque un progenitor no puede para asumir ciertas responsabilidades o bien por contar con experiencia en un campo determinado como la salud o educación⁶².

A nuestro juicio, tal como se sostiene en la aplicación de esta modalidad, es conveniente tomar en cuenta la formación de los progenitores, toda vez que así las funciones del ejercicio de la patria potestad serán realizadas con mayor capacidad y responsabilidad en beneficio de los menores.

En ese sentido, consideramos que las funciones que tenga que ejercer individualmente uno de los progenitores pueden abarcar

⁶⁰ Vid. GUILARTE MARTIN-CALERO, C., "Comentarios del nuevo artículo 92 del Código Civil", op. cit., p. 144; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Comentarios al Código Civil*, Segunda edición, op. cit., p. 216.

⁶¹ GUILARTE MARTIN-CALERO, C., "Comentarios del nuevo artículo 92 del Código Civil", op. cit., p. 133.

⁶² Ver por todos SEISDEDOS MUIÑO, A., *La patria potestad dual*, op. cit., p. 353.

indistintamente tanto la esfera personal como patrimonial del menor, puesto que ambas forman parte de los derechos-deberes que se encuentran comprendidos en la patria potestad.

En ese marco, conviene señalar que la formación de los progenitores debe adecuarse al interés del menor y no como criterio discriminador en la relación de éstos.

Finalmente, debemos manifestar que si bien este sistema de ejercicio de la patria potestad es una posibilidad real que puede presentarse de acuerdo al contexto y las características en que tenga lugar una situación de crisis matrimonial o de unión de hecho, debe contemplarse como una especie de ejercicio compartido.

2.4. Distribución de las funciones entre ambos progenitores

Esta posibilidad de reparto, división o distribución de funciones inherentes al ejercicio de la patria potestad a cada uno de los progenitores, se deduce de conformidad al artículo 156 apartado quinto del Código Civil español⁶³.

Hay que destacar que la distribución de funciones inherentes al ejercicio de la patria potestad significa que se distribuyen todas las funciones, de forma que no queda ninguna cuyo ejercicio permanezca compartido por ambos progenitores⁶⁴.

Sobre el tema, no se debe confundir distribución de funciones que contempla la patria potestad con ejercicio unilateral, pese a la dificultad de realizar una distribución total, somos partidarios de la viabilidad de este sistema dependiendo de la situación concreta de crisis matrimonial o de unión de hecho.

⁶³ Vid. LACRUZ BERDEJO, J. L., *Matrimonio y Divorcio, Comentarios al título IV del libro primero del Código Civil*, op. cit., p. 978; FOSAR BENLLOCH, E., *Estudios de Derecho de Familia*, op. cit., p. 318; GUILARTE MARTIN-CALERO, C., "Comentarios del nuevo artículo 92 del Código Civil", op. cit., p. 133; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Comentarios al Código Civil*, Segunda edición, op. cit., p. 216.

⁶⁴ SEISDEDOS MUIÑO, A., *La patria potestad dual*, op. cit., p. 355.

Con el pensamiento enfocado al futuro del menor es preferible que se distribuyan las funciones entre ambos progenitores a que exista un ejercicio unilateral, porque de esta forma ambos padres se encuentran implicados en el desarrollo de sus descendientes, precautelando el principio de igualdad que debe regir en estos casos.

Asimismo, la distribución de funciones dará lugar a que el contacto del menor con ambos progenitores se mantenga, incidiendo de forma positiva en su formación, al tener como referencia en su círculo más próximo la influencia y guía tanto de la figura paterna como de la figura materna, bajo una estructura familiar disfuncional propia de una situación de crisis⁶⁵.

En la práctica, hay quien afirma que la aplicación de este régimen es complicado, en virtud a la dificultad de determinar las funciones que ejercerán cada uno de los progenitores⁶⁶. Es decir, distribuir todas las funciones que componen el ejercicio de la patria potestad, resultaría una tarea ardua y problemática tanto para los progenitores en caso de existir un acuerdo mediante convenio regulador, como para el Juez en caso de que sea el encargado de resolver el ejercicio de la misma cuando no haya consenso entre los padres. De aplicarse este sistema en interés del menor, lo más lógico es que se dividan las funciones en dos grupos: primero, el ámbito personal de la potestad, y segundo, el aspecto de índole patrimonial⁶⁷.

En ese marco, hay que señalar que si bien la solución planteada es la más adecuada, difícilmente los progenitores accederían de común acuerdo a dividir sus funciones en cuestiones personales y patrimoniales, puesto que quién otorga una pensión alimenticia juzgará tener el derecho

⁶⁵ Sobre el tema, GUILARTE MARTIN-CALERO, C., "Comentarios del nuevo artículo 92 del Código Civil", op. cit., p. 144, sostiene que este sistema es aplicable indistintamente a los supuestos de custodia monoparental o compartida, debiendo preponderarse el interés del menor y la formación especializada de los progenitores, de forma que contribuya al desarrollo personal de los hijos, así como también a la administración y representación de sus bienes.

⁶⁶ VENTOSO ESCRIBANO, A., *La representación y disposición de los bienes de los hijos*, Edit. Colex, Madrid, 1989, p. 128.

⁶⁷ SEISDEDOS MUIÑO, A., ul. loc. cit.

de conocer y decidir acerca de cuestiones inherentes a la situación personal de sus hijos en caso de separación o divorcio judicial.

Consecuentemente, a nuestro juicio, la viabilidad de este sistema será posible si se distribuyen todas las funciones inherentes al ejercicio de la patria potestad de acuerdo a la formación de los progenitores, tarea complicada como acertadamente se afirma.

En ese sentido, será primordial que exista entre ambos progenitores, sino buena relación, por lo menos tolerancia e implicación en la formación y desarrollo de sus descendientes, así se facilitarían la resolución de problemas derivados de los efectos de la separación o divorcio.

Caso contrario, ante la imposibilidad de los progenitores de acordar vía convenio regulador o durante el desarrollo del proceso una salida consensuada sobre la situación de los hijos con referencia al ejercicio de la patria potestad, es el Juez -quien pese a las dificultades que conlleva cada situación de crisis- la Autoridad encargada de realizar una distribución de funciones inherentes al contenido de la autoridad parental, precautelando ante todo la satisfacción del interés del menor.

2.5. Balance de los sistemas de ejercicio de la patria potestad en situaciones de crisis matrimoniales

Los cuatro sistemas descritos tienen como fundamento los artículos 92 y 156 del CC español respectivamente, ahora bien, el hecho de que sólo dos artículos contemplen varias posibilidades genera diferentes interpretaciones. Así tenemos que la redacción del artículo 156 prevé opciones concretas, a diferencia de lo que ocurre en el artículo 92 en el que la utilización de la palabra “podrá” no implica obligatoriedad, aspecto que puede motivar decisiones judiciales arbitrarias o discrecionales. Por ello, creemos que se debe optar por la mejor alternativa de acuerdo al análisis de cada situación de crisis matrimonial o de unión de hecho, teniendo en cuenta principalmente el interés del menor.

No obstante, hubiera sido preferible que la norma contemplara únicamente dos sistemas de ejercicio de la patria potestad en situaciones de crisis familiares; primero, como regla debería mantenerse el régimen de ejercicio conjunto, incluyendo en ésta una subdivisión con la posibilidad de una distribución parcial o total de sus funciones, y segundo, como excepción en casos estrictamente necesarios debería aplicarse el sistema de ejercicio unilateral.

A nuestro modesto entender, es lamentable la postura del legislador que desaprovechó la oportunidad en el tratamiento de la Ley 15/2005, de 8 de julio, que modifica el Código Civil en materia de separación y divorcio, para regular la figura jurídica de la patria potestad de forma sistemática⁶⁸. Por una parte, se tenía que haber contemplado el ámbito de las relaciones paterno-filiales en situaciones donde la estructura familiar es funcional y no existen problemas de ruptura o falta de convivencia cotidiana, y por otro lado, el Código sustantivo en el capítulo referente a los efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio de los cónyuges, debió haber previsto expresamente una correcta uniformidad de normas que hagan viable la titularidad, el ejercicio de la patria potestad y la custodia de los hijos, para de esta manera satisfacer el beneficio del menor.

Son precisamente las modificaciones parciales las que impiden que los cambios jurídicos tengan el éxito deseado, puesto que se corre el riesgo de desvirtuar la naturaleza jurídica de una determinada figura jurídica, como en este caso ocurre con la patria potestad.

De igual manera, es primordial que en las resoluciones judiciales sobre crisis familiares se contemple el artículo 92 del CC, por cuanto, se encuentra previsto en el capítulo referente a los efectos comunes a la

⁶⁸ Al respecto, GUILARTE MARTIN-CALERO, C., "Comentarios del nuevo artículo 92 del Código Civil", op. cit., p. 134, cuando sostiene que: "...debiera haberse aprovechado esta reforma para terminar con esta duplicidad y dar una nueva redacción al art. 156 del Código Civil que, o bien suprimiera la alusión a los supuestos de separación, en cuyo caso, convendría introducir en el artículo 92 del Código Civil que la regla general es el ejercicio conjunto también en los casos de separación y divorcio o una remisión a la regla general del artículo 156, o bien estableciera que en los casos de separación la regla general será el ejercicio conjunto y, en su caso, atendido el interés del menor, confiarlo a uno de ellos".

nulidad, separación y divorcio del CC, lo que no ocurre con el artículo 156 de la citada norma, toda vez que se encuentra regulado en general para las relaciones paterno-filiales.

Ello implica que si bien las relaciones paterno-filiales abordan de manera general todos los campos en que se encuentren inmersos padres e hijos, las situaciones propias de la separación o divorcio de los progenitores tienen un contexto especial por su individualidad, lo que requiere que cada proceso sea analizado casuísticamente por parte de las Autoridades Judiciales.

Con relación a los sistemas de ejercicio de la patria potestad, según Lázaro González, en la práctica lo más frecuente es que tanto los convenios reguladores como las resoluciones judiciales contemplen el ejercicio conjunto, quedando sobreentendido que éste ha de adaptarse a las especiales circunstancias de no convivencia⁶⁹.

Discrepamos con la alusión de dar por sobreentendido la adaptación a situaciones de no convivencia, teniendo en cuenta que cada relación familiar es diferente, los acuerdos deben contener una mención expresa sobre el alcance del contenido del convenio, con la finalidad de que ya sea en el trámite de homologación o durante el ejercicio de la patria potestad, no se susciten diferentes interpretaciones.

Por nuestra parte, nos inclinamos por la alternativa del ejercicio de la patria potestad compartida, debiendo limitarse los padres a determinar si existirá un ejercicio parcial o se distribuirán todas las funciones inherentes a dicho ejercicio, y es que no concebimos que en situaciones donde no medie motivo alguno, uno de los progenitores se desentienda voluntariamente de ejercer la autoridad parental.

Asimismo, creemos que este sistema incide positivamente en beneficio del menor siempre que se aplique el régimen de custodia compartida, en cambio, el ejercicio unilateral de la autoridad parental se identifica más con la custodia unilateral.

⁶⁹ LÁZARO GONZÁLEZ, I. (Coord.), *Los menores en el Derecho Español-Práctica Jurídica*, Edit. Tecnos, Madrid 2002, p. 228.

Somos conscientes que el ejercicio compartido puede acarrear dificultades en la práctica, pero hay que tener en cuenta que este sistema no debe ser rígido, sino más bien flexible, propiciando alternativas que hagan posible su realización. Por ello, dependiendo de la decisión que deba tomarse puede ser indistintamente el padre o la madre quien lleve el mando, con la condición de precautelar el interés del menor y satisfacer el deber de comunicar las decisiones consentidas unilateralmente⁷⁰.

Así pues, se debe entender el ejercicio compartido como un contenido con textura abierta, es decir, que puede existir una distribución de funciones entre ambos progenitores, sin que ambos tengan que ejercer obligatoriamente la patria potestad en un mismo porcentaje⁷¹.

3. LA AUTORIDAD DE LOS PADRES EN LA NORMATIVA BOLIVIANA

En primer lugar debemos señalar que la regulación normativa boliviana, en lo que concierne la patria potestad, ha sustituido su denominación por el término “*autoridad de los padres*”⁷² de conformidad a lo previsto en el artículo 146 del Código de Familia boliviano, en el capítulo referente a los efectos del divorcio, que señala lo siguiente:

⁷⁰ Posición compartida por BOSSERT, G. A. y ZANNONI, E. A., *Manual de Derecho de Familia*, op. cit., p. 421, cuando manifiestan que: “...el ejercicio conjunto presenta, como dificultad práctica, el engorro que significa requerir el consentimiento de ambos padres para cualquier acto, lo cual puede entorpecer el desarrollo de la vida y los intereses del menor. Por su parte, el ejercicio indistinto implica que aun los actos más trascendentes respecto de la vida del menor, sean decididos por cualquiera de los progenitores; en tanto que, para el interés de aquél, resulta más conveniente que la reflexión respecto a la pertinencia del acto sea hecha por ambos padres; asimismo, este ejercicio posibilita la realización de los actos por parte del progenitor más veloz, y no el más reflexivo o atinado, lo que puede estar en contra del auténtico interés del hijo”.

⁷¹ Adopta esta posición CARRASCO GALÁN, M. J., “La conciliación de la vida laboral y familiar...”, op. cit., p. 39, “Es importante destacar que cuando se habla de reparto equitativo no se está haciendo referencia a un reparto del 50% en cada una de las tareas, sino a una relación coste/beneficio general y muchas mujeres, y varones, aunque se responsabilicen en mayor medida que el otro cónyuge de algunas cuestiones familiares, perciben la aportación que el otro hace en esferas como el campo afectivo o el apoyo y cuidado tan valiosas y significativas como las propias, manteniendo de esta forma el equilibrio en la relación”.

⁷² Ya en el Código de Familia boliviano de 1972 se denominó a la patria potestad “autoridad parental”, a nivel internacional en el Congreso Mundial de Jueces de Menores y Familia celebrado en Ámsterdam-Holanda en 1982 se adoptó la misma medida.

“(Autoridad de los padres, tutela, derecho de visita y supervigilancia). Cada uno de los padres ejerce la autoridad que le corresponde sobre los hijos confiados a su cargo. Si la guarda se confía a los ascendientes o hermanos de los cónyuges o a un tercero se aplican respecto a éstos, las reglas de la tutela. No obstante, el padre o la madre que no ha obtenido la guarda tiene derecho de visita en las condiciones que fije el juez y el de supervigilar la educación y el mantenimiento de los hijos...”

A nuestro modo de ver, ha sido apropiada la decisión de sustituir el término *“patria potestad”* por *“autoridad de los padres”* en la legislación boliviana, por cuanto, éste último término induce a entender que existe igualdad entre ambos progenitores.

Desde el punto de vista doctrinal, se señala que la autoridad de los padres está compuesta de una serie de derechos y deberes que son recíprocos, por supuesto con mayor incidencia en una primera etapa de los padres hacia los hijos, que son quienes asumen la representación de sus hijos en el ejercicio de sus derechos⁷³.

No obstante, el hecho de que los padres asuman un rol protagónico en el ejercicio de los derechos de los menores en una estructura familiar no significa que exista una ausencia de control, al contrario, se debe realizar especial énfasis en promover una protección y desarrollo adecuado de los descendientes y en esta tarea los progenitores deben sujetarse a un control permanente el uno al otro, procurando satisfacer el interés del menor.

Asimismo, se manifiesta que la autoridad de los padres comprende un conjunto de poderes-deberes, que se concretan en funciones y atribuciones que son ejercidos por ambos progenitores y que tienen como

⁷³ VILLAZÓN, D. M., *Familia, Niñez y Sucesiones, curso sintético*, Edit. Tupac Katari, Sucre- Bolivia, 2000, Segunda edición, p. 102.

finalidad la protección del menor en la esfera personal y patrimonial⁷⁴

Este concepto merece especial atención, pues, estamos de acuerdo en que la autoridad de los padres sea ejercida por ambos progenitores en virtud a la igualdad jurídica que tiene que existir entre ellos y no de manera unilateral, así como también en considerarla como deber, pero no como poder puesto que ese término implica jerarquía o si se quiere dominio total.

Sin embargo, hay quien afirma que por mucho que exista igualdad jurídica entre cónyuges, debe darse preferencia por lo menos en el aspecto moral al padre como jefe de la sociedad conyugal, sin desconocer la autoridad materna⁷⁵.

Por nuestra parte, creemos que la igualdad jurídica entre cónyuges no puede estar condicionada en ningún ámbito, -porque una desigualdad en el plano moral supondría dar lugar a que se presenten casos de violencia psicológica- si se quiere lograr una igualdad plena entre ambos progenitores, por consiguiente, discrepamos con esta afirmación.

Por otra parte, el artículo 146 del CF a nuestro parecer, adolece de deficiencias en su redacción, así, señala que *“cada uno de los padres ejerce la autoridad que le corresponde sobre los hijos confiados a su cargo”*, sin definir en qué consiste *“la autoridad de los padres”*, por lo que, cabe preguntarse *¿Cuál ha sido la intención del legislador al emplear el término “autoridad”?*

El Diccionario de la Lengua Española define la misma como *“potestad, facultad, legitimidad”*⁷⁶, lo que quiere decir que tiene relación con el término *“patria potestad”*, de lo que se deduce que por la palabra *autoridad* se presupone que el menor debe estar *“sometido”* a la voluntad de sus progenitores.

Lo aconsejable hubiera sido definir y delimitar el alcance del

⁷⁴ Siguiendo a SANTOS OROZA, R., *Apuntes de Derecho de Familia*, Tomo II, Edit. Tupac Katari, Sucre – Bolivia, 2005, p. 201.

⁷⁵ Por ejemplo, DECKER MORALES, J., *Código de familia*, Edit. Los amigos del libro, Cochabamba-La Paz, Bolivia, 2000, p. 312.

⁷⁶ *Diccionario de la lengua española...*, op. cit., p. 253.

término “*autoridad de los padres*”. En ese sentido, ni siquiera el contenido del artículo 246 (Objeto de la autoridad de los padres) del CF despeja esta interrogante cuando señala que:

“La autoridad de los padres se establece para el mejor cumplimiento de los deberes y derechos que incumben a los progenitores respecto a sus hijos menores y que se ejerce bajo la vigilancia de los organismos correspondientes”.

Es decir, el artículo 246 del CF se prevé con la finalidad de satisfacer el cumplimiento de los derechos y deberes que tienen los progenitores con sus hijos, pero no brinda una definición del término, limitándose a resaltar que el ejercicio de dichos deberes y derechos se encuentra supeditado a un control.

Otro tanto ocurre con la redacción del artículo 249 (Situación del hijo menor de edad) del CF que señala que “*el hijo menor de edad se halla sometido a la autoridad de sus padres hasta que llega su mayoría o se emancipa*”⁷⁷.

Al respecto, un sector de la doctrina sostiene que la autoridad de los progenitores en la estructura familiar contempla el derecho de guarda, de vigilancia, de corrección y dirección de los hijos, actos que deben justificarse en interés de éstos⁷⁸.

Esta postura se limita a señalar los derechos de los progenitores, pero no hace alusión a ningún deber, a nuestro modo de ver, al igual que el término “*patria potestad*” en la legislación española, la “*autoridad de los padres*” debe considerar tanto derechos como deberes tal como se prevé en el artículo 258 del Código de Familia:

⁷⁷ Con referencia a éste artículo VILLAZÓN, D. M., *Familia, Niñez y Sucesiones*, op. cit., p. 109, sostiene que las causales de extinción que se citan debieron estar comprendidas también en el artículo 35 del Código Niño Niña y Adolescente de 1999, que no hace ninguna mención al respecto.

⁷⁸ Siguiendo a JIMÉNEZ SANJINÉS, R., *Lecciones de Derecho de Familia y Derecho del Menor*, Edit. Presencia S.R.L., La Paz-Bolivia, 2002, Tomo II, p. 355.

“(Deberes y derechos de los padres). La autoridad del padre y de la madre comprende los deberes y derechos siguientes:

El de guardar al hijo.

El de corregir adecuadamente la conducta del hijo.

El de mantener y educar al hijo dotándolo de una profesión u oficio socialmente útil, según su vocación y aptitudes.

El de administrar el patrimonio del hijo y de representarlo en los actos de la vida civil...”.

Por tanto, la autoridad de los padres, engloba tanto derechos como deberes, de lo que se infiere que los progenitores no pueden actuar al libre albedrío, por el contrario, tienen que preponderar su ejercicio en interés de los hijos.

En cuanto a la autoridad de los padres y la suposición de un conflicto de intereses que se puedan presentar entre el menor y los progenitores, en la legislación boliviana se puede evidenciar dos posiciones; en principio, del contenido del Código de Familia en el marco de la estructura familiar, se prevé que se deben respetar tanto los intereses de los padres, como los del menor. En cambio, el texto normativo del Código Niño, Niña y Adolescente de 1999, prepondera y realza el interés del menor en detrimento de los progenitores⁷⁹.

Sin ánimo de que prevalezcan los deseos del menor, amparados en caprichos personales, somos partidarios de que se respeten los intereses de éstos, previa valoración exhaustiva de la situación donde se supone que existe una confrontación de intereses, en nuestro caso, nos referimos a una situación de separación o divorcio.

⁷⁹ Criterio compartido por PACHECO DE KOLLE, S., *Derechos de la Niñez y Adolescencia...* op. cit., p. 23.

De los conceptos vertidos y de la normativa vigente se ha podido apreciar que la autoridad de los padres no prevé expresamente la forma de concretar el interés del menor, limitándose por lo general a realizar una sistemática referencia a derechos y deberes que comprende la autoridad parental.

Finalmente, señalar que a nuestro modesto entender el legislador boliviano debería introducir en el Código de Familia una regulación que establezca el concepto de la autoridad de los padres, con la finalidad de tener una comprensión e interpretación uniforme sobre el tema.

3.1. Ejercicio de la autoridad de los padres cuando los progenitores se encuentran en situaciones de crisis

De manera general, en lo que se refiere al ejercicio de la autoridad parental, debemos referirnos en primer lugar al artículo 251 (Ejercicio de la autoridad de los padres) del Código de Familia, que señala que la autoridad sobre los hijos comunes durante el matrimonio, se ejerce por ambos progenitores e individualmente en casos de ausencia, pérdida, suspensión, incapacidad u otro impedimento. Asimismo, sostiene que la discordancia entre el padre y la madre sobre el ejercicio es resuelta por el Juez en interés del menor⁸⁰.

De ello, se deduce que la regla es el ejercicio compartido por ambos cónyuges, como excepción se establece un ejercicio unilateral en casos de impedimento, y en supuestos de falta de consenso entre progenitores se deriva la solución a la Autoridad Judicial. Ésto significa que si bien el texto normativo no contempla expresamente un criterio de

⁸⁰ El artículo 251 (EJERCICIO DE LA AUTORIDAD DE LOS PADRES) del Código de Familia, textualmente señala que: “La autoridad sobre los hijos comunes, se ejerce durante el matrimonio, por el padre y la madre. Los actos de uno solo de ellos que se justifiquen por el interés del hijo se presume que cuentan con el asentimiento del otro. En caso de ausencia de uno de los padres, de pérdida o suspensión de su autoridad, de incapacidad u otro impedimento, la autoridad se ejerce solamente por el otro. Los desacuerdos entre el padre y la madre se resuelven por el juez, con sujeción al procedimiento establecido por el presente Código, teniendo en cuenta el interés del hijo. (art. 197 Constitución Política del Estado y arts. 3, 96, 249, 252, 254, 255, 256, 277, 465 Código de Familia, Ley 996, de 4 de abril de 1988)”.

igualdad entre padres, éste se sobreentiende al conceder la facultad de ejercicio a ambos progenitores, extremo que también se puede evidenciar del *nomen juris* del artículo que reemplaza al obsoleto término de la “patria potestad”, imperante en los anteriores Códigos de Familia de la legislación boliviana.

De manera específica con relación al tema que tratamos, de conformidad al artículo 146 (Autoridad de los padres, tutela, derecho de visita y supervigilancia) del Código de Familia, en situaciones de divorcio o separación judicial, el ejercicio de la autoridad sobre los hijos corresponde al progenitor que se le ha otorgado la guarda de los menores de edad⁸¹. Ello demuestra que el legislador boliviano no ha previsto en situaciones de separación o divorcio la posibilidad del mantenimiento de un sistema de ejercicio compartido, aspecto que incide negativamente en la formación y desarrollo integral del menor tomando en cuenta que cada crisis familiar o de unión de hecho es individual y como tal merece una solución casuística. Es más, ni siquiera se hace mención a una posible distribución de funciones inherentes al contenido del ejercicio de la autoridad parental.

Ello, a nuestro criterio, promueve el establecimiento de familias monoparentales, cuando lo que se debe hacer de acuerdo al cambio de roles imperante en la sociedad actual es fomentar la participación de ambos progenitores en situaciones de crisis matrimoniales o de uniones de hecho⁸².

No obstante, el progenitor que no ejerce la autoridad parental, al amparo del artículo 257 del Código de Familia puede conservar con sus

⁸¹ El contenido del artículo 146 se puede ver en la página 37.

⁸² En ese sentido, debemos afirmar que dada la situación por la que atraviesa Bolivia, – crisis económica, pobreza, desempleo, falta de centros educativos, alto índice de analfabetismo- la formación de familias monoparentales producto de la ruptura conyugal o de unión de hecho, promueve la dejadez del progenitor que no ejerce la autoridad parental, propiciando que la situación de la estructura familiar disfuncional se agrave, sumiéndose en un estado de abandono, que afecta no solamente a los integrantes de dicha familia, sino a toda la estructura social en su conjunto. En estos supuestos son los hijos mayores quienes tienen que asumir el rol del progenitor no custodio, debiendo para ello dejar de lado su formación en busca de satisfacer las necesidades básicas de su familia.

hijos las relaciones personales de acuerdo a las circunstancias, controlar su mantenimiento y educación siempre que esta actitud no afecte al interés del menor⁸³.

Si bien es conveniente que exista la posibilidad de ejercer un control permanente por parte del progenitor que no ejerce la autoridad parental, somos partidarios del sistema de ejercicio compartido, pues, aunque puede resultar contraproducente obligar a las personas a realizar un determinado acto, existen más posibilidades de que en mérito a una disposición expresa de las normas sustantivas los progenitores reconozcan que tienen igualdad de derechos, y en virtud a ello, se promueva la conservación de las relaciones paterno-filiales en interés del menor⁸⁴.

Por otro lado, al amparo del artículo 258 (Deberes y derechos de los padres) del CF⁸⁵ y del artículo 32 del Código Niño, Niña y Adolescente de 1999, los padres tienen los siguientes deberes:

“...están obligados a prestar sustento, guarda, protección y educación a los hijos conforme a lo dispuesto por el Código de Familia. Asimismo, tienen el deber de cumplir y hacer cumplir las determinaciones judiciales impuestas a favor de sus hijos que no hayan llegado a la mayoría de edad”.

Este artículo pone en evidencia que ambos progenitores se encuentran obligados al cumplimiento de los deberes enunciados, ahora bien, en una situación de crisis matrimonial o de unión de hecho esta situación no sufre ninguna alteración, independientemente de cual de los

⁸³ El artículo 257 (DERECHOS DE LOS PADRES QUE NO EJERCEN AUTORIDAD) textualmente señala que: “Los padres que no ejercen su autoridad pueden conservar con sus hijos las relaciones personales que permitan las circunstancias, y súper vigilar su mantenimiento y educación, a no ser que a ello oponga el interés de dichos hijos. (arts. 206, 212, 282, 283 Código de Familia)”.

⁸⁴ En la patología familiar muy poco es lo que el derecho puede remediar, arrojando sólo paliativos a los efectos decididamente nocivos que se producen por la privación al menor del ámbito formativo natural. D' ANTONIO, D. H., *Derecho de Menores*, Edit. Astrea, Buenos Aires-Argentina, 1986, Tercera edición, p. 183.

⁸⁵ Esta norma ha sido citada en el epígrafe 3º del presente capítulo

progenitores se beneficie con la custodia de los hijos, tal como dispone la legislación boliviana⁸⁶.

Igualmente, de acuerdo con el artículo 146 del CF, el progenitor que no ha obtenido la guarda de los menores, está obligado a la ejecución de las determinaciones judiciales impuestas a favor de sus hijos. Es decir, debe cumplir con la pensión alimenticia que contribuya al mantenimiento de los hijos menores de edad.

Sin embargo, la obligación de los progenitores no se circunscribe solamente al sustento de los hijos, sino que además contempla los deberes de guarda, protección y educación, siendo improbable que éstos puedan ser realizados apropiadamente cuando el progenitor no ejerce la patria potestad, ni ostenta la custodia de sus hijos. En ese marco, debemos recordar que si bien la asistencia material es necesaria no es suficiente para la formación y desarrollo del menor.

3.1.1. El ejercicio de la autoridad de los padres en el Código Niño, Niña y Adolescente de 1999 (CNNA)

Sobre este tema, el artículo 31 del Código Niño, Niña y Adolescente de 1999, sostiene que:

“(Autoridad de los padres). La autoridad de los padres es ejercida en igualdad de condiciones por la madre o por el padre, asegurándoles a cualesquiera de ellos, en caso de discordancia, el derecho de acudir ante la autoridad judicial competente, para solucionar la divergencia”.

Se prevé así expresamente el ejercicio compartido por ambos padres en igualdad de condiciones, sin que exista ninguna prerrogativa a favor de ninguno de los progenitores. Sin embargo, es conveniente que el

⁸⁶ Al respecto, véase el contenido del artículo 146 del Código de Familia boliviano en el epígrafe 3º del presente capítulo.

legislador expresamente establezca en éste artículo el ejercicio de la autoridad parental por la madre “y” por el padre, en lugar de utilizar la letra “o”, que induce a pensar que dicho ejercicio debe ser realizado de manera unilateral o de forma subsidiaria.

Del mismo modo, creemos que el legislador debió haber previsto en el artículo 31 del Código Niño, Niña y Adolescente de 1999, que en el ejercicio de la autoridad de los padres prevalezca el interés del menor, teniendo en cuenta que es una Ley especial que esta motivada en precautelar los derechos del menor.

En cuanto al ámbito de aplicación de este artículo no existe una disposición expresa sobre el tema, de forma genérica, se puede deducir que es aplicable tanto a situaciones normales de convivencia como a situaciones de crisis, sin embargo, de la última parte de su contenido se presume que esta motivada para ser implementada en el primer supuesto⁸⁷.

De la normativa analizada en la legislación boliviana, tanto en el Código de Familia como en el Código Niño, Niña y Adolescente, se ha previsto de manera uniforme que son los progenitores los encargados de ejercer la autoridad de los padres sobre los menores de edad, de igual manera, se puede evidenciar una uniformidad de criterio respecto al *nomem juris* de las normas que regulan la relación paterno-filial, asumiendo el termino “autoridad de los padres” en detrimento de la “patria potestad”.

A manera de conclusión, debemos señalar por una parte, que la legislación boliviana en lo que respecta la autoridad parental contiene normas que se caracterizan por no ser discriminatorias, pero que no se aplican por falta de una valoración casuística de las situaciones de crisis familiares y, por otra parte, el legislador boliviano debe asumir los retos que la sociedad actual requiere, y en ese sentido, adecuar las normas sustantivas que tiene en el ámbito familiar y los derechos del menor,

⁸⁷ Posición que comparte PACHECO DE KOLLE, S., *Derechos de la Niñez y Adolescencia...* op. cit., p. 25.

regulando en los textos normativos disposiciones que establezcan el ejercicio compartido de la patria potestad en situaciones de crisis matrimoniales o de uniones de hecho.

4. SEMEJANZAS Y DIFERENCIAS CON RELACIÓN AL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD EN LA NORMATIVA ESPAÑOLA Y BOLIVIANA

En lo que respecta a las semejanzas que se pueden apreciar tanto en la normativa española como boliviana, debemos manifestar las siguientes:

- Ambas legislaciones prevén la igualdad de los progenitores.
- Tanto la legislación española como la boliviana preponderan el interés del menor, no obstante, no se determina en que consiste dicho beneficio.
- Ambas legislaciones contemplan el ejercicio individual de la patria potestad o autoridad de los padres, con consentimiento tácito, siempre que sea en interés del menor.
- En las legislaciones de ambos Estados se prevé que si existe desacuerdo con relación al ejercicio de la patria potestad o autoridad de los padres, éstos pueden acudir al Juez.
- Tanto en la legislación española como en la boliviana la patria potestad y la autoridad de los padres, contemplan derechos y deberes en el ejercicio de la autoridad parental.
- Ambas legislaciones prevén que si bien los progenitores no ejercen la patria potestad o la autoridad de padres por decisión judicial, están

facultados a vigilar y controlar la formación y desarrollo de sus hijos.

- En las legislaciones de ambos Estados se establece que los progenitores independientemente de la atribución del ejercicio de la patria potestad, están obligados a cumplir con las obligaciones judiciales impuestas para con sus hijos.
- Tanto en la legislación española como en la boliviana se prevé que los progenitores ejercen la patria potestad o autoridad parental hasta que el menor de edad no adquiera su mayoría, es decir, hasta los dieciocho años.
- En ambas legislaciones el ejercicio unilateral de la patria potestad en una situación de separación o divorcio, se encuentra complementado por un régimen de visitas.

Por otro lado, en lo que concierne a diferencias en ambas normativas debemos destacar las siguientes:

- En primer lugar señalar que en la legislación española es en el Código Civil donde se regulan los temas inherentes al Derecho de Familia y por ende al ejercicio de la patria potestad. En cambio, en el ordenamiento jurídico boliviano el Derecho de Familia y por tanto el ejercicio de la autoridad parental, se encuentra comprendido en el Código de Familia.
- Con relación a la utilización de los términos en la normativa española se contempla la *“patria potestad”*. En cambio, en la normativa boliviana se prevé *“la autoridad de los padres”*.
- Con relación al ejercicio de la patria potestad en situaciones de crisis matrimoniales o uniones de

hecho, la normativa española ha previsto que el mismo puede mantenerse de forma compartida. En cambio, la legislación boliviana dispone que ejerza la autoridad de los padres el progenitor que obtiene la guarda del menor.

- La normativa española contempla una serie de sistemas⁸⁸ con relación al ejercicio de la patria potestad en situaciones de crisis familiares, aspecto que no ocurre con la legislación boliviana que únicamente prevé el ejercicio individual de la autoridad de los padres.
- Sobre la igualdad de los progenitores debemos señalar que del contenido de las normas sustantivas en la legislación española se prevé la igualdad de los progenitores tanto durante la relación matrimonial o de unión de hecho, como en situaciones de crisis, al contemplarse diversas formas de ejercicio de la patria potestad. En cambio, en la legislación boliviana se limita dicha igualdad a la relación conyugal y no así al contexto de separación o divorcio al restringirse el ejercicio de la autoridad parental a favor del progenitor que obtiene la custodia.

En síntesis, a nuestro juicio, si bien es cierto que existe una serie de diferencias en ambas legislaciones, se debe resaltar el hecho de que tanto la normativa española como la boliviana han previsto que debe prevalecer el interés de los menores en lo que atañe al contenido de la patria potestad o la autoridad de los padres y su ejercicio, quedando pendiente abordar por parte de los legisladores de ambos países el contenido de dicho beneficio.

⁸⁸ Tal como se ha manifestado en el apartado 2. del presente capítulo, existen cuatro sistemas de ejercicio de la patria potestad: mantenimiento del ejercicio compartido, atribución total del ejercicio, atribución parcial y distribución de funciones.

5. LA GUARDA Y CUSTODIA

5.1. Definición de la guarda en sentido amplio y en sentido restringido

Una vez analizado el contexto del ejercicio de la patria potestad en lo que concierne a las relaciones paterno-filiales, continuamos el desarrollo de esta investigación con el estudio de la guarda y custodia.

Así, antes de abordar este tema en sentido específico, debemos configurar la guarda en sentido amplio, para evitar que se presenten confusiones a lo largo del presente trabajo. En esa consideración, se entiende por guarda a la figura jurídica por la que se otorga a terceras personas temporalmente el cuidado y la custodia de un menor, mediante una disposición judicial con la finalidad de satisfacer las necesidades y expectativas del menor que se encuentra en estado de orfandad, o su permanencia al lado de sus progenitores, representa un serio riesgo para su formación, su desarrollo, su salud e incluso su vida⁸⁹.

Se deduce así que la figura jurídica de la guarda no se limita al ámbito de los progenitores, sino también de terceros.

Ahora bien, de acuerdo al objetivo de nuestra investigación enfocaremos el tema de la guarda y custodia en sentido restringido con relación al cuidado y protección del menor por parte de los progenitores, en una situación de crisis matrimonial o de unión de hecho.

En ese sentido, resulta acertada la definición que realiza Guilarte Martín⁹⁰ cuando sostiene que:

⁸⁹ Siguiendo a PACHECO DE KOLLE, S., *Derechos de la Niñez y Adolescencia*, op. cit., p. 81.

⁹⁰ GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., "Comentarios del nuevo artículo 92 del Código Civil, op. cit., pp. 135-136. Por su parte, sobre la guarda SANTOS OROZA, R., *Apuntes de Derecho de Familia*, op. cit., pp. 201-202, afirma que: "Se entiende como la alta función social de cuidar y proteger a la persona del hijo, quien por su edad no puede ni sabe cuidarse a sí mismo: Piénsese en un niño de meses o de muy pocos años, que

“Puede definirse la guarda como aquella potestad que atribuye el derecho de convivir de forma habitual con los hijos menores o incapacitados, bien de forma permanente hasta que recaiga nuevo acuerdo o decisión judicial (atribución unilateral a un progenitor), bien de forma alterna en los períodos prefijados convencional o judicialmente (guarda compartida o alterna) y abarca todas las obligaciones que originan en la vida diaria y ordinaria de los menores: la alimentación, el cuidado, la atención, educación en valores, formación, vigilancia y, desde luego, la responsabilidad por los hechos ilícitos provocados por los menores interviniendo su culpa o negligencia”.

Ello implica la concepción de la guarda analizada tanto desde el punto de vista de la custodia unilateral como desde la custodia compartida, abordando además, todas las actividades que debe contener su ejercicio.

Se debe también diferenciar la guarda de la tenencia de los hijos. En ese sentido, hay autores que afirman que la guarda presupone una actividad que comprende asumir la custodia y defensa del menor, procurando satisfacer los deberes de cuidado y vigilancia, en cambio, la tenencia de manera fáctica, implica en este caso, la proximidad física de una persona⁹¹.

Nosotros somos partidarios de emplear el término guarda en detrimento de la tenencia, puesto que, alcanza de manera general y sistematizada todas las actividades que comprende la protección del menor incluida la tenencia.

depende por completo de su padre y de su madre. Se trata sobre todo del ejercicio de una función de carácter eminentemente personal en cuanto a los padres y a los hijos en los planos físico, moral, psíquico y afectivo, en el entendido de que nadie velará mejor y cuidará más por los hijos menores, que sus propios progenitores”.

⁹¹ Por ejemplo, D' ANTONIO, D. H., *Derecho de los menores*, op. cit., p. 225.

5.2. Conflicto terminológico sobre la guarda y custodia

Si observamos los artículos del Código Civil español nos percatamos que no existe unanimidad en la terminología utilizada, Así, este Código en virtud a las modificaciones introducidas por Ley 15/2005, de 8 de julio, prevé con relación a los términos “*guarda*” y “*custodia*” las siguientes disposiciones en el capítulo referente a los efectos de la separación y divorcio⁹²:

En el artículo 90 del CC se contempla una percepción general, que prevé “*el cuidado de los hijos sujetos a la patria potestad*”, aspecto que motiva a entender un ejercicio corresponsable y una participación equilibrada por parte de ambos progenitores⁹³. Sin duda, dicha redacción promueve el criterio de igualdad que debe primar entre progenitores.

Por su parte, el artículo 92 contempla la utilización de tres términos para referirse a la custodia: en el inciso segundo se refiere a “*la custodia y el cuidado de los hijos*”, en el quinto y séptimo se prevé “*la guarda conjunta*”, en el sexto se hace cita a “*la guarda y custodia*”, en el quinto y octavo, se alude a “*la guarda y custodia compartida*”, y por último, en el inciso noveno se hace mención a “*la custodia de los hijos*”.

Sobre el tema, la única explicación que encontramos para utilizar diferentes vocablos se circunscribe a evitar la tautología. Sin embargo, consideramos que el legislador debió haber optado por una regulación con términos uniformes a fin de que se prescinda de interpretaciones antojadizas que en lugar de allanar la asimilación de los términos “*cuidado de los hijos*” y “*custodia compartida*”, no hace más que distorsionar el propósito de dichas figuras jurídicas .

Del mismo modo, del contenido del artículo 96 del CC que dispone que respecto al “*uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso*

⁹² Sobre el tema ORTUÑO MUÑOZ, P., *El nuevo régimen jurídico de la crisis matrimonial*, Edit. Civitas, Navarra, 2006, p. 62, sostiene que se puede evidenciar un uso excesivo del término guarda, que el legislador en el año 1981 había sustituido por el vocablo cuidado de los hijos.

⁹³ Tiene esa opinión ORTUÑO MUÑOZ, P., *El nuevo régimen jurídico de la crisis matrimonial*, op. cit., p. 37.

ordinario en ella, corresponden a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden”, así como del artículo 103 que señala que *“el Juez a falta de acuerdo entre cónyuges determinará con cuál de ellos han de quedar los menores y la forma en que el cónyuge apartado podrá tenerlos en su compañía”*, se puede observar que ninguno de ellos define en que consiste la *guarda y custodia*, únicamente existe una dispersión de términos, que no contribuyen a valorar el alcance de los vocablos en cuestión. Por el contrario, nos dan a entender que la custodia que prefiere el legislador de 2005 es la monoparental, tal como en el siguiente capítulo tendremos oportunidad de analizar.

Con referencia al tema de las relaciones paterno-filiales, el Código Civil contempla los siguientes preceptos:

En el inciso primero del artículo 154 se señala que se debe *“velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral”*. Resulta evidente que el término *“tenerlos en su compañía”* se refiere a contextos de convivencia normal, expresión que debería ser extensible a situaciones de separación o divorcio, de manera concreta, como parte de la guarda y custodia durante el periodo que cada uno de los padres se encuentre con sus hijos.

De igual forma, el inciso segundo del artículo 158 prevé que el Juez dictará *“las disposiciones apropiadas a fin de evitar a los hijos perturbaciones dañosas en los casos de cambio del titular de la potestad de guarda”*. Se puede evidenciar así, que el legislador se limita a mencionar el término *guarda*, sin entrar en detalle sobre el alcance del contenido de esta expresión. Además, no se indica cómo se determinará en qué consiste *“lo más apropiado”*.

Por su parte, el artículo 159 señala que *“si los padres viven separados y no decidieren de común acuerdo, el Juez decidirá, siempre en beneficio de los hijos, al cuidado de qué progenitor quedarán los hijos menores de edad...”*. De esta redacción, se puede deducir que el legislador prepondera el sistema unilateral como modalidad de custodia. Igualmente, se repite lo que acontece en el artículo 158 y no se menciona

de qué forma el Juez valorará en qué consiste lo mejor para el menor.

De todo lo anterior, hay que destacar, que tanto en el capítulo referente a los efectos de la separación y divorcio como en las relaciones paterno-filiales, el Código Civil no define ninguno de los términos objeto de análisis. En ese sentido, es lamentable que el legislador no haya aprovechado la oportunidad para introducir cambios con la finalidad de tener una interpretación uniforme sobre el tema de la guarda y custodia.

De igual manera, la Ley de Enjuiciamiento Civil del año 2000, en las disposiciones referentes a los procesos de separación y divorcio artículos 748. 4, 769. 3 y 770. 6 si bien utilizan los términos “*guarda y custodia*”, tampoco prevén una definición⁹⁴.

Por todo ello, de conformidad a los textos normativos citados, comprobamos que no existe una definición “*legal*” de los términos en cuestión, por lo que vamos a brindar algunas definiciones doctrinales.

En primer término se puede definir la *guarda y custodia* como “la determinación de la persona con quien van a convivir habitualmente los hijos”⁹⁵.

Echarte Feliú⁹⁶ considera la *guarda y custodia* como sinónimos, cuando afirma que la guarda o cuidado “no es más que la convivencia

⁹⁴ El art. 748. 4, textualmente señala que: “Los que versen exclusivamente sobre guarda y custodia de hijos menores o sobre alimentos reclamados por un progenitor contra el otro en nombre de los hijos menores”.

Asimismo, el art. 769. 3, prevé que: “En los procesos que versen exclusivamente sobre guarda y custodia de hijos menores o sobre alimentos reclamados por un progenitor contra el otro en nombre de los hijos menores, será competente el Juzgado de Primera Instancia del lugar del último domicilio común de los progenitores. En el caso de residir los progenitores en distintos partidos judiciales, será tribunal competente, a elección del demandante, el del domicilio del demandado o el de la residencia del menor”.

De igual manera, el art. 770. 6, señala que: “En los procesos que versen exclusivamente sobre guarda y custodia de hijos menores o sobre alimentos reclamados en nombre de los hijos menores, para la adopción de las medidas cautelares que sean adecuadas a dichos procesos se seguirán los trámites establecidos en esta Ley para la adopción de medidas previas, simultáneas o definitivas en los procesos de nulidad, separación o divorcio”.

⁹⁵ Entre otros LÁZARO GONZÁLEZ, I., *Los menores en el Derecho Español-Práctica Jurídica*, op. cit., p. 229.

⁹⁶ ECHARTE FELIÚ, A. M., *Patria potestad en situaciones de crisis matrimonial*, op. cit., p. 64. Asimismo, RAGEL SÁNCHEZ, L. F., “La guarda y custodia de los hijos, en Derecho Privado y Constitución, Madrid, núm. 15, Enero-Diciembre 2001, p. 289, sostiene que la guarda y custodia de los hijos consiste en el cuidado, educación y formación integral, por parte de uno o ambos progenitores.

física habitual con el menor”.

Asimismo, existen nociones que únicamente se refieren al término “*cuidado de los hijos*”, que implican la convivencia habitual en el mismo domicilio, de los hijos y el cónyuge al que se le haya otorgado la guarda⁹⁷.

Así, el término “*cuidado de los hijos*” da la impresión de que es parte de la “*guarda*”. A nuestro modo de ver, la *guarda* de modo general y la *custodia* de manera específica, son preceptos similares con una misma finalidad, en este caso la *convivencia* con el menor.

Por otro lado, hay autores que afirman que no es imprescindible la convivencia física habitual, de hecho se pone como ejemplo el caso de un menor internado en un colegio, por esta razón se afirma que en la guarda y custodia puede existir una convivencia espiritualizada, que implica una efectiva ocupación y atención del menor⁹⁸.

Desde esta consideración, la guarda y custodia no tendría asidero alguno, por cuanto la misma debería ser otorgada a un tercero⁹⁹, en este caso al colegio, aspecto que es improbable.

A nuestro criterio, los términos “*guarda*” y “*custodia*” implican un mismo objetivo, que se traduce en la convivencia, eje sobre el cual giran todas las decisiones concernientes a la facultad de cuidado que tienen los progenitores. Por esta razón, en el presente trabajo utilizaremos indistintamente los dos términos como sinónimos.

No obstante, con la finalidad de evitar controversias que generen diferentes posturas, sería aconsejable que el legislador en lo que atañe a la participación de los progenitores en el cuidado de los hijos, en una situación de ruptura de los progenitores utilice el vocablo “*custodia*”, dejando de lado el término “*guarda*” para la participación de terceras

⁹⁷ Siguiendo a HERRERO GARCÍA, M^a. J., “Las medidas provisionales en la crisis matrimonial”, en *Revista de Derecho Notarial*, Tomo I, 1982, p. 201.

⁹⁸ Por ejemplo, VENTOSO ESCRIBANO, A., *La representación y disposición de los bienes de los hijos*, op. cit., p. 134.

⁹⁹ En ese sentido, DURÁN AYAGO, A., *La protección internacional del menor desamparado: régimen jurídico*, Edit. Colex, Madrid, 2004, p. 64, sostiene que en la guarda administrativa es la entidad pública quien asume el cuidado del menor.

personas llámese abuelos, tíos o personas ajenas a la familia.

Asimismo, los conceptos analizados concentran su atención en el término “*convivencia habitual*”, se debe comprender su ámbito de aplicación temporal y espacial, en función a la relación que tenga el menor con cada uno de los progenitores tanto en situaciones de convivencia normal como en situaciones de crisis matrimoniales o de uniones de hecho. Por ejemplo, en el supuesto de optar por el establecimiento de la “*custodia compartida*”, la “*convivencia habitual*” debe ser comprendida según el reparto de tiempo; por semestres, por meses, por semanas o por días¹⁰⁰.

5.2.1. Discusión semántica con relación al término “custodia compartida”

Se ha generado cierta discusión en torno a la terminología utilizada, hasta el momento el término más conocido y utilizado en la legislación española¹⁰¹ es la “*custodia compartida*”, pero como se observará no es el más apropiado puesto que:

El término “*compartir*” como manifiesta Zarraluqui¹⁰² quiere decir tener, usar o consumir una cosa entre varios. Es decir, tiene un componente de simultaneidad y de ejercicio al mismo tiempo, por lo que se comparte la custodia cuando se convive con los dos progenitores, lo que no ocurre en una situación de crisis familiar.

De igual manera, hay quien manifiesta que el participio “*compartida*” implica que la titularidad de la guarda es ostentada por ambos progenitores, claro está en casos de normalidad de convivencia

¹⁰⁰ Con relación a la custodia compartida, las modalidades y sus criterios de aplicación serán tratados en el capítulo tercero.

¹⁰¹ Término que también figura tanto en el anteproyecto presentado y aprobado por el consejo de Ministros en fecha 17 de septiembre de 2004, como en el proyecto presentado y aprobado en fecha 29 de noviembre de 2004.

¹⁰² Véase ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRRIAGA, L., “Reflexiones en relación con la guarda y custodia de los hijos...”, op. cit., pp. 91-92.

familiar¹⁰³.

Ésto significa que el término “*custodia compartida*” implica ejercicio simultáneo en lo referente al ámbito espacial y temporal, aspecto que se presenta durante el tiempo que permanece estable la relación conyugal entre progenitores.

Por lo tanto, en situaciones de crisis matrimoniales o de uniones de hecho se podrá hablar de custodia sucesiva o alternativa, o en todo caso de una guarda alterna, pero no compartida, toda vez que las decisiones diarias sobre la vida, salud, educación y otras consuetudinarias no son conjuntas, sino que se realizan por quien está con el menor en ese momento, es decir, se encontrará a cargo de la custodia el progenitor a quien le corresponda la misma, de acuerdo a lo estipulado en el convenio regulador o en la sentencia de separación o divorcio¹⁰⁴.

En ese mismo sentido, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 22ª), de 23 de septiembre de 1997¹⁰⁵, adopta la custodia sucesiva o alternativa en base al convenio regulador estipulado por los progenitores, argumentándose la imposibilidad de que los hijos mantengan una relación simultánea con ambos progenitores en lo que atañe a su vida cotidiana.

Sucede también que en algunas definiciones se menciona el vocablo “custodia alternada o sucesiva”, no obstante, se adopta finalmente el término “*custodia compartida*”, afirmándose que la misma tiene por objeto distribuir el tiempo de permanencia de los menores con cada uno de los progenitores en forma distinta a la habitual, con la finalidad de mantener una relación estable¹⁰⁶. A nuestro juicio, ello evidencia una falta de coherencia entre los términos empleados.

¹⁰³ Siguiendo a GODOY MORENO, A., “La guarda y custodia compartida...”, op. cit., pp. 323-324.

¹⁰⁴ ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRRIAGA, L., “Reflexiones en relación con la guarda y custodia de los hijos...”, op. cit., p. 92; GUILARTE MARTIN-CALERO, C., “Comentarios del nuevo artículo 92 del Código Civil”, op. cit., pp. 135-155.

¹⁰⁵ Por su parte, la SAP Santa Cruz de Tenerife núm. 9 (Sección 4ª), de 26 enero de 2004, utiliza los términos custodia alternada y compartida como sinónimos, JUR 2004\70451, ponente: Ilmo. Sr. D. Pablo José Moscoso Torres.

¹⁰⁶ Cfr. LÁZARO GONZÁLEZ, I., *Los menores en el Derecho Español*, op. cit., p. 235.

Sobre este tema surge otro interrogante, pues por ejemplo hay quien afirma que no es lo mismo hablar de custodia compartida que de guarda por periodos repartidos, Así la primera, es producto de los pactos que establecen los progenitores, por lo que, no se puede concebir la custodia compartida como un reparto aritmético del tiempo del menor, en cambio, la guarda por periodos repartidos, hace alusión a progenitores enfrentados que utilizan al menor como si fuera éste de su propiedad¹⁰⁷.

Al respecto, creemos que en gran medida el éxito de la aplicación de la custodia compartida depende de la voluntad de los progenitores. No obstante, en supuestos donde no exista consenso entre los padres y que producto de una resolución judicial se establezca como medida óptima la aplicación de dicha figura jurídica, el reparto del tiempo libre del menor se tiene que considerar de forma ineludible en función a la modalidad de custodia compartida a aplicarse.

Por ello, discrepamos con la diferenciación que realiza esta postura entre custodia compartida y guarda por periodos repartidos, en alusión por parte de esta última al enfrentamiento entre padres.

Hay quien va más allá y plantea el término “*reparto de tiempo de convivencia*” en lugar de “*guarda y custodia*”¹⁰⁸. Sin duda, la utilización del término “*reparto de convivencia*” dejaría de lado las discusiones semánticas entre las acepciones “*guarda y custodia*” por un lado, como también sobre el término “*custodia compartida*”.

Por su parte, hay autores que propugnan la eliminación del término “*guarda y custodia*” y su reemplazo por “*la distribución racional de la convivencia*”¹⁰⁹.

¹⁰⁷ Vid. ORTUÑO MUÑOZ, P., *El nuevo régimen jurídico de la crisis matrimonial*, op. cit., pp. 64-66.

¹⁰⁸ Por ejemplo, PÉREZ MARTÍN, A. J., “Reparto de la convivencia de los hijos menores con sus progenitores”, en ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRRIAGA, L., y otros, *Los hijos menores de edad en situación de crisis familiar*, Edit. Dykinson, Madrid, 2002, p. 114.

¹⁰⁹ Entre otros ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRRIAGA, L., “Disponibilidad del objeto en los procesos familiares. Especial Consideración de la custodia de los hijos”, en VVAA,

Nosotros somos partidarios, de que en lugar de utilizar el vocablo “*racional*” sería preferible emplear el término “*proporcional*”, que resulta acorde con una situación de separación o divorcio.

Es necesario aclarar que las posiciones reflejadas abarcan a la guarda y custodia en general, pero ésto no es óbice para que no puedan ser tomados en cuenta como alternativa a la figura jurídica de la custodia compartida.

En cuanto a la tramitación parlamentaria de las reformas de 2005, la acepción “custodia compartida” generó mucha polémica. Un sector se posicionó en contra del mismo, toda vez que sostenían que el término acorde debería ser la “custodia alterna”, “alternativa” o “sucesiva”, puesto que resulta imposible que el menor viva a la vez con ambos progenitores al producirse la crisis matrimonial o de unión de hecho. Otro sector, defendió el término empleado, por cuanto la custodia conjunta viene de la corresponsabilidad que debe existir por parte de los progenitores aun después de haberse disuelto el matrimonio o haberse separado¹¹⁰.

A nuestro juicio, desde el punto de vista semántico la opción idónea se encuentra en el término *custodia alterna, alternativa o sucesiva*, toda vez que la corresponsabilidad que debe existir durante y después de la unión conyugal o de hecho, abarca no sólo a la custodia en general, sino engloba también el ejercicio de la patria potestad.

Resulta evidente que en situaciones de crisis familiares los progenitores dejan de convivir, por lo que es más apropiado utilizar la expresión “*custodia alternativa o sucesiva*”¹¹¹, sin embargo, dado que en el Anteproyecto y Proyecto de Ley aprobados respectivamente el año

Temas de actualidad en Derecho de Familia, Edit. Dykinson, Madrid, 2006, pp. 58-60; ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRRIAGA, L., “Reflexiones en relación con la guarda y custodia de los hijos...”, op. cit., p. 89.

¹¹⁰ Vid. LORCA NAVARRETE, A. M. y DENTICI VELASCO, N. M., *La regulación de la separación y el divorcio en la nueva “Ley de Divorcio” de 2005 con especial...* op. cit., pp. 56-59.

¹¹¹ Criterio compartido por PÉREZ SALAZAR-RESANO, M., “Patria Potestad”, op. cit., p. 194 -195.

2004, como en la Ley 15/2005, de 8 de julio, se adopta el término “custodia compartida”, expresión que también es utilizada de forma general por la Jurisprudencia¹¹², durante el desarrollo del actual trabajo priorizaremos la utilización de dicho término.

5.3. El ejercicio de la patria potestad y la custodia

En principio, cuando los progenitores se encuentran en una situación matrimonial o de unión de hecho normal, se puede entender el ejercicio de la patria potestad y la custodia de dos maneras:

- Primero, tanto la titularidad de la patria potestad, como su ejercicio y la custodia se realizan por lo general de manera compartida. De acuerdo a esta alternativa, es complicado establecer diferencias entre las figuras jurídicas en cuestión.
- Segundo, la custodia, es absorbida en primer término, de forma general por la titularidad de la patria potestad, y luego de manera específica por el ejercicio de la misma. Con relación a esta variante, apropiadamente se enfatiza en que la patria potestad y la guarda y custodia de los hijos se diferencian, toda vez que existe una *“relación del todo a la parte”*¹¹³. Ésto significa que el todo es la titularidad de la patria potestad y su ejercicio, y la custodia de los menores son una parte del contenido global.

Asimismo, cuando se produce la disolución del vínculo conyugal y las parejas dejan de convivir las diferencias se acentúan en lo que atañe al ejercicio de la patria potestad y la custodia de los hijos.

¹¹² A manera de ejemplo, podemos citar las siguientes resoluciones: SAP de Alicante, de 7 de julio de 1997; SAP de Valencia, de 1 de septiembre de 1997; SAP de Valencia, de 30 de julio de 1999; SAP de Girona, de 25 de febrero de 2001; SAP de Asturias, de 2 de abril de 2003.

¹¹³ Véase RAGEL SÁNCHEZ, L. F., “La guarda y custodia de los hijos, op. cit., pp. 284-285.

En ese sentido, se sostiene que existe una escisión o disociación de la patria potestad y la custodia de los hijos¹¹⁴.

Sobre el tema, de forma acertada Zarraluqui sostiene que el ejercicio de la patria potestad implica las relaciones trascendentes que engloban temáticas como la nacionalidad, vecindad, domicilio, capacidad de obrar, educación, formación y salud, por su parte, la custodia aborda la convivencia y las decisiones cotidianas de menor importancia sobre la salud, la educación, la disciplina y el orden diario sobre la vida¹¹⁵.

Esta situación que conlleva a realizar una división entre actos usuales y actos extraordinarios, así, por ejemplo en el tema de la educación, la guarda implica que el progenitor custodio debe controlar la realización de los deberes escolares cotidianos, en cambio, el ejercicio de la patria potestad sugiere que ambos progenitores tienen que decidir en que centro educativo recibirán formación escolar los hijos menores de edad¹¹⁶. De igual forma, en lo que atañe a temas como la nacionalidad y capacidad de obrar, las decisiones y representación recae en la

¹¹⁴ Tiene esa opinión RAGEL SÁNCHEZ, L. F., "La guarda y custodia de los hijos, op. cit., pp. 286 y 293, además, sostiene que: "En las situaciones diversas a la de la convivencia normal de los padres, la guarda y custodia se separa de la patria potestad como el polluelo del cascarón".

¹¹⁵ Vid. ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRRIAGA, L., "Disponibilidad del objeto en los procesos familiares. Especial Consideración de la custodia de los hijos", op. cit., pp. 39-40.

¹¹⁶ BORDA, G. A., *Manual de Derecho de Familia*, Edit. Perrot, Buenos Aires, 1988, Décima edición, pp. 348-363, afirma que la educación forma parte de los derechos y deberes paterno-filiales, así, se entiende la guarda como la facultad que tienen los progenitores de tener consigo a sus hijos con el fin de cuidar de ellos y vigilarlos, situando la educación, asistencia y representación entre otros, como parte de esos derechos y deberes. A nuestro parecer esto quiere decir que la educación forma parte del ejercicio de la guarda y esta a su vez del ejercicio de la patria potestad y el conjunto de estas actividades se encuentran inmersas en lo que se denomina la ostentación de la titularidad de la patria potestad. Sobre el tema, los hermanos MAZEAUD, H. L. y MAZEAUD, J., *Lecciones de Derecho Civil*, op. cit., p. 94, sostienen que en la práctica tanto la guarda como la dirección forman parte de la patria potestad, por cuanto su contenido incluye el derecho de vivir en la casa de los progenitores, como también el deber de ejercer un control de vigilancia sobre su correspondencia, relaciones y la facultad de elegir su educación y su religión. En cambio, en el plano teórico se debe distinguir, el derecho de guardar al hijo y el de vigilarlo que, por una parte, comprende el derecho de guarda; y el derecho de elegir su educación y su religión que por otra parte, encierra el derecho de dirección. Esta posición dificulta el ejercicio de la autoridad parental, pues, somos partidarios de que tanto el derecho de dirección como el derecho de guarda formen parte directa del ejercicio de la patria potestad, prescindiendo de su división teórica y práctica.

responsabilidad tanto del padre como de la madre de los hijos.

Y, en definitiva, debemos señalar que si bien el modelo de guarda español es restringido, puesto que consiste en cuidar al hijo, función subsumida en la patria potestad. Hay que tener en cuenta que en situaciones de crisis familiares la guarda se ejerce por el progenitor que queda en compañía del hijo independientemente de que la titularidad de la patria potestad la ostenten los dos progenitores. En esa consideración, se afirma que tener a los hijos en su compañía, por analogía significa “*guardar*”, “*cuidar*” y “*convivir*”. Ésto se refiere al aspecto personal, convivencial e inmediato del cuidado del hijo, mientras que, el ejercicio de la patria potestad contempla la responsabilidad integral del menor¹¹⁷.

6. MODALIDADES DE GUARDA

Entre las modalidades de *guarda* que se pueden adoptar encontramos las siguientes¹¹⁸:

- Guarda unilateral; que consiste en atribuir la potestad de guarda a uno de los progenitores.
- Guarda por un tercero; que consiste en atribuir la potestad de guarda a una persona que no sea el progenitor.
- Guarda distributiva; que consiste en distribuir a los menores con ambos progenitores¹¹⁹.
- Guarda compartida; que consiste en atribuir la custodia de los hijos a ambos progenitores.

¹¹⁷ Véase GODOY MORENO, A., “La guarda y custodia compartida...”, op. cit., pp. 321-322.

¹¹⁸ Siguiendo a GODOY MORENO, A., “La guarda y custodia compartida...”, op. cit., pp. 322-323.

¹¹⁹ Denominada también como guarda y custodia partida PÉREZ SALAZAR-RESANO, M., “Patria Potestad”, op. cit., p.190.

Al respecto, la guarda unilateral es un régimen que ha venido imperando con habitualidad en las situaciones de separación o divorcio, la guarda por un tercero se aplica con carácter excepcional, cuando se demuestra la falta de capacidad de los progenitores¹²⁰, y en cuanto a las dos últimas modalidades antes citadas consideramos que la guarda distributiva es absorbida por aplicación de la guarda compartida.

En ese sentido, a nuestro criterio existe una diversidad de modelos de guarda debido principalmente a que el modelo de guarda unilateral no ha podido solucionar las contingencias que se presentan en situaciones de separación o divorcio. Por lo que, la *guarda compartida* se convierte en una variante atractiva que puede enmendar los desaciertos conyugales que originaron la ruptura matrimonial, siempre que su aplicación se realice en interés del menor¹²¹.

No obstante, en lugar de adoptar únicamente el término “guarda” hubiera sido mejor que esta clasificación utilizará la expresión “guarda y custodia”, de esta manera, se comprendería mejor el contenido y finalidad de las cuatro modalidades.

6.1. Posición de los progenitores y del menor con respecto a la custodia

Con relación al tema de la custodia, en general en situaciones de crisis matrimoniales o de uniones de hecho, debemos partir de la concepción de tres posiciones previsibles:

Primero, existe una relación bilateral cuando ambos progenitores adoptan una misma postura en lo que respecta el tema de la custodia, y el menor a su vez mantiene una posición distinta, lo que conlleva a una

¹²⁰ En este caso nos encontramos ante una guarda en sentido amplio.

¹²¹ Sobre el tema GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., “Comentarios del nuevo artículo 92 del Código Civil”, op. cit., pp. 135-154, sostiene que: “...ni la guarda exclusiva ni la guarda alterna son el modelo perfecto adaptable a todas las circunstancias que pueden originarse en la realidad social, que es rica en diversidad; pero por esta misma razón, conviene valorar positivamente la incorporación al Código Civil de un sistema que, si bien puede no responder a lo que todavía es hoy mayoría, es apto, en determinados supuestos, para dar nuevas respuestas a viejos problemas”.

relación enfrentada entre progenitores vs. hijos. Ésto significa que entre el padre y la madre establecen un acuerdo y el menor -con suficiente juicio- disiente con dicho convenio, al deducir que es contrario a sus deseos e intereses.

Segundo, se presenta una relación tripartita, cuando padre, madre y menor tienen posiciones enfrentadas. Esta situación es propia de los procesos contenciosos, donde cada una de las partes tiende a satisfacer sus intereses personales en detrimento del bien común, y por encima del interés del menor.

Finalmente, existe una posición única, que se presenta cuando los progenitores y el menor mediante la manifestación de sus deseos logran consensuar acerca de la aplicación de la modalidad de guarda y custodia adecuada a las circunstancias. Sin duda, esta variante se constituye en la opción ideal que debería existir en situaciones de crisis matrimonial o de unión de hecho, no obstante, su aplicación depende de que el menor tenga suficiente juicio y edad para pronunciarse directamente.

7. LA FIGURA JURIDICA DE LA GUARDA Y CUSTODIA EN LA LEGISLACION BOLIVIANA

La normativa boliviana en lo que concierne los términos “*guarda y custodia*” en el Código de Familia contempla las siguientes disposiciones:

En el capítulo referente al patrimonio familiar en el artículo 36 (divorcio o separación), se utiliza el término *guarda* con relación a la distribución de los hijos¹²².

¹²² Textualmente el artículo 36 (DIVORCIO O SEPARACIÓN) señala que: “si hay divorcio o separación, el juez designa al progenitor y, en su defecto, al tutor que ha de quedar con los hijos menores en el patrimonio familiar hasta que éstos lleguen a su mayoría, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 145 del presente Código.

En caso de que se distribuya la guarda de los hijos entre ambos cónyuges o entre uno de éstos y un tutor, el juez puede adoptar la determinación que corresponda y, en último extremo, declarar la disolución del patrimonio familiar, según convenga más al interés de los hijos”.

Asimismo, en el capítulo referente a los efectos del divorcio están previstos los siguientes preceptos:

En el artículo 145 (Situación de los hijos), se hace mención a los términos *cuidado y guarda* del menor respectivamente¹²³.

También, el contenido del artículo 146 (Autoridad de los padres, tutela, derecho de visita y supervigilancia) del Código de Familia, contempla el término “*guarda*”¹²⁴.

Lo mismo ocurre en el capítulo referente a la autoridad de los padres, el artículo 258 (Deberes y derechos de los padres), señala en el primer inciso que los progenitores tienen el deber y derecho de *guardar* al hijo¹²⁵.

De dichas disposiciones se puede percibir que el legislador boliviano no ha previsto una definición sobre la *guarda y custodia*, limitándose a señalar con cual de los progenitores se quedarán los menores.

Desde el punto de vista doctrinal, se manifiesta que la guarda de los menores se circunscribe a mantener un contacto permanente e inmediato, debiéndose para ello convivir en el mismo domicilio conyugal¹²⁶. Ante esta postura surge la siguiente interrogante ¿Cómo

¹²³ El artículo 145 (SITUACION DE LOS HIJOS) prevé que: “El juez define en la sentencia la situación de los hijos, teniendo en cuenta el mejor cuidado e interés moral y material de éstos.- (Art. 389 Código del matrimonio).

Las convenciones que celebren o las proposiciones que hagan los padres, pueden aceptarse, siempre que consulten dicho cuidado e interés y tengan bajo su patria potestad a todos los hijos.

Todos los hijos menores de edad quedarán en poder del padre o de la madre que ofrezca mayores garantías para el cuidado interés moral y material de éstos, debiendo el otro cónyuge contribuir a la manutención de los mismos de acuerdo a sus posibilidades y en la forma que el juez señale.

Por razones de moralidad, salud o educación, puede confiarse la guarda a los abuelos paternos o maternos o entre los hermanos de los cónyuges prescindiéndose de los padres. En caso necesario la guarda puede ser confiada a terceras personas de conocida idoneidad. (Art. 36, 27, 144, 254, 365, 367, 389, 398). (Código de Familia: Ley N° 996 de 4 de abril de 1988)”.

¹²⁴ Su contenido se puede ver en las páginas 37 y 38.

¹²⁵ Véase en las páginas 40 y 41.

¹²⁶ Siguiendo a DECKER MORALES, J., *Código de Familia*, op. cit., p. 157.

debe ejercerse la custodia en situaciones de crisis matrimoniales o de uniones de hecho?

Nosotros creemos que en una situación de ruptura de los progenitores la guarda y custodia alternada se presenta como una opción que abarca la posibilidad de mantener al menor en contacto directo con ambos progenitores por un periodo permanente, a diferencia de la guarda unilateral que prepondera la participación de uno de los progenitores en detrimento del otro.

7.1. La guarda en el Código Niño, Niña y Adolescente, de 1999

El Código Niño, Niña y Adolescente de 1999 define y especifica el contenido de la *guarda* en el artículo 42 que textualmente señala que:

“La guarda es una institución que tiene por objeto el cuidado, protección, atención y asistencia integral a un niño, niña o adolescente con carácter provisional y es otorgada mediante resolución judicial a uno de los progenitores; en casos de divorcio y separación de las uniones conyugales libres y en otros casos a terceras personas carentes de autoridad parental o tuición legal...”.

De dicha redacción se evidencia que el legislador adopta el término *“guarda”*, que comprende no sólo el cuidado de los hijos, sino también la protección integral del menor, lo que permite deducir que esta figura jurídica se encuentra interrelacionada con la autoridad de los padres en la legislación boliviana. Además, se contempla de forma exclusiva el contenido de la guarda monoparental, en detrimento de la custodia compartida.

Asimismo, el artículo 43 del Código Niño, Niña y Adolescente establece las siguientes clases de guarda: La guarda en desvinculación familiar que es atribuida por el Juez de Familia y la guarda legal que es conferida por el Juez de la Niñez y Adolescencia a la persona que no

tiene tuición legal sobre un niño, niña o adolescente¹²⁷.

De ello se deduce que la guarda en desvinculación familiar tiene un sentido restringido puesto que es concedida a uno de los progenitores, en cambio, el establecimiento de la guarda legal a favor de terceras personas nos permite equipar a dicha figura jurídica en sentido amplio.

Independientemente, del establecimiento de la guarda en sentido amplio o restringido, a nuestro juicio, en la normativa boliviana debe destacarse el hecho de realizar la protección integral del menor.

En esa consideración, se sostiene que la guarda contempla no sólo la función de cuidado personal y directo del menor, sino que también influye en el poder de decisión o de responsabilidad global sobre el mismo¹²⁸.

Se deben citar también los artículos: 45 (procedencia); 46 (seguimiento y conversión); 47 (prohibición); 48 (promoción de programas); 49 (revocación); y 50 (trámite y ejercicio), disposiciones que contemplan previsiones utilizando el término “*guarda*”.

Y, en definitiva, destacar que el hecho de que el legislador en el CNNA haya previsto la definición del término y las clases de “*guarda*” respectivamente, a nuestro modo de ver facilita la aplicación de la norma.

8. SEMEJANZAS Y DIFERENCIAS EN LAS LEGISLACIONES DE ESPAÑA Y DE BOLIVIA CON RELACIÓN A LA GUARDA Y CUSTODIA

En lo que respecta la *guarda y custodia* en las legislaciones

¹²⁷ El artículo 43 (CLASES DE GUARDA) señala que: “Se establecen las siguientes clases de Guarda:

1. La Guarda en desvinculación familiar, sujeta a lo previsto por el Código de Familia y que es conferida por el Juez de Familia; y,
2. La Guarda Legal que es conferida por el Juez de la Niñez y Adolescencia a la persona que no tiene tuición legal sobre un niño, niña o adolescente y sujeta a lo dispuesto por este Código”.

¹²⁸ Vid. GODOY MORENO, A., “La guarda y custodia compartida...”, op. cit., p. 321.

española y boliviana podemos citar las siguientes semejanzas:

- Ambas legislaciones establecen que la guarda puede ser encomendada a uno de los progenitores como también a terceros.
- Tanto en la normativa española como boliviana se establece que la finalidad de la guarda y custodia es el cuidado de los hijos.
- De igual manera, ambas legislaciones contemplan la posibilidad de modificar las resoluciones judiciales sobre el cuidado de los hijos.
- Tanto en la legislación española como en la boliviana se debe tomar en cuenta el interés del menor al momento de decidir la custodia de los hijos.

En lo que concierne a diferencias destacar las siguientes:

- En la legislación española se encuentra regulada la implementación tanto de la custodia unilateral como de la guarda compartida, a diferencia de lo que ocurre en la normativa boliviana donde únicamente se establece la guarda monoparental a favor de uno de los progenitores.
- En la legislación española como consecuencia de la aplicación del concepto restringido de guarda, ésta cuenta con su propio ámbito de aplicación, de forma independiente al ejercicio de la autoridad parental *strictu sensu*, en cambio, en la legislación boliviana, la misma es parte directa del ejercicio de la patria potestad.
- La normativa boliviana contempla la definición del término “*guarda*”, extremo que no ocurre en la

legislación española, donde a pesar de la última reforma al Código Civil de 2005, en materia familiar, este tema no ha sido tomado en cuenta por el legislador.

- En la legislación española se contempla expresamente la posibilidad de establecer el régimen de custodia de los hijos mediante convenio regulador, documento que deber ser homologado por el Juez, en cambio en la legislación boliviana, no existe una regulación expresa sobre este tema.

En síntesis, señalar que de manera general los objetivos son semejantes en ambas legislaciones, no obstante, la utilización de diferentes términos en lo que respecta la patria potestad y la adopción de distintos modelos de *guarda*, hace que el ámbito espacial y temporal de aplicación del término en cuestión en la legislación boliviana forme parte directa del ejercicio de la patria potestad, situación que no acontece en la normativa española, donde si bien la *guarda y custodia* tiene relación con el ejercicio de la patria potestad, el ámbito de aplicación es independiente.

CAPITULO II. LA CUSTODIA COMPARTIDA

1. ANTECEDENTES

Como antecedente previo debemos remitirnos a la custodia monoparental. Tras varias décadas de aplicación de esta figura jurídica en los procesos de separación y divorcio, las relaciones parentales han sufrido cambios por diversos factores como son: la incorporación de las mujeres al mundo laboral y las políticas de igualdad de oportunidades. Estos hechos han generado consecuencias en la educación de los menores luego de haber soportado la separación o divorcio de sus progenitores¹²⁹.

Así, la educación del menor como parte de su formación integral, se ha visto afectada, ya que el desarrollo de los hijos en una familia monoparental se encuentra limitada a la situación personal del progenitor que ostenta la custodia¹³⁰. No obstante, se debe reconocer que indistintamente de la aplicación de la custodia monoparental hay temas como la educación que afectan a los dos padres ya sea mediante convenio regulador o bien por decisión judicial.

Partiendo de estas consideraciones, y teniendo en cuenta que en la vida cotidiana no se ha logrado una plena igualdad, aunque en el ámbito jurídico a través del artículo 66 del CC, se prevé que *“el marido y la mujer son iguales en derechos y deberes”*, es de lamentar que esta disposición no se haya cumplido de forma general en todos los supuestos de

¹²⁹ SARIEGO MORILLO, J. L., “La custodia compartida proyectos legislativos en curso” *Revista de Derecho de Familia*, núm. 11, abril de 2001, p. 309. Asimismo, con relación a la custodia monoparental SARIEGO MORILLO, J. L. y MORGADO CAMACHO, B., “La paternidad y la maternidad tras el divorcio”, *Revista de Derecho de Familia*, núm.14, enero de 2002, p. 278, afirman que: “El hecho de que hasta ahora se haya atribuido en mayor porcentaje la custodia a las madres hace que la paternidad este en crisis, sobre todo en los casos en los que el padre jugaba un papel activo en el proceso de crianza y educación de sus hijos e hijas antes de la separación”.

¹³⁰ De manera concreta, con el termino familias monoparentales nos referimos a aquellas estructuras familiares, donde el progenitor custodio es quien asume toda la responsabilidad en el ámbito personal y patrimonial, por la dejadez e irresponsabilidad del progenitor no custodio quien se desentiende de los deberes inherentes a la patria potestad.

convivencia conyugal, tal como era la intención del legislador al momento de introducir la citada reforma, extremo que además se ha evidenciado en la relación de los progenitores en situaciones de separación o divorcio.

Por ejemplo, en casos de ruptura familiar de los progenitores, en los supuestos donde la madre obtiene la custodia de los hijos, en algunas ocasiones tiene que asumir toda la responsabilidad en la crianza de éstos, por diversos motivos entre ellos; el incumplimiento de obligaciones familiares por parte del progenitor no custodio, hecho que origina en algunos casos que los menores descuiden su formación personal para coadyuvar en la manutención de la familia¹³¹.

Puede ocurrir también que tras afrontar un proceso de separación o divorcio, el progenitor no custodio además de quedar sin familia¹³² y sin vivienda en algunos casos, tiene que afrontar sus obligaciones en una situación de desequilibrio; aspecto, que no le permite cumplir con sus responsabilidades económicas, lo que no quiere decir que su actuación esté justificada.

Por su parte, un sector de la doctrina considera que la custodia monoparental ha tenido un efecto negativo por dos razones; primero, en la práctica la madre es la que ha ejercido las funciones de la patria potestad; y segundo, que el padre ha quedado reducido a ser un simple visitador. Sumado a ello, en la actualidad nos encontramos en una etapa de transición, pues ocurre que en algunos casos es la mujer la que trabaja y el hombre se encuentra en paro o con un trabajo temporal, del mismo modo que éste participa cada vez más en las tareas del hogar a diferencia de lo que acontecía antes. Estos aspectos nos demuestran que se debe encarar el reparto del tiempo de convivencia desde un enfoque

¹³¹ Vid. SALAZAR, M^a. C., "Explotación económica y educación del niño en América latina", en Verdugo Alonso, M. y Soler-Sala, V. (Eds.), *La convención de los derechos del niño hacia el siglo XXI*, Edit. Universidad de Salamanca, 1996, p. 181. En Bolivia, se presenta esta situación especialmente en las zonas marginales y rurales.

¹³² Al respecto SARRIEGO MORILLO, J. L. y MORGADO CAMACHO, B., "La paternidad y la maternidad tras el divorcio", op. cit., p. 283, sostienen que el progenitor además de perder su estatus de padre pierde en la realidad a sus hijos. A nuestro criterio su estatus no pierde porque siempre será padre, pero en el aspecto práctico coincidimos en que existe el riesgo a quedar distante de sus hijos.

diferente¹³³.

Sin duda, nos encontramos en una época de cambios en las relaciones conyugales producto de la situación social y económica por la que atraviesa la sociedad. Por ello, actualmente existe la posibilidad de otorgar permisos de paternidad a los progenitores varones al nacimiento de sus hijos, como medida para fomentar la adecuación de la familia a los requerimientos de su situación personal¹³⁴.

Sobre el tema, Echarte Feliú¹³⁵ sostiene que la relación de los progenitores con los menores ha sufrido cambios, llegando a afirmar que “si bien a una tempranísima edad el niño necesita físicamente de su madre, pasados los primeros meses de vida, tan capacitados se encuentran en principio tanto hombres como mujeres para atender a los menores”.

Queremos hacer hincapié en que cuando se habla de capacidad, nos referimos al ámbito netamente jurídico y al criterio de igualdad que debe primar entre progenitores.

En la doctrina en España ya en 1979 hay quien afirmaba que se debería establecer la custodia y mantenimiento de los hijos por periodos alternos¹³⁶.

Con relación a la anterior redacción del artículo 92 del Código Civil

¹³³ Por ejemplo, PÉREZ MARTÍN, A. J., “Reparto de la convivencia de los hijos menores con sus progenitores” en ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRRIAGA, L., y otros, *Los hijos menores de edad en situación de crisis familiar*, Edit. Dykinson, Madrid, 2002, pp. 91-92. Al respecto, MARTÍNEZ GALLEGO, E. M^a., “Las recientes reformas del Derecho de Familia”, op. cit., p. 265, afirma que: “...a nadie se nos escapa que aún se mantiene un modelo machista en el que las mujeres tradicionalmente asumen el rol de la custodia de los hijos una vez que se rompe la pareja, sea ésta o no matrimonial. Rol, que ha influido en los Jueces y Tribunales, que tradicionalmente han atribuido la guarda y la custodia de los hijos menores de edad a sus madres, convirtiendo a los padres en meros <visitadores> de fines de semana”.

¹³⁴ En Suecia se ha incrementado al 20% la solicitud de permisos de paternidad en los últimos 10 años. *El país*, fecha de edición, 13 de junio de 2006. Recientemente en España ha entrado en vigor la Ley Orgánica 3 /2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, que amplía el permiso de paternidad a 15 días en lugar de los 2 días que había hasta el momento, BOE n. 71 de 23/3/2007.

¹³⁵ ECHARTE FELIÚ, A. M., *Patria potestad en situaciones de crisis matrimonial*, op. cit., p. 85.

¹³⁶ Siguiendo a GODOY MORENO, A., “La guarda y custodia compartida...”, op. cit., p. 331.

y el cuidado de los hijos por uno de los cónyuges, se afirmaba la necesidad de contemplar un régimen de “*guarda alternada*” entre ambos progenitores¹³⁷.

Ésto pone en evidencia que el análisis doctrinal de esta figura jurídica no es reciente, así como tampoco su aplicación en la Jurisprudencia tal como podremos apreciar más adelante.

Pero de lo que se trata en realidad no es de demostrar que la custodia monoparental ha fracasado y que únicamente genera desventajas, sino que existe otra figura jurídica como es la custodia compartida que puede ayudar a sobrellevar las crisis familiares, aunque tampoco se debe imponer su aplicación de manera generalizada en detrimento de la custodia unilateral.

2. DEFINICIÓN DE LA CUSTODIA COMPARTIDA, SU ADMISIÓN Y REGULACION EN LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA

La custodia compartida puede definirse, según Ortuño Muñoz¹³⁸ como:

“...aquella modalidad de ejercicio de la responsabilidad parental, tras la crisis de relación de pareja, en la que, ambos progenitores convienen en establecer una relación viable entre ellos, basada en el respeto y en la colaboración, con el objeto de facilitar a los hijos comunes la más frecuente y equitativa comunicación con ambos progenitores, y de distribuir de forma justa y proporcional la atención a las necesidades materiales de los hijos, con la previsión

¹³⁷ Entre otros, LÓPEZ ALARCÓN, M., *El nuevo sistema matrimonial español- Nulidad, separación y divorcio*, Edit. Tecnos, Madrid, 1983, p. 343.

¹³⁸ ORTUÑO MUÑOZ, P., *El nuevo régimen jurídico de la crisis matrimonial*, op. cit., p. 60.

de un sistema ágil para la resolución de los desacuerdos que puedan surgir en el futuro”.

Definición que comprende todos los elementos necesarios para establecer el régimen de custodia compartida mediante el acuerdo al que puedan llegar los progenitores, tomando en cuenta como requisito *sine quantum* la existencia de una relación amistosa entre ellos para que dicha modalidad tenga éxito¹³⁹. No obstante, consideramos que la decisión no tiene que circunscribirse únicamente a la voluntad de ambos padres, sino que el ámbito de aplicación debe contemplar también supuestos en los que la Autoridad Judicial resuelva la implementación de dicha figura jurídica en una situación de crisis familiar, a quien además corresponde solucionar los casos de controversia que se susciten producto del ejercicio de la custodia compartida.

Esta figura jurídica implica que la responsabilidad de los progenitores para con sus hijos sea ejercida en situaciones de crisis matrimoniales o de uniones de hecho, sin que existan transformaciones sustanciales. Es decir, los padres mantienen sus obligaciones con sus descendientes de forma activa compartiendo derechos y deberes. De igual manera, permite coadyuvar y conciliar la vida personal y laboral de ambos progenitores.

La custodia compartida se ampara legalmente en el respeto por los Derechos Fundamentales del menor. Por una parte, el derecho del hijo es preservar su relación con ambos progenitores, de conformidad con el artículo 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989; y por otra, está el derecho y deber de los padres de prestar asistencia a sus hijos recogido en el artículo 39 de la Constitución Española; así como velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos y educarlos, según reza el artículo 154 del Código Civil de la misma legislación. Asimismo, se

¹³⁹ Al respecto, CABALLERO GEA, J. A., *Matrimonio. Contrayentes del mismo o diferente sexo. Separación y divorcio. Unión de hecho. Acogimiento y adopción. Violencia de Género, pensión impagada*. Edit. Dykinson, Madrid, 2005, p. 176, sostiene que una de las condiciones para que la figura jurídica de la custodia compartida tenga éxito se circunscribe al bajo nivel de conflicto entre los progenitores.

debe tomar en cuenta el “*interés del menor*”¹⁴⁰, previsto en el artículo 2º de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor de 1996, y en el artículo 3. 1. de la CDN de 1989¹⁴¹.

Ante este panorama debemos afirmar que como tal, la custodia compartida puede satisfacer las principales necesidades de la infancia que comprende principalmente las siguientes funciones: la necesidad de relaciones afectivas estables; la necesidad de seguridad, regulación y protección física; la necesidad de experiencias adecuadas a la etapa de desarrollo; la necesidad de establecer límites, estructura y expectativas; la necesidad de comunidades estables con continuidad cultural y protección al futuro¹⁴². Todo ello se enmarca dentro del ámbito personal, que a nuestro entender forma parte de la formación integral que deben tener todos los menores.

En lo que se refiere a su implementación un sector de la doctrina sostiene que la guarda alternada debe proceder de un efectivo pacto entre los progenitores¹⁴³.

El “pacto efectivo” al que se hace alusión era aplicable desde antes de la promulgación de la Ley 15/2005, de 8 de julio, por cuanto, esta posibilidad quedaba circunscrita al amparo del artículo 90 del Código Civil. Por consiguiente, la mejor alternativa para establecer la “*custodia compartida*” era el convenio regulador. Sin embargo, como segunda opción cuando los progenitores tenían aptitudes para ejercer la custodia de los menores en igualdad de condiciones, el Juez de oficio tenía la facultad, en interés del menor, de decretar en virtud del artículo 159 del CC, el establecimiento del citado régimen, extremo que no acontece en la actualidad.

¹⁴⁰ Sobre el tema véase RIVERO HERNÁNDEZ, F., *El interés del menor*, Edit. Dykinson, Madrid, 2000.

¹⁴¹ Estos temas serán analizados en el capítulo IV del presente trabajo

¹⁴² Vid. BERRY BRAZELTON, T. y GREENSPAN STANLEY, I., *Las necesidades básicas de la infancia*, op. cit., Barcelona, 2005.

¹⁴³ Por ejemplo, GODOY MORENO, A., “La guarda y custodia compartida...”, op. cit., p. 339. Por su parte, TAMBORERO Y DEL RIO, R., “La guarda y custodia compartida”, en *Diez años de abogados de familia 1993-2002*, Edit. La Ley, Madrid, 2003, p. 516, en tesis, afirma que la custodia compartida para que tenga éxito en su implementación se precisa algo más que un buen entendimiento entre los progenitores.

Así, se deduce que si bien la figura jurídica de la custodia compartida con anterioridad a la reforma de la Ley 15/2005, de 8 de julio, no se encontraba prevista expresamente en el Derecho sustantivo, eso no significaba que existiera una prohibición al respecto.

En ese sentido, Montero Aroca¹⁴⁴ afirmaba que “la posibilidad legal no se niega, ni en la doctrina ni en la jurisprudencia”, motivo por el que su aplicación, aunque aisladamente, fue posible.

De hecho, se debe señalar entre otras por ejemplo, las SSAP de Valencia, de 22 abril de 1999¹⁴⁵; de Girona, de 25 de febrero de 2001¹⁴⁶; de Castellón, de 10 de abril de 2003¹⁴⁷, y de 14 de octubre del mismo año¹⁴⁸; de Córdoba, de 1 de marzo de 2004¹⁴⁹; de las Palmas, de 15 de abril de 2004¹⁵⁰; y de Barcelona, de 22 de julio de 2004¹⁵¹, que en su resolución disponen el establecimiento de la custodia compartida¹⁵².

Antes de analizar el contexto actual de la custodia compartida debemos realizar una especial referencia al proceso previo a la promulgación de dicha Ley, así, diremos que el Proyecto de Ley aprobado en fecha 29 de noviembre de 2004, apuntaba a la corresponsabilidad de los padres en el desarrollo de los hijos¹⁵³.

¹⁴⁴ MONTERO AROCA, J., *Guarda y custodia...* op. cit., p. 34. Véase también IVARS RUÍZ, J., *La guarda y custodia compartida tras la actual reforma del código civil, aspectos procesales y sustantivos, doctrina y jurisprudencia*, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, p. 174.

¹⁴⁵ AC 1999, 4941, ponente: Ilmo. Sr. D. Vicente Ortega Llorca.

¹⁴⁶ Aranzadi, *Sentencias de Tribunales Superiores de Justicia, Audiencias Provinciales y otros Tribunales*, Tomo VI, Volumen IV, (Primera Edición), Edit. Aranzadi, Pamplona, 2001 pp. 81-82.

¹⁴⁷ AC 2003/846, ponente: Ilmo. Sr. D. José Manuel Marco Cos.

¹⁴⁸ JUR 2003/26477, ponente: Ilmo. Sr. D. José Luis Antón Blanco.

¹⁴⁹ JUR 2004/125769.

¹⁵⁰ JUR 2004/152448.

¹⁵¹ JUR 2004/217508.

¹⁵² Con mayor detenimiento los fallos dictaminados por los tribunales de justicia, serán analizados en el capítulo tercero.

¹⁵³ Discrepa con esta postura CAÑETE QUESADA, A., “El anteproyecto de ley por el que se modifica el Código Civil en materia de separación y divorcio”, en www.porticolegal.com/articulos/pa183.php#iv, p. 11, cuando sostiene que: “...la llamada que se hace en la Exposición de Motivos del Anteproyecto de Ley al sentido de diligencia y corresponsabilidad de los padres aconsejándose el dialogo y el consenso en este tipo de cuestiones e incluso no descartándose otros modos de solución de conflictos distintos del judicial (mediación familiar) resulta... puramente propagandística, utópica o, si se

Asimismo, el inciso 5 del artículo 92 del Anteproyecto de Ley por el que se modificaba el CC, en materia de separación y divorcio señalaba que:

“Los padres podrán acordar o en su caso, el juez podrá decidir a instancia de parte y siempre en beneficio del menor, que la guarda y custodia sea ejercida por uno solo de ellos o conjuntamente, procurando no separar a los hermanos”.

De este modo, se facultaba a los progenitores para acordar en primera instancia el establecimiento de la custodia monoparental o compartida, y en caso de no establecer ningún acuerdo la Autoridad Judicial podía establecer una u otra modalidad, utilizando como parámetro el interés superior del menor.

Así, la orientación inicial que tenía el Anteproyecto de Ley sufre algunas modificaciones que se concretan con la promulgación de la reforma de la Ley 15/2005, de 8 de julio, que nos ofrece en primer lugar, la alternativa de utilizar el convenio regulador como opción para implementar la custodia compartida, o en su defecto es el Juez la Autoridad encargada de dictaminar la modalidad adecuada de guarda de los hijos en una situación de crisis matrimonial o de unión de hecho, con preponderancia en la custodia monoparental.

Concretamente, tras la nueva redacción del artículo 92 del Código Civil¹⁵⁴, al contemplar como requisito principal el acuerdo de los progenitores para la aplicación de la custodia compartida, se puede presumir, a nuestro juicio, que el legislador adoptó una actitud que en la práctica promueve el mantenimiento de la custodia monoparental como principal régimen de custodia, por el siguiente motivo: es de suponer, sin ingresar en concreto a las estadísticas, que buena parte de las crisis matrimoniales o de uniones de hecho no se resolverán por mutuo

quiere, no traspasa la idea de una mera declaración de buenas intenciones que a nadie vincula”.

¹⁵⁴ Este artículo será analizado en el tercer epígrafe del presente capítulo.

acuerdo, situación que *a priori* inviabiliza la aplicación de la custodia compartida precisamente por falta de consenso.

De igual manera, consideramos que el hecho de que exista un acuerdo entre progenitores durante la tramitación de un proceso contencioso, puede conllevar a la presunción en algunos casos, de que por medio existan componendas de tipo económico que en lugar de beneficiar al menor le causen daños en el aspecto emocional, al ser utilizado como instrumento en la disputa conyugal.

Por otra parte, se debe destacar que la regulación de la figura jurídica de la custodia compartida no tiene como finalidad descalificar a la custodia monoparental, sino al contrario, del contenido de la nueva redacción del artículo 92 del CC, se infiere que prevalece la custodia monoparental como regla y la custodia compartida como excepción.

Sobre la promulgación de la reforma de 2005, creemos que existe una percepción de insuficiencia y rechazo a la implementación de la guarda compartida. Así, quienes están en contra sostienen que la imposibilidad de la aplicación de la custodia compartida, radica en la dificultad práctica de su realización¹⁵⁵.

En ese sentido, un sector de la doctrina nos desvela las sombras de la reforma en lo que atañe a la guarda compartida, manifestando que el legislador ha priorizado la regulación de dicho régimen de custodia haciendo énfasis en que supuestos no tiene que pactarse tal sistema que de establecer los criterios objetivos, y los requisitos necesarios que deben concurrir para su aplicación¹⁵⁶.

Al respecto, somos partidarios, que desde un primer momento no se realizó una correcta valoración de la figura jurídica de la custodia compartida. Por ello, es que en la actualidad no se puede precisar con

¹⁵⁵ Sobre el tema VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C., *Matrimonio y Divorcio*, op. cit., p.167, sostiene que: "Teóricamente nada ostenta más justo que los dos padres compartan la guarda y custodia, sin preferir a ninguno...Sin embargo, una cosa es la versión fotográfica de los propósitos del legislador y otra muy distinta el llevarlos a la práctica".

¹⁵⁶ Siguiendo a GUILARTE MARTIN-CALERO, C., "Comentarios del nuevo artículo 92 del Código Civil", op. cit., pp. 135-154.

exactitud la verdadera intención de la reforma, motivo por el que, se ciernen las siguientes dudas; ¿Se quiso implementar la custodia compartida al mismo nivel que la custodia monoparental, o se quiso hacer prevalecer la custodia monoparental en detrimento de la custodia compartida? Lo cierto es que el legislador en lugar de esclarecer el panorama hizo aumentar el desconcierto.

Sobre el tema, Lorca y Dentici¹⁵⁷ con relación al contenido de la Ley 15/2005, tienen una posición crítica cuando sostienen que:

“Su solución no es respuesta y conduce a un ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos por ambos cónyuges *pacata y timorata que propugna un pretendido cambio en el que sustancialmente nada cambia pues no se dice en la Ley 15/2005 absolutamente nada acerca de cómo se ha de articular y hacer posible el régimen de guarda y custodia continuado y compartido*”

Del análisis integral del contenido del texto normativo introducido por Ley 15/2005, parece que el legislador introduce la figura jurídica de la custodia compartida como alternativa subsidiaria a la custodia monoparental, limitando su aplicación al acuerdo de los progenitores previa homologación realizada por Autoridad Judicial.

La posición indecisa del legislador además de generar desconcierto y desconfianza en los progenitores en la aplicación de la modalidad de custodia compartida, puede generar reticencia por parte de éstos en acudir ante los estrados judiciales.

A nuestro juicio, este contexto tiene dos facetas; primero, la participación de la Autoridad Judicial debe limitarse a refrendar lo acordado por los progenitores en caso de que las decisiones sean tomadas en función al beneficio de los hijos, y segundo, en caso de

¹⁵⁷ LORCA NAVARRETE, A. M. y DENTICI VELASCO, N. M., *La regulación de la separación y el divorcio en la nueva “Ley de Divorcio” de 2005 con especial referencia a la mediación familiar...* op. cit., p. 61.

evidenciarse que las decisiones atentan contra la formación integral del menor se debe procurar que las resoluciones judiciales cumplan su función, de lo contrario cabe preguntarse ¿Qué sentido tiene acudir ante el Poder Judicial?

Para no tener que llegar a estos extremos con problemas de esta naturaleza, creemos que el legislador debe promulgar leyes que motiven a los actores sociales a tener confianza tanto en las normas como en los Administradores de Justicia.

No obstante, a pesar de las limitaciones en su aplicación, con muchos reparos se debe resaltar el hecho de que la custodia compartida se encuentra regulada como modalidad expresa en el Código Civil. Ésto significa que es una alternativa más a ser tomada en cuenta al momento de decidir la modalidad de custodia a aplicarse en una situación de crisis familiar.

2.1. La custodia compartida y el derecho de visita

En este epígrafe analizaremos la equiparación de la custodia compartida al derecho de visita y sus diferencias.

Así, hay autores que descalifican la custodia compartida manifestando que la convivencia de los hijos con los padres es siempre compartida, aunque no al 50%. En el régimen de visitas normal teóricamente el 66% del año los hijos conviven con la madre y el restante 34% con el padre. Con esos argumentos se considera absurda la reivindicación de padres que solicitan la guarda y custodia compartida¹⁵⁸. En nuestra opinión, desde el nombre son dos figuras jurídicas con diferente naturaleza jurídica.

Al respecto, se debe afirmar que la “guarda y custodia” implica que el menor pernocte con los progenitores a su turno de acuerdo a la modalidad de “custodia compartida” que se adopte, sin diferenciar si se encuentra en periodo de clases, o vacaciones, en cambio, el “derecho de

¹⁵⁸ Por ejemplo, PÉREZ MARTÍN, A. J., “Reparto de la convivencia de los hijos...”, op. cit., p. 94.

visita” habitualmente contempla que el menor durante el periodo escolar debe pernoctar en el domicilio del progenitor al que se le ha otorgado la guarda y custodia, salvo los fines de semana o el periodo de vacaciones¹⁵⁹.

El establecimiento de esta modalidad de custodia parte de que el tiempo anual del menor se debe distribuir entre ambos progenitores equitativamente, ésto incluye los periodos lectivos y vacacionales, los días entre semana y los fines de semana, las fiestas y los días laborables. Ello significa que cada uno de ellos ejerce la custodia, el cuidado o la guarda durante los periodos que se encuentra con el menor¹⁶⁰.

Sobre este punto, para que en una situación concreta de separación o divorcio, se haga efectiva la custodia compartida no es requisito *sine quantum* que exista una alternancia al 50%, es suficiente una alternancia flexible. Pero si ello es así, se presenta una situación similar a la custodia monoparental con un régimen amplio del derecho de visitas. Entonces, cabe preguntarse ¿De que custodia compartida estamos hablando?

Nosotros consideramos que en el ámbito jurídico no se puede plantear un sistema rígido de división al 50%, sino que se debe establecer modalidades de custodia compartida que permitan ante todo a los progenitores participar en las decisiones que son inherentes a la formación y desarrollo del menor¹⁶¹.

¹⁵⁹ Sobre el tema véase RIVERO HERNÁNDEZ, F., *El derecho de visita*, Edit. Bosch, Barcelona, 1997. Al respecto, LLORENTE PINTOS, R., “El régimen de visitas: La corta edad como impedimento para la pernocta”, en *Revista de Derecho de Familia*, Edit. Lex Nova, Valladolid, 2006, núm. 33, octubre-diciembre de 2006 p. 27, afirma que por el término “visitas” se entiende que el progenitor no custodio puede estar con sus hijos sin que éstos pernocten con él, en cambio por el vocablo “estancias” se infiere que el progenitor no custodio puede pernoctar con sus hijos.

¹⁶⁰ ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRRIAGA, L., “Reflexiones en relación con la guarda y custodia de los hijos...”, op. cit., p. 93.

¹⁶¹ “Compartir la custodia de un hijo no significa que se repartirá el tiempo que el niño pasa con cada uno de sus padres al 50 % exacto (como se explica reiteradamente en los foros contrarios a este sistema) ni tampoco que irá alternando sus viviendas. Este concepto sólo quiere decir que las decisiones del día a día no serán exclusivamente asunto de uno de ellos. Pero sobre todo la custodia compartida implica que el menor verá garantizado su derecho a relacionarse por igual con sus dos progenitores”. BANDERA, M., *Custodia Compartida*, op. cit., p. 17. Diferimos un tanto de esta opinión,

En ese sentido, creemos que las sentencias que otorgan la custodia unilateral de los menores, ya sea con un régimen limitado, ordinario o ampliado de visitas, perjudican al establecimiento de las relaciones paterno-filiales amparadas bajo un criterio de igualdad, por cuanto desde la utilización del término “régimen de visitas o derecho de visitas”, motiva a presuponer que se establece una relación ajena que no corresponde a progenitor e hijos. Por todo ello, somos partidarios de emplear el término custodia compartida o alternada, en detrimento de un régimen de visitas así sea éste regulado de forma ampliada.

Sucede también que desde el punto de vista de los Administradores de Justicia, la aplicación de un régimen de visitas amplio muchas veces disimula el pensamiento de los Jueces que no aceptan la implementación de la custodia compartida, pero que por el contenido de sus dictámenes se asemejan a dicha modalidad de custodia, tal como se evidencia en la SAP de Madrid (sección 22ª), de 8 de julio de 2005¹⁶².

A nuestro criterio, el hecho de que exista un amplio régimen de visitas desnaturaliza el de por sí controvertido tema de “las visitas” en una relación paterno-filial, es difícil comprender que ante una situación de crisis familiar de la pareja, un padre o una madre tenga que “visitar” a su hijo menor de edad en tiempos en que se hace hincapié en el tema de la igualdad entre progenitores durante y después de la convivencia. En ese marco, cuando en un proceso de separación o divorcio el Juez decide la aplicación de la custodia monoparental con un régimen amplio de vistas, su ejercicio en la práctica es parecido a un régimen de custodia alternativa

por cuanto en algunos casos si se alternará en las viviendas dependiendo de la modalidad de custodia que se adopte. De la misma manera, AGUILAR CUENCA, J. M., *Con mamá y con papá*, op. cit., p. 94, señala que: “La custodia compartida, al contrario de lo que se piensa en muchas ocasiones, no es sino un traje a medida para cada relación parental. Una custodia en la que el tiempo esté repartido 70%-30% es una custodia compartida”.

¹⁶² JUR 2005\221066, ponente: Ilmo. Sr. D. Eduardo Hijas Fernández, del contenido de la resolución se puede resaltar lo siguiente: Que el Tribunal otorga al padre la custodia del hijo, pero con un amplio régimen de comunicaciones en favor de la madre, los fines de semana, durante la semana, así como en el periodo de vacaciones, de manera que permita su presencia continua en la vida de su hijo, con la finalidad de participar en su desarrollo. Criterio compartido también por GARCÍA RUBIO, Mª. P. y OTERO CRESPO, M., “Apuntes sobre la referencia expresa al ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos en la Ley 15/2005”, op. cit., p. 83.

—a pesar de ser dos figuras jurídicas diferentes—.

Para que no existe esta confusión, y para hacer efectiva la corresponsabilidad entre progenitores, es preferible que se adopte la modalidad de una custodia compartida flexible, en lugar de implementar un régimen de visitas amplio, pues, éste obstaculiza el ejercicio compartido de la patria potestad, lo que no acontece con la guarda compartida.

Al respecto, parte de la doctrina afirma que la custodia alternada o sucesiva, cultiva y fortalece el principio de igualdad que debe regir entre ambos progenitores¹⁶³.

A nuestro juicio, resulta evidente que la custodia compartida fomenta el principio de igualdad entre el padre y la madre, especialmente en lo que atañe al ámbito jurídico, pero eso no significa que se tenga que establecer una distribución igualitaria de tiempo en todas las situaciones de separación o divorcio. Serán las actividades que realizan en la vida cotidiana los progenitores, las que determinen que uno de ellos ejerza la custodia más tiempo que el otro.

De igual manera, es necesario puntualizar que en caso de implementarse la custodia compartida, ésto no significa que se tenga que eludir el régimen de visitas, pues como bien señala Guilarte Martín¹⁶⁴ el:

“Régimen de comunicación y estancia... no se limita a los supuestos de guarda exclusiva, pues piénsese, que aunque se acuerde el régimen de guarda alterna, en cada periodo el padre o madre es guardador en exclusiva de suerte que será necesario fijar también en aquel sistema este régimen de comunicación y estancia, a no ser que los periodos de

¹⁶³ Por ejemplo, GODOY MORENO, A., “La guarda y custodia compartida...”, op. cit., p. 337.

¹⁶⁴ GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., “Comentarios del nuevo artículo 92 del Código Civil”, op. cit., p. 153. En ese sentido, GOLDSTEIN JOSEPH, I., “¿En el interés superior de quién?”, op. cit., p. 116, afirma que: “La custodia conjunta y el contacto o la visita se sustentan, e incluso se justifican, por las pautas de continuidad”.

alternancia sean muy reducidos en cuyo caso no es preciso garantizar el derecho a relacionarse con los hijos pues ya lo hace el propio funcionamiento del sistema de guarda elegido; con excepción de este supuesto, los progenitores alternarán las posiciones de guardador y no guardador con la periodicidad establecida en la resolución judicial”.

Así, en primer término, en lugar de utilizar el término “derecho de visitas”, parece preferible emplear la definición “régimen de comunicación y estancia”, posición que consideramos la más apropiada, puesto que, nos referimos a relaciones paterno-filiales entre ascendiente y descendiente; y en segundo lugar, hay que resaltar que la custodia compartida en función a la modalidad que se adopte, no absorbe el régimen de comunicación y estancia que debe existir entre progenitor e hijo¹⁶⁵.

Por último, en caso de aplicarse la custodia compartida, la asignación de la pensión alimenticia será menor o prorrateado entre ambos progenitores¹⁶⁶, a diferencia de lo que ocurre en los supuestos de custodia monoparental con un régimen de visitas tradicional, donde el progenitor no custodio es quien debe asumir -por lo general de forma integra- el cumplimiento de la obligación alimenticia.

¹⁶⁵ Según ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L., “Las reformas legales que nos esperan”, en ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L. y otros, *Actualización del derecho de familia y sucesiones*, Edit. Dykinson, Madrid, 2005, p. 50, el vocablo “visitas” es un término tradicional que obedece a otras épocas, siendo que en la actualidad dichos contactos esporádicos se han sustituido por estancias con continuidad, pernocte, comunicaciones personales, telefónicas y virtuales. Véase también GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., “Comentarios del nuevo artículo 92 del Código Civil”, op. cit., p. 151. En ese sentido, el legislador de 2005 debió haber suprimido en el artículo 94 del CC, la mención del “derecho de visita” para unificar la terminología que contempla el “régimen de comunicación y estancia” previsto en el inciso 1 del artículo 90 del Código Civil.

¹⁶⁶ Así se tiene dictaminado, en la SAP de Barcelona núm. 102 (Sección 18ª), de 20 febrero de 2007, JUR 2007\101427, ponente: Ilmo. Sr. D. Enrique Anglada Fors, resolución que será analizada en el epígrafe dedicado a la Jurisprudencia. Asimismo, en caso de aplicarse la custodia compartida existen más probabilidades de que el incumplimiento de las obligaciones alimenticias sea menor, con relación a los supuestos de custodia monoparental. Vid. AGUILAR CUENCA, J. M., *Con mamá y con papá*, op. cit., pp. 106-108.

3. LA CUSTODIA COMPARTIDA EN LA LEY 15/2005

A continuación analizaremos exhaustivamente el artículo 92 del CC, modificado por Ley 15/2005, de 8 de julio, disposición que contempla el régimen de custodia compartida. Al respecto, realizaremos una aproximación interpretativa de forma subjetiva y objetiva, con el deseo de determinar la voluntad del legislador y el contenido de la norma que trata este tema.

En ese sentido, hay autores que señalan que en el contenido de la reforma se podrá apreciar normas tanto de Derecho sustantivo, como de Derecho procesal que con carácter asistemático, con precauciones, con incongruencias y deficiencias terminológicas, contemplan los requisitos necesarios para su implementación¹⁶⁷.

Esto significa que el enfoque que se ha dado a la figura jurídica de la custodia compartida, no ha sido orgánico, aspecto que ha incidido negativamente en la percepción crítica que se tiene por una parte de los Administradores de Justicia, abogados y la sociedad civil.

Así, hay quien afirma que el artículo 92 del CC, si bien distingue la posibilidad de implementar la custodia compartida por acuerdo de los progenitores, como por determinación judicial, los obstáculos en forma de requisitos que plantea ésta última dificultan su aplicación¹⁶⁸.

Dichas aseveraciones son lapidarias respecto al contenido del artículo 92 del CC, y debemos coincidir en que su regulación despierta mucha polémica y genera muchos reparos en cuanto a la aplicación de la custodia compartida, en lo que concierne principalmente a la determinación judicial de dicha figura jurídica.

Veamos cada uno de los requisitos legales y las polémicas que han surgido en torno a ellos.

¹⁶⁷ Vid. ORTUÑO MUÑOZ, P., *El nuevo régimen jurídico de la crisis matrimonial*, op. cit., pp. 41 y 71.

¹⁶⁸ Siguiendo a ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRRIAGA, L., "Disponibilidad del objeto en los procesos familiares. Especial Consideración de la custodia de los hijos", op. cit., p. 75.

3.1. Propuesta o convenio regulador, su homologación y modificación

Para analizar este tema debemos citar el párrafo cuarto del artículo 92 del CC, que prevé que: *“Los padres podrán acordar en el convenio regulador o el Juez podrá decidir, en beneficio de los hijos, que la patria potestad sea ejercida total o parcialmente por uno de los cónyuges”*, y el inciso 5 del mismo artículo, que señala que: *“Se acordará el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador o cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento...”*.

Así, se tiene que el párrafo cuarto del artículo 92 como el artículo 90 del CC, utilizan en su redacción el término *“convenio regulador”* que no coincide con la expresión *“propuesta de convenio regulador”* que se establece por una parte, en el inciso quinto del artículo 92 y en el inciso primero del artículo 81 del CC, y por otra, en los artículos 777.2 y 777.4 de la LEC.

En este sentido, hay quien sostiene que dicha diferenciación es errónea, es más, si realmente fuera una *“propuesta”* requeriría un trámite para la suscripción del convenio, aspecto que no se encuentra regulado en la normativa vigente¹⁶⁹. Postura con la que coincidimos porque los progenitores en virtud de la libertad contractual y la capacidad jurídica que en derecho les corresponde, pueden establecer las cláusulas de un convenio de forma autónoma de acuerdo a su voluntad, sin que tengan que someterse a un proceso de elaboración o ratificación del mismo tal como acertadamente se afirma.

A nuestro respetuoso entender, existe por parte del legislador un desatinado manejo terminológico cuando se hace mención a una *“propuesta de convenio regulador”*. Si se considera que el acuerdo ha sido refrendado por ambos progenitores, se presupone que han consensuado

¹⁶⁹ Por ejemplo, ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRRIAGA, L., “Disponibilidad del objeto en los procesos familiares. Especial Consideración de la custodia de los hijos”, op. cit., pp. 21 - 22.

sobre el tema en cuestión. Por ese motivo, presentan ante el Juez el mencionado documento con la finalidad de que dicha Autoridad Judicial únicamente revise el contenido de las cláusulas, y si es provechoso para el menor homologue el mismo, a fin de que tenga eficacia, pero de ninguna manera tiene que considerarse como una propuesta dirigida al Juez, porque éste no es parte, ni puede serlo en la relación entre progenitores¹⁷⁰.

Por todo ello, consideramos que existe la necesidad de uniformizar el contenido de los artículos antes mencionados del Código Civil y de la LEC, para que ambos únicamente hagan alusión al término “convenio” prescindiendo del vocablo “propuesta”.

En lo que concierne a la homologación del convenio regulador, en la suposición de que el Juez requiera el apoyo de personal especializado, puede de conformidad al inciso 9 del artículo 92 del CC, recabar el informe de especialistas para que acrediten la utilidad o no del contenido del acuerdo¹⁷¹.

Es de presumir salvo que se acredite lo contrario que en una situación concreta quienes mejor conocen a los hijos son los progenitores, sin embargo, en caso de que el Juez no tenga los elementos suficientes para homologar o denegar dicha petición, la Autoridad Judicial debería de manera obligatoria requerir la participación de especialistas.

De igual manera, de conformidad al inciso 6 del artículo 92 del CC, el Juez está facultado “*en todo caso*” a recabar el requerimiento fiscal, o puede disponer la comparencia del menor¹⁷².

¹⁷⁰ Vid. GARCÍA RUBIO, M^a. P. y OTERO CRESPO, M., “Apuntes sobre la referencia expresa al ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos en la Ley 15/2005”, op. cit., p. 92; GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., “Comentarios del nuevo artículo 92 del Código Civil”, op. cit., p. 161.

¹⁷¹ El contenido del inciso 9 del artículo 92 del CC será tratado de forma detallada en el epígrafe que se refiere a la participación de los especialistas, que se encuentra en la página 112 y siguientes del presente trabajo.

¹⁷² El inciso 6 del artículo 92 del CC prevé que: “En todo caso, antes de acordar el régimen de guarda y custodia, el Juez deberá recabar informe del Ministerio Fiscal, y oír a los menores que tengan suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, partes o miembros del Equipo Técnico Judicial, o del propio menor, valorar las alegaciones de las partes vertidas en la comparencia y la prueba practicada

Sobre este inciso y la expresión “*en todo caso*” se manifiesta que el legislador debió haber limitado su aplicación para la custodia monoparental o compartida puesto que al realizar un control desmedido en la familia se tiene el riesgo de violar la intimidad de éstas, derecho que se encuentra protegido en la norma fundamental¹⁷³.

Discrepamos con dicha posición, puesto que el hecho de limitar su aplicación a una de las modalidades de custodia, significa crear una percepción asimétrica entre ambas modalidades de guarda, que no es consecuente con el criterio de igualdad que debe regir entre ambas figuras jurídicas.

De igual manera, la homologación del convenio no debe limitarse a una revisión formal, requiere una investigación previa con el objeto de verificar y constatar si los extremos sostenidos en las cláusulas se encuentran dirigidos a precautelar y satisfacer el interés del menor, sin que ésto signifique que se tenga que realizar un control desmedido de la estructura familiar.

En ese sentido, la homologación del convenio regulador que estipulen los progenitores, por parte de la Autoridad Judicial no debe ser aprobada si el contenido es dañoso para el menor. Con relación a ello, hay autores como Zarraluqui¹⁷⁴ que se formulan la siguiente interrogante ¿Cómo determinar y conocer la existencia del presunto daño por parte del Juez?

Es evidente que resulta complicado para el Juez conocer y determinar el supuesto daño que podría causar al menor el convenio regulador, por ello, consideramos imprescindible que la Autoridad Judicial deba requerir el apoyo del equipo psicoasistencial para realizar una revisión de los antecedentes sobre el comportamiento de los progenitores

en ella, y la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos para determinar su idoneidad con el régimen de guarda”.

¹⁷³ Siguiendo a ORTUÑO MUÑOZ, P., *El nuevo régimen jurídico de la crisis matrimonial*, op. cit., p. 48.

¹⁷⁴ ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRRIAGA, L., “Disponibilidad del objeto en los procesos familiares. Especial Consideración de la custodia de los hijos”, op. cit., p. 52.

durante la convivencia con relación a sus hijos¹⁷⁵.

Sobre el tema, hay quien advierte que de no homologarse el convenio por parte del Juez, siempre existirá la posibilidad de que los progenitores pongan en práctica su propio acuerdo, dejando de lado la decisión judicial¹⁷⁶.

A nuestro parecer, es indudable que se corre el riesgo de que las decisiones del Juez no se efectivicen en la práctica, por la componenda que puedan articular los progenitores en detrimento de sus hijos. Se alegrará que los padres son quienes mejor conocen a sus hijos, sin embargo, si la pareja se encuentra en una situación de separación o divorcio, es porque las relaciones conyugales no fueron del todo cordiales, por ello, es conveniente que la Autoridad Judicial ejerza su poder controlador, principalmente en aras de proteger el interés del menor.

Con referencia a los acuerdos realizados entre progenitores, un sector de la doctrina afirma que al haberse consensuado en un punto crítico de la relación matrimonial o de unión de hecho no se prevén las consecuencias futuras, lo que motiva a que dichos convenios sean incumplidos, bien porque los hijos imponen un nuevo régimen por la aparición de factores externos, o por la flexibilidad del acuerdo¹⁷⁷.

Sin duda, para que el convenio cumpla sus objetivos, se necesita madurez, empatía y desprendimiento por parte de ambos progenitores, a favor de un fin común.

Otro sector de la doctrina sostiene que, si los progenitores coinciden en lo que respecta la situación personal de sus hijos en un momento emocional inestable, con seguridad será beneficioso para el

¹⁷⁵ En este caso el equipo psicoasistencial debe tener el cuidado de no invadir la esfera de la intimidad familiar revisando o indagando sobre antecedentes secundarios que no tienen relación con el tema.

¹⁷⁶ Entre otros VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C., *Matrimonio y Divorcio*, op. cit., p. 179.

¹⁷⁷ Siguiendo a ORTUÑO MUÑOZ, P, *El nuevo régimen jurídico de la crisis matrimonial*, op. cit., p. 54.

menor¹⁷⁸.

Para que ello ocurra, las partes deben encontrarse bien asesoradas, por lo que es conveniente que cada progenitor cuente con un abogado, a fin de evitar que los acuerdos se incumplan o se objeten¹⁷⁹. Caso contrario tendrá que intervenir la Autoridad Judicial con el objetivo de establecer un nuevo acuerdo, o realizar las modificaciones que la situación requiera.

Hacemos nuestras las palabras del Magistrado O'Callaghan, para quien el convenio regulador otorga a las partes interesadas la posibilidad de consensuar los términos de la ruptura de la pareja, mediante una supervisión judicial, con el objeto de evitar atropellos jurídicos o sociales¹⁸⁰.

No obstante, cabe preguntarse ¿Cómo puede coaccionar el Juez a los progenitores para que cumplan lo establecido?

Hay quien sostiene que el acuerdo homologado de los cónyuges ante el incumplimiento debe hacerse efectivo mediante apremio¹⁸¹.

A nuestro juicio, el apremio tiene su importancia en el tema relativo al cumplimiento de las pensiones alimenticias, pero en lo que atañe a la implementación de la modalidad de custodia prevista, resulta complicado obligar a los progenitores a preocuparse por cumplir con sus deberes en el ámbito moral, por ello, lo más aconsejable es amonestar al o los progenitores infractores, so pena de modificar la resolución judicial. Sin embargo, para que prime el interés del menor en estas situaciones es conveniente que los padres recapaciten y modifiquen su conducta de forma voluntaria.

¹⁷⁸ Por ejemplo, ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRRIAGA, L., "Disponibilidad del objeto en los procesos familiares. Especial Consideración de la custodia de los hijos", op. cit., p 53.

¹⁷⁹ Vid. ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRRIAGA, L., "Disponibilidad del objeto en los procesos familiares. Especial Consideración de la custodia de los hijos", op. cit., pp. 56-57.

¹⁸⁰ CORDERO CUTILLAS, I., *El convenio regulador en las crisis matrimoniales (Estudio jurisprudencial)*, Edit. Aranzadi, Navarra, 2004, (prólogo de O'Callaghan, X., p. 25).

¹⁸¹ Por ejemplo, ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRRIAGA, L., "Las reformas legales que nos esperan", op. cit., p. 55.

Por otra parte, se afirma que el convenio estipulado entre los progenitores no tiene que ser homologado por el Juez para que sea eficaz, por cuanto al igual que los contratos su eficacia surge del acuerdo de voluntades¹⁸².

Postura que no compartimos, pues, resulta evidente equipar la figura del convenio regulador con el contrato, puesto que el elemento principal de ambas figuras radica en el consentimiento que prestan las partes en su elaboración y concreción, sin embargo, en lo que atañe al convenio regulador, en el marco de la implementación de la modalidad de custodia a regir en una situación de separación o divorcio, se debe considerar la protección y la satisfacción del interés del menor, y si bien ambos progenitores son quienes conocen mejor a sus hijos, resulta imprescindible la realización de un control jurisdiccional por parte del Juez¹⁸³.

En ese sentido, se pronuncia la STS, de Sala 1ª, de 22 de abril de 1997¹⁸⁴, con relación al convenio regulador manifestando que no se puede desconocer su validez “como un negocio jurídico de derecho de familia, expresión del principio de autonomía privada”, aunque al carecer de aprobación judicial este hecho le impide ser incorporado al proceso y producir eficacia procesal.

Al respecto, la Jurisprudencia mediante la SAP de Valencia, de 18 de octubre de 1990¹⁸⁵, resolvió dejar sin efecto un convenio firmado, al

¹⁸² Sobre el tema GONZÁLVIZ VICENTE, P., “Procedimiento consensuado”, op. cit., p. 691, sostiene que el convenio regulador tiene una naturaleza jurídica contractual, por lo que cabe la posibilidad de lograr la nulidad de los convenios por las mismas razones que se anulan los contratos; Véase también ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRRIAGA, L., “Disponibilidad del objeto en los procesos familiares. Especial Consideración de la custodia de los hijos”, op. cit., p. 43.

¹⁸³ En ese sentido, la SAP de Alicante de 30 de marzo de 1990 (AC, 1999, 4916), sostiene que el convenio regulador trata sobre la regulación de los deberes paterno-filiales y conyugales, en cambio, los contratos tienen un contenido netamente patrimonial. De igual forma, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Comentarios al Código Civil*, Segunda edición, op. cit., p. 211. Sostiene que: “Para que el convenio regulador produzca efectos es preciso que sea aprobado por el juez”.

¹⁸⁴ *Actualidad Civil* núm. 30, 21 a 27 de julio de 1997, Tomo 3, pp. 1857 a 1859.

¹⁸⁵ No obstante, la STS de 21 de diciembre de 1998 decreta la validez de los pactos estipulados en el convenio a pesar de no haber sido homologado dicho convenio ante Autoridad Judicial (RJ 1998/9649, ponente: Excmo. Sr. D. Pedro González Poveda). Lo

presentar el cónyuge una demanda contenciosa, por no haber sido ratificado, al revelarse con dicha actitud una falta de persistencia. Extremo que demuestra; primero, la mala fe, por parte del cónyuge demandante, porque a sabiendas de que voluntariamente suscribió dicho convenio –sin que medie error, dolo o violencia-, demanda su inaplicabilidad, y segundo, que para evitar dichas incongruencias es aconsejable de acuerdo a la normativa vigente homologar el convenio regulador inmediatamente de haber sido consensuado.

Sobre el tema, las Sentencias de las Audiencias Provinciales de Vizcaya núm. 67, de 7 de julio de 1995¹⁸⁶ y de Las Palmas (Sección 1ª), de 24 de marzo de 1998¹⁸⁷, consideran al convenio regulador, en virtud del principio de la autonomía privada, como un negocio jurídico del Derecho de Familia, no obstante, por la vocación procesal que está en su naturaleza no sólo tiene que ser ratificado por los cónyuges sino que debe ser aprobado por la Autoridad Judicial para tener eficacia jurídica. Además de que la participación de los progenitores –en la elaboración- y del Juez –en la homologación-, según la STS de 23 de diciembre de 1998, hace que el convenio regulador tenga una naturaleza mixta¹⁸⁸.

Con la finalidad de evitar la pretensión de una de las partes de anular o dejar sin efecto el convenio regulador suscrito en pleno uso de su capacidad jurídica es recomendable, como anteriormente manifestamos, su homologación ante Autoridad Judicial.

Sobre la validez de los pactos entre progenitores hay quien sostiene que de acuerdo a la exposición de motivos de la Ley 15/2005, la posibilidad que concede el Código sustantivo de decidir sobre la custodia de los hijos refleja la eficacia que tienen los convenios suscritos por ellos¹⁸⁹.

mismo ocurre con la STS de 25 de junio de 1987 (RJ 1987/4553, ponente: Excmo. Sr. D. José Luis Albácar López).

¹⁸⁶ AC 1995\1605, ponente: Ilmo. Sr. D. Juan Mateo Ayala García.

¹⁸⁷ AC 1998\656, ponente: Ilmo. Sr. D. Oscar Bosch Benítez.

¹⁸⁸ *Actualidad Civil* núm. 16, 19 a 25 de abril de 1999, Tomo 2, pp. 929 a 932.

¹⁸⁹ Entre otros, ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRRIAGA, L., “Disponibilidad del objeto en los procesos familiares. Especial Consideración de la custodia de los hijos”, op. cit., p.

Por nuestra parte, señalar que para que ello ocurra el legislador no debió haber utilizado en la norma sustantiva la expresión “propuesta de convenio regulador” tal cual figura en el inciso primero del artículo 81 y en el párrafo quinto del artículo 92 del CC, así como también en los artículos 777.2 y 777.4 de la LEC. Sino prever únicamente la utilización del término “convenio regulador” tal como acontece en el primer inciso del artículo 90 del CC.

Ésto denota que existe una discordancia entre la norma sustantiva y la norma procesal, aspecto que puede ser subsanado con la modificación parcial del Código sustantivo y adjetivo, con el objetivo de uniformar su contenido.

Sin embargo, los acuerdos suscritos entre las partes, en lo que concierne especialmente a los menores no son inmodificables, si por el transcurso del tiempo surgen nuevos hechos que merecen en función al interés del menor una alteración de medidas referentes a la custodia, se deben revisar las resoluciones precedidas.

Sobre este punto, la SAP de Madrid (Sección 22ª), de 6 de marzo de 1998¹⁹⁰, sostiene que los acuerdos que contemplen la custodia de los hijos, de forma permanente deben encontrarse sometidos a control judicial, por esta razón se considera inválidos aquellos convenios que modifiquen la custodia sin control de la Autoridad Judicial.

Para la modificación de las resoluciones judiciales en lo que atañe a la custodia de los hijos, las Sentencias de las Audiencias Provinciales, de Valencia de 15 de mayo de 1995¹⁹¹ y de Almería de 11 de mayo de 1998, exigen una alteración sustancial de las circunstancias¹⁹².

De igual manera, hay autores que sostienen que no es prudente la modificación de los fallos sobre la custodia de los menores salvo en caso

49.

¹⁹⁰ AC 1998\5174, ponente: Ilmo. Sr. D. Eduardo Hijas Fernández.

¹⁹¹ AC 1995\961, ponente: Ilmo. Sr. D. Vicente Ortega Llorca.

¹⁹² AC 1998\5469, ponente: Ilmo. Sr. D. Agustín Blesa Rodríguez. En cambio, la SAP de Madrid de 3 de diciembre de 1992, sostiene que la decisión del hijo que sea meditada y fundamentada resulta suficiente para modificar la resolución judicial sobre su custodia.

de que éstos se encuentren cerca de cumplir 18 años y convertirse en personas mayores de edad, además de que tienen que valorarse las causas que se invocan para pretender dicho cambio, así como también la madurez del menor¹⁹³.

Disentimos con esta postura, pues no debe condicionarse a la edad y madurez del menor la modificación de las resoluciones judiciales. De ser así, se estaría dejando en estado de indefensión a los hijos que no reúnan éstos requisitos, siendo que del análisis del caso se evidencie la necesidad de realizar un cambio en el régimen de custodia.

Por ello, para modificar la custodia de los hijos debe ser determinante el informe pericial psicológico tal como señala la SAP de Asturias, de 27 de abril de 2000¹⁹⁴.

Ésto demuestra la necesidad de justificar la pretensión de cambiar o modificar la custodia de los menores, y ello se debe realizar con el aval del informe psicoasistencial y con el correspondiente control judicial de acuerdo a la Jurisprudencia citada. Es decir, que si bien en principio el acuerdo se limitaba a la participación de los progenitores, en la suposición de contemplarse una futura modificación es imprescindible la participación de terceras personas, en este caso los especialistas.

3.2. Medidas preventivas para el ejercicio de la custodia compartida

Para analizar este epígrafe debemos citar el contenido del inciso 5 del artículo 92 del CC, que señala que:

“...El Juez al acordar la guarda conjunta y tras fundamentar su resolución, adoptará las cautelas procedentes para el eficaz cumplimiento del régimen

¹⁹³ Véase ANDRÉS JOVEN, J., “Modificaciones de medidas definitivas”, en González POVEDA, P. y GONZÁLVEZ VICENTE, P. (Coordinadores), *Tratado de Derecho de Familia, Aspectos sustantivos y procesales*, Edit. Sepín, Madrid, 2005, p. 923.

¹⁹⁴ AC 2000\3397, ponente: Ilma. Sra. D^a. María José Pueyo Mateo.

de guarda establecido, procurando no separar a los hermanos”.

En líneas generales, modestamente creemos que el legislador actúa de forma desacertada, dicho sea con todos los respetos, otra vez en la redacción del inciso 5 del artículo 92 del CC, pues cuando hace mención al término “*cautelos procedentes para el ejercicio de la custodia compartida*”, da la impresión de que es temeroso y desconfiado en la aplicación de dicha modalidad de custodia, por cuanto obliga al Juez a adoptar garantías para su cumplimiento. Ello denota la intención de hacer prevalecer la custodia monoparental, toda vez que para este régimen la implementación de dichas cautelas al amparo de los artículos 90 y 91 del Código Civil tiene un carácter facultativo. Por otro lado, no hace mención al tipo de cautelas o garantías que deben ser adoptadas por parte del Juez, en el supuesto de aplicarse la custodia compartida, por lo que se presume que puede establecer cautelas de diversa índole como pueden ser: la obligación de comunicarse entre progenitores sobre las decisiones que atañen al menor durante el periodo de convivencia, exigir a los padres que se pongan de acuerdo sobre las decisiones determinantes e inhibirse de dificultar la relación con los hijos¹⁹⁵.

A este respecto, hay quien sostiene que el legislador debió haber previsto las medidas que deben adoptarse para cumplir dicho objetivo¹⁹⁶.

A nuestro parecer, resulta complicado imaginar las previsiones que se deben tomar para ejercer la modalidad de custodia compartida cuando los progenitores mediante convenio regulador o durante el desarrollo del proceso, han decidido voluntariamente que éste es el sistema óptimo en aras de proteger el interés del menor.

En lugar de dicha redacción, a fin de evitar criterios

¹⁹⁵ Vid. LORCA NAVARRETE, A. M. y DENTICI VELASCO, N. M., *La regulación de la separación y el divorcio en la nueva “Ley de Divorcio” de 2005 con especial referencia a la mediación familiar...* op. cit., p. 61; Vid. GUILARTE MARTIN-CALERO, C., “Comentarios del nuevo artículo 92 del Código Civil”, op. cit., p. 173.

¹⁹⁶ Siguiendo a ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L., “Disponibilidad del objeto en los procesos familiares. Especial Consideración de la custodia de los hijos”, op. cit., p. 77.

discriminatorios, tanto para la custodia monoparental como para la custodia compartida, se debería adecuar el último párrafo del artículo 90 del CC, estableciendo el tipo de garantías reales o personales que puede adoptar el Juez según el análisis del caso, con el objetivo de que las decisiones judiciales sean acatadas por los progenitores.

Asimismo, en relación al establecimiento de las “*cauteladas procedentes*” que se cita en el inciso 5 del artículo 92 del CC, un sector de la doctrina señala que dichas cautelas deben ser tomadas en función a no separar a los hermanos en previsión del establecimiento de la custodia compartida. No obstante, no se explica el tipo de cautela a establecer, limitándose a señalar que se debe exigir su cumplimiento so pena de modificar el régimen de custodia compartida por un régimen de visitas¹⁹⁷.

Por nuestra parte, creemos que se deben aunar esfuerzos en mantener a todos los hijos unidos en una situación de separación o divorcio, para ello es fundamental considerar todas las características intrínsecas de cada proceso, y en función a ello se deberá decretar lo que mejor convenga a los menores¹⁹⁸.

Sobre la modificación del sistema de custodia compartida por un régimen de visitas, es sin duda, la mejor alternativa cuando se presentan problemas en su ejecución, sin embargo, en principio, tal como manifestamos, la Autoridad Judicial debe establecer garantías reales o personales para el cumplimiento de la modalidad de custodia determinada. Únicamente de esta forma los progenitores se sentirán coaccionados a cumplir las resoluciones judiciales¹⁹⁹.

De todas maneras consideramos que el legislador al referirse al término “*cauteladas procedentes*”, tuvo en mente la aplicación de la custodia

¹⁹⁷ Por ejemplo, VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C., *Matrimonio y Divorcio* op. cit., p. 171.

¹⁹⁸ En casos extremos, aunque no es recomendable, si los progenitores atraviesan problemas de índole económico lo mejor sería distribuir las responsabilidades entre ambos, debiendo para ello cada uno hacerse cargo de los hijos de forma separada.

¹⁹⁹ Por ejemplo, se pueden establecer multas graduales, siempre y cuando el patrimonio del progenitor que incumple la resolución judicial sea significativo.

compartida, y no la separación de los hermanos tal como sostiene parte de la doctrina²⁰⁰.

3.3. Maltrato infantil y violencia doméstica con relación a la custodia compartida

Inicialmente, creemos necesario citar textualmente el contenido del inciso 7 del artículo 92 del CC:

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

De ello, podemos colegir que de manera genérica el legislador se refiere a casos de maltrato infantil²⁰¹ y violencia doméstica²⁰² con relación a la aplicación de la custodia compartida, por este motivo, analizaremos de forma separada sus connotaciones.

²⁰⁰ Siguiendo a VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C., *Ibidem*.

²⁰¹ Sobre la definición de maltrato infantil MORENO MANSO, J. M., *Maltrato infantil*, Edit. EOS, Madrid, 2002. p. 26, sostiene que: “Siguiendo la definición adoptada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas en noviembre de 1989 consideramos que el maltrato infantil es toda forma de violencia, perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación mientras que el niño se encuentra bajo custodia de sus padres, de un tutor o de cualquier otra persona que la tenga a su cargo...”.

²⁰² MARTÍNEZ GALLEGOS, E. M^a., “El derecho ante la violencia doméstica”, en MARTÍNEZ GALLEGOS, E. M^a. y REGUERO CELADA, J. (Coords.), *Mujer y Empleo, Una estrategia para la igualdad*, Edit. Comares, Granada, 2004, p. 245, señala que se entiende por violencia doméstica al uso deliberado de la fuerza con el objeto de tener bajo control a la pareja o a la prole, siendo ésta de carácter psicológico, sexual o físico habitual y que tiene como sujetos pasivos a las personas que mantienen una relación afectiva con el sujeto activo, que además viven en el mismo hogar ya sea como pareja o como descendientes.

3.3.1. Maltrato infantil

En lo que se refiere al maltrato y la custodia compartida, se debe comenzar el análisis por señalar que el término “*estar incurso*” da lugar a muchas conjeturas que se contraponen a la seguridad jurídica, pues no se puede percibir con certidumbre la intención del legislador al utilizar dicha expresión. Puede que pretendiera asimilar dicho término a la situación de “*estar imputado*”, pero lo más lógico es que deba “*estar condenado*”, de igual forma, el legislador también prevé la presencia de “*indicios*”, vocablo que tampoco nos dilucida el panorama. Al respecto, existen dos alternativas; primero, que sin haber sido condenado el presunto progenitor maltratador, no se le debería impedir la aplicación de la custodia compartida, puesto que de esta forma, se violaría la garantía constitucional del principio de presunción de inocencia²⁰³; segundo, que con la finalidad de garantizar el interés del menor, desde una perspectiva preventiva se le puede impedir acceder al beneficio de la guarda alternada al supuesto maltratador. El problema de ésta última solución radica en el transcurso del tiempo, por cuanto, si se demuestra que las acusaciones son falsas, nadie le restituirá el tiempo transcurrido al progenitor afectado²⁰⁴.

A nuestro criterio, resulta evidente que no se puede transgredir la garantía constitucional del principio de presunción de inocencia que se confiere a cada persona, -en nuestra situación a cada uno de los progenitores-, con el objetivo de impedir que el progenitor acusado se

²⁰³ Con relación al principio de presunción de inocencia CORCOY BIDASOLO, M., “¿Qué aporta la LO 11/2003, en la incriminación de la llamada violencia doméstica”, en MARTÍNEZ GALLEGOS, E. M^a. y REGUERO CELADA, J. (Coords.), *Mujer y Empleo, Una estrategia para la igualdad*, Edit. Comares, Granada, 2004, p. 177, afirma que la comisión de supuestos hechos delictivos tiene que ser probada por el acusador, de no ser así y en caso de que existan dudas sobre el hecho el Juez debe absolver al acusado en función al principio *in dubio pro reo*.

²⁰⁴ Criterio Compartido por GARCÍA RUBIO, M^a. P. y OTERO CRESPO, M., “Apuntes sobre la referencia expresa al ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos en la Ley 15/2005”, op. cit., pp. 98-100. En el mismo sentido, CARBALLO, CUERVO, M. A., “Violencia doméstica”, en GONZÁLEZ POVEDA, P. y GONZÁLEZ VICENTE, P. (Coordinadores), *Tratado de Derecho de Familia, Aspectos sustantivos y procesales*, Edit. Sepín, Madrid, 2005, p. 1089. Por otra parte, si bien no se puede restituir al progenitor afectado el tiempo perdido, como consuelo le queda a éste seguir un proceso judicial por denuncia falsa.

pueda beneficiar con la aplicación de la custodia compartida.

Con la finalidad de subsanar lo que a nuestro modesto entender son desaciertos jurídicos en los que incurre el legislador existen dos posibilidades:

1) Primera, la opción ideal; es la existencia de una condena firme por maltrato infantil, para así, en base a dicha sentencia objetar en un proceso de separación o divorcio, que el cónyuge maltratador se beneficie con la aplicación del beneficio de la custodia compartida en interés del menor.

2) Segunda, que el legislador se abstenga de utilizar términos contradictorios, circunscribiéndose únicamente a hacer referencia a la valoración que debe realizar el Juez de los elementos del proceso, sobre la existencia de maltrato hacia el menor en una situación de separación o divorcio. Así, la Autoridad Judicial podría acordar preventivamente la inaplicabilidad de la custodia compartida precautelando el interés del menor, pero sin transgredir la garantía constitucional del principio de presunción de inocencia, situación que además, descartaría el uso indebido de acusaciones falsas sobre maltrato, en contra de uno de los progenitores.

Si bien es cierto que en muchas ocasiones existe la tendencia por preservar el entorno del menor en una situación de separación o divorcio, debe realizarse una confrontación de prioridades, no se puede preservar éste entorno cuando el menor es víctima de maltrato. Ante esta suposición, es preferible prescindir de la figura del progenitor maltratador y precautelar el equilibrio emocional del menor, dejando de lado el establecimiento de la custodia compartida o hasta inclusive la custodia monoparental²⁰⁵.

En lo que se refiere a la presencia de actos violentos en una familia que sean dirigidos directamente contra el menor, se deberá analizar la

²⁰⁵ Pues, como manifiesta PAGÉS I CRIVILLÉ, M., *Hijos y Divorcio*, Edit. Martínez Roca, 2002, p. 97, "Este aspecto tendrá una especial incidencia cuando la separación de los progenitores haya sido violenta o cuando el niño sufra alguna patología psicológica".

conducta de ambos progenitores tanto la del que maltrata como la del que observa, puesto que debemos recordar que existen delitos que se cometen ya sea por acción o bien por omisión²⁰⁶.

Así pues, se debe valorar el contexto espacial en que se produjo el maltrato, a nuestro criterio, en una situación de crisis matrimonial o de unión de hecho previa demostración de los hechos se tienen dos alternativas; primero, que el cónyuge maltratador no se beneficie con ninguna modalidad de custodia, y segundo, que a ambos progenitores se les prive del beneficio de la custodia recurriendo en estos casos a figuras como el acogimiento²⁰⁷ o la guarda institucional.

Desde esa perspectiva, es posible que el maltratador durante el proceso de separación o divorcio se someta a una terapia de rehabilitación, no obstante, eso no significa que la aplicación de la custodia compartida sea otorgada automáticamente, principalmente porque el daño ha sido infringido, así el menor se recupere con tratamiento psicológico.

Asimismo, con relación a la rehabilitación del maltratador, la disyuntiva se plantea cuando éste muestra interés en acceder al beneficio de la custodia compartida, ello, a nuestro criterio, no solamente depende de su voluntad, sino que deben valorarse otras circunstancias, como el tiempo transcurrido y también tomar en cuenta la voluntad del menor, por cuanto, éste puede sentir rechazo al contacto con el progenitor que lo maltrataba²⁰⁸.

²⁰⁶ Criterio compartido por AMORÓS, P. y PALACIOS, J., *Acogimiento familiar*, op. cit., p.31, quienes señalan que: "...el maltrato puede producirse por acción (golpear a un niño, abusar sexualmente de una niña, obligarles a trabajar, etc.) pero también por omisión (no atender a un niño, no responder a sus llamadas y peticiones, no defender a quien está siendo violentado sexualmente, etc.)".

²⁰⁷ "El acogimiento regulado en el artículo 173 del Código Civil, puede ser definido como un negocio jurídico perteneciente el Derecho de Familia de carácter personal, en virtud del cual el acogido, aun conservando su status familiae participa de manera plena en la vida de la familia acogedora que adquiere las obligaciones de velar por él, tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo y procurarle una formación integral". DE PAÚL OCHOTORENA, J. y ARRUABARRENA MADARIAGA, M. I., *Manual de protección infantil*, Edit. Masson, Barcelona, 2001, p. 94.

²⁰⁸ Sobre el tema PAGÉS I CRIVILLÉ, M., *Hijos y Divorcio*, op. cit., p. 98, sostiene que "...Es evidente que si el menor ha sufrido malos tratos por parte del progenitor... y

En función al tiempo transcurrido, si la presencia de la figura del progenitor rehabilitado en la vida del menor no sea su prioridad, debe prevalecer el interés del hijo antes que el interés del progenitor.

3.3.2. Violencia domestica²⁰⁹

En lo que concierne a la utilización de términos contradictorios que contiene el inciso 7 del artículo 92 del CC, como ser el “*estar incurso*” o la presencia de “*indicios*” nos remitimos al anterior subtítulo para su apreciación.

Ahora bien, en la suposición de que el artículo 92 inciso 7 del Código Civil, se esté refiriendo específicamente a violencia de género, si confrontamos la citada disposición con el artículo 57 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de protección integral contra la violencia de género, el Juez en materia civil debe inhibirse de conocer el proceso y librar testimonio en el estado en que se encuentre, al Juez de Violencia para que éste dictamine si ha existido violencia de género, y de la misma forma será competente para conocer los problemas derivados de las relaciones paterno-filiales salvo que el proceso no haya alcanzado la fase oral²¹⁰.

Como se puede evidenciar la justificación que se le da a este inciso genera una interpretación confusa de orden procesal, la desventaja de esta apreciación radica en que el Juez de Violencia como su nombre indica es considerado especialista en temas de violencia, situación que puede afectar principalmente a los intereses del menor quien a su vez

siente, cuando está en su compañía, angustia fóbica, no se le puede obligar a relacionarse con dicho progenitor...”.

²⁰⁹ Véase SANZ MULAS, N., GONZÁLEZ BUSTOS, M^a A. y MARTÍNEZ GALLEGU, E. M^a (Coords.), *Ley de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género*, Edit. Iustel, Madrid, 2005.

²¹⁰ Véase GARCÍA RUBIO, M^a. P. y OTERO CRESPO, M., “Apuntes sobre la referencia expresa al ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos en la Ley 15/2005”, op. cit., p. 100; GUILARTE MARTIN-CALERO, C., “Comentarios del nuevo artículo 92 del Código Civil”, op. cit., p. 165. Véase también SÁNCHEZ BARRIOS, I., “Normas procesales civiles”, en SANZ MULAS, N., GONZÁLEZ BUSTOS, M^a A. y MARTÍNEZ GALLEGU, E. M^a (Coords.), *Ley de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género*, Edit. Iustel, Madrid, 2005, pp. 226 a 237.

también merece una atención especializada. Lo aconsejable es que se suspenda el proceso de separación o divorcio hasta tanto no concluya la causa sobre violencia doméstica. Al respecto, deben considerarse como antecedentes negativos en la resolución del proceso de separación o divorcio, el hecho de que una de las partes interponga recursos dilatorios con el afán de retardar la conclusión del proceso que se incoa por violencia doméstica.

Sobre la violencia de género la doctora Martínez Gallego con referencia a la Ley 15/ 2005, de 8 de julio, que modifica el CC y la LEC, en materia de separación y divorcio considera que el legislador aumenta las variantes al momento de atribuir la guarda y custodia de los hijos, pero al mismo tiempo las restringe cuando se observan cuadros de violencia de género²¹¹.

De lo que se puede colegir, que el legislador de conformidad al contenido del inciso 7) del artículo 92 del CC, establece la inaplicabilidad de la custodia compartida ante situaciones de violencia de género, aunque, tal como expresamos anteriormente no utiliza una terminología adecuada que procure una interpretación carente de controversias.

Por último, a nuestro modesto entender, el legislador debió ser más prudente y no sólo limitar la aplicación de la custodia compartida ante cuadros de violencia doméstica, sino que el contenido del inciso 7) del artículo 92 del CC, tuvo que haber previsto también la inaplicabilidad de la custodia monoparental, hasta tanto el cónyuge maltratador no demuestre que se ha rehabilitado producto de un tratamiento terapéutico.

3.3.3. Violencia intrafamiliar y maltrato infantil indirecto con relación a la custodia compartida

Debemos señalar que la violencia que opera entre cónyuges, por lo general tiene repercusión en la vida del menor, quien generalmente sufre

²¹¹ MARTÍNEZ GALLEGO, E. M^a., “Las recientes reformas del Derecho de Familia”, op. cit., p. 260; MARTÍNEZ GALLEGO, E. M^a., “La custodia compartida en cuadros de violencia de género”, op. cit., p. 67.

consecuencias de tipo psicológico²¹².

Así, hay autores que manifiestan que en la actualidad existe la tendencia a incluir entre las formas de maltrato infantil el hecho de que los menores presencien en su hogar situaciones de violencia entre los progenitores, toda vez que estos actos generan un trauma en los menores que observan dichos episodios²¹³.

Para nosotros, sin duda, si los menores observan contextos de violencia entre sus progenitores, ésta debe ser considerada como una tipología de maltrato infantil, por lo que, ante la constatación de estos hechos en una situación de separación o divorcio, se tiene que restringir la aplicación de la custodia compartida.

También, en casos extremos se pueden presentar situaciones de agresiones y lesiones consentidas. Sin embargo, en el supuesto de que uno de los progenitores se encuentre con lesiones en su cuerpo, este hecho causará mala impresión en el menor, quien sentirá espanto, miedo y temor, contexto que tiende a generar un maltrato indirecto, en este caso, aun cuando el progenitor consiente actos violentos por placer, se debe abstener al menor de tener que ser testigo oyendo o viendo estos actos²¹⁴.

Hay que advertir que cada persona tiene la libertad de decidir en función de la autonomía de la voluntad a realizar actos que crea conveniente para satisfacer sus deseos, pero cuando éstos se desarrollan en el marco de la familia, existe un conflicto de intereses entre los progenitores y los hijos, ante lo cual surge la interrogante ¿En esta situación que derechos deben prevalecer? A nuestro modo de ver, sin temor a equivocarnos debe preponderar el interés del menor.

En esa consideración es conveniente señalar que si bien la presencia de agresiones y lesiones consentidas son casos extremos, el

²¹² Sobre la violencia indirecta véase HIRIGOYEN, M^a. F., *El acoso moral (maltrato psicológico en la vida cotidiana)*, Edit. Paidós, Barcelona, 1998, pp. 37 a 41.

²¹³ Por ejemplo, AMORÓS, P. y PALACIOS, J., *Acogimiento familiar*, op. cit., p. 38.

²¹⁴ GARCÍA ÁLVAREZ, P. y DEL CARPIO DELGADO, J., *El delito de malos tratos en el ámbito familiar*, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p.83.

menor corre el riesgo de sufrir un daño psicológico que puede resultar irremediable al observar o escuchar dichas prácticas.

Por tanto, podremos concluir en que, previa valoración de los hechos y participación de los progenitores en dichas situaciones de violencia, se debe resolver no sólo la inaplicabilidad de la custodia compartida, sino también considerar si es viable la implementación de la custodia monoparental. Es más en casos irreversibles se tiene que optar por la guarda institucional.

3.4. Inaplicabilidad de la custodia compartida de oficio

Para analizar este tema, es necesario citar el contenido del inciso 8 del artículo 92 del CC, que textualmente señala que:

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

Ésto significa que el Juez en el supuesto de que ninguno de los progenitores haya solicitado la aplicación de la custodia compartida en una situación de separación o divorcio, no puede dictaminar de oficio la implementación de dicha figura jurídica. Ello demuestra la postura ambigua del legislador, que, por una parte, regula expresamente la aplicación de la custodia compartida y, por otro lado, prohíbe al Juez la libre determinación de sus resoluciones. Ante estos hechos cabe preguntarse ¿Qué sucede si de la valoración concreta de los datos de un proceso es aconsejable la aplicación de la custodia compartida en interés del menor? Sencillamente que el legislador no precautela el beneficio del menor, a pesar de mencionarlo expresamente en dicho inciso, porque no es concebible entender que el interés del menor se encuentre supeditado

a la voluntad de los progenitores, éstos influenciados o motivados por intereses de orden personal pueden solicitar cada uno a su turno el ejercicio de la custodia monoparental. Por ello, es el Juez quien debe descubrir durante el desarrollo del proceso que modalidad se adapta mejor al caso concreto²¹⁵.

A nuestro juicio, consideramos respetuosamente que el legislador en la implementación de una de las modalidades de custodia en una situación de separación o divorcio, debió haber contemplado como criterio rector el interés del menor, los condicionamientos a los cuales se limita la posibilidad de aplicación de la custodia compartida en el inciso 8 del artículo 92 del CC, seguramente traerán secuelas en su interpretación en lo que concierne a las facultades restringidas que tiene el Juez para emitir su resolución en estos supuestos²¹⁶.

No obstante, cabe preguntarse ¿Cómo el Juez puede dictaminar de oficio la implementación de dicho régimen si los padres, que son quienes mejor conocen la situación, no pueden consensuar la aplicación de la custodia compartida?

Por una parte, resulta evidente que las personas que mejor conocen la situación de crisis familiar son los cónyuges -de eso no hay duda- y por ende deberían saber que es lo que mejor le conviene al menor en una situación de separación o de divorcio, sin embargo, estamos seguros de que en muchos casos ambos progenitores no tienen

²¹⁵ Vid. GARCÍA RUBIO, M^a. P. y OTERO CRESPO, M., "Apuntes sobre la referencia expresa al ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos en la Ley 15/2005", op. cit., p. 101. Sobre el tema PASTOR VITA, F. J., "Algunas consideraciones sobre la Ley de reforma del Código Civil en materia de separación y divorcio", en *Revista de Derecho de Familia*, Edit. Lex Nova, Valladolid, 2005, núm. 28, julio-septiembre de 2005, p. 46, es partidario de que el Juez pueda decidir judicialmente de oficio el régimen de custodia compartida siempre que resulte en interés del menor y éste manifieste su complacencia con dicho sistema, además que debe tomarse en cuenta de acuerdo a las circunstancias del caso la edad y el grado de madurez del menor.

²¹⁶ Criterio compartido por GUILARTE MARTIN-CALERO, C., "Comentarios del nuevo artículo 92 del Código Civil", op. cit., p. 162, quien se pregunta: "¿Qué sucederá en los casos en que, constatada la procedencia de la guarda alterna como régimen que mejor protege el interés del menor, no haya solicitud en tal sentido o exista informe desfavorable del Ministerio Fiscal? -Y se responde- A mi juicio, el interés del menor es el principio rector en el procedimiento para la adopción del régimen de guarda, de suerte que sólo aquel interés puede determinar la atribución exclusiva o alternada de la guarda y custodia".

la suficiente voluntad para resolver sus diferencias y acordar un modelo de custodia bien sea monoparental o de manera compartida para sus hijos, puesto que de ser así no existirían procesos contenciosos, por cuanto todas las rupturas matrimoniales o de uniones de hecho se resolverían de común acuerdo.

Por otra parte, no se puede presuponer que los progenitores al no acordar la custodia compartida, consensuarán la custodia monoparental. Entonces surge otra pregunta ¿Qué se debe hacer? Una alternativa es la mediación familiar, pero hasta tanto no haya una cultura jurídica al respecto, creemos que se tiene que acudir ante Autoridad Judicial para resolver sus diferencias como ocurre en cualquier conflicto en cualquier rama del derecho, y únicamente de esta manera mediante resolución judicial establecerse la modalidad de custodia. De lo contrario, si las atribuciones del Juez se encuentran cercenadas de inicio, no tiene sentido acudir a los estrados judiciales.

Por esta razón, si los progenitores no pueden consensuar la implementación de la custodia compartida o monoparental a través de convenio regulador, ante Autoridad Judicial se deben mantener intactas dichas opciones, sólo que en este supuesto será el Juez quien decida la alternativa adecuada procurando la satisfacción del *bonus filii*. Y para que ésto ocurra es necesario que el Derecho sustantivo configure una regulación sin distinción entre ambas modalidades de custodia²¹⁷.

De igual manera, el legislador no satisfecho con condicionar la aplicación de la custodia compartida a instancia de una de las partes, impone en el inciso 8 del artículo 92 del CC, la necesidad de un requerimiento fiscal favorable para efectivizar la aplicación de dicha figura jurídica.

Al respecto, expresamos nuestra disconformidad con dicha

²¹⁷ "...la custodia compartida, en el caso de falta de acuerdo entre los progenitores y de que uno de ellos la reclame en exclusiva para sí, suscitaba controversia y de hecho plantea serios problemas prácticos. Pero no puede obviarse el derecho del otro progenitor a compartirla. Que en esas circunstancias quede en manos del juez decidir lo que proceda, anteponiendo el interés de los hijos, es lo propio en un Estado de derecho". *El País*, edición del 30 de junio de 2005, p. 14, (sección editorial).

regulación, por cuanto, vulnera el principio de objetividad que debe tener el Fiscal al analizar las modalidades de custodia previstas en el CC.

En este marco, no se puede condicionar a un informe favorable el establecimiento de la custodia compartida, el requerimiento del representante del Ministerio Público no tiene que vincular al Juez en el momento de emitir su dictamen.

Con referencia a la participación del Fiscal, en virtud del inciso 8 del artículo 92 del Código Civil, Vázquez Iruzubieta²¹⁸ sostiene que:

“En todo caso, nada podrá hacer el Juez por su cuenta si el Ministerio Fiscal no emite un dictamen favorable, lo que significa que, bien visto, la decisión jurisdiccional depende de la voluntad de quien carece de jurisdicción...”

Dicha afirmación refuerza nuestra posición, el hecho de condicionar la aplicación de la custodia compartida a un informe favorable del Fiscal, limita el poder de decisión libre e imparcial que debe tener el Juez en sus resoluciones judiciales, ésto significa que si bien mantiene su jurisdicción y competencia para conocer una situación de separación o divorcio ésta última se encuentra restringida. Siendo que la Autoridad Judicial en interés del menor debe tener la facultad de dictaminar *ultrapetita* las resoluciones judiciales en materia de separación o divorcio.

Así, se debe aseverar que no se puede sobreponer la opinión del representante del Ministerio Público a la del Juez, toda vez que sería inconstitucional limitar la facultad decisoria que tienen las Autoridades Judiciales. Por ello, es aconsejable que mediante reforma legislativa, se derogue el requisito que condiciona la implementación de la custodia

²¹⁸ VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C., *Matrimonio y Divorcio*, op. cit., p. 171; Sobre el tema LORCA NAVARRETE, A. M. y DENTICI VELASCO, N. M., *La regulación de la separación y el divorcio en la nueva “Ley de Divorcio” de 2005 con especial referencia a la mediación familiar...* op. cit., p. 65, sostiene que: “...el órgano jurisdiccional ha de actuar con el “informe favorable del Ministerio Fiscal” (artículo 92.8 reformado del CC) por lo que, si el fiscal se opone (no es favorable) a la custodia compartida, cuando no existe acuerdo de los padres, no será posible la misma por lo que, al final, quien decide sobre ella “excepcionalmente”, en terminología del artículo 92.8 del CC, no es el órgano jurisdiccional cuanto más bien el Fiscal”.

compartida al requerimiento favorable del Fiscal²¹⁹.

De todo ello, se puede afirmar, que el inciso 8 del artículo 92 del CC, contradice la doctrina del Tribunal Constitucional existente hasta antes de la reforma de 2005, que establecía que el Juez podía dictaminar de oficio la implementación de la custodia compartida²²⁰. Asimismo, la restricción que se realiza en la actuación de la Autoridad Judicial va en contraposición de los principios generales de protección del menor, de conformidad al artículo 2 de la LOPJM de 1996, donde se señala que, el interés del menor debe primar sobre cualquier otro, además, colisiona con el Código Civil de manera general, toda vez que en el actual sistema es el Juez en primer término y no el Fiscal ni los progenitores, quien debe garantizar el interés del menor, eso se infiere del contenido del artículo 92.4 del CC, donde se menciona que el Juez podrá decidir en beneficio de los hijos sobre las consecuencias de la patria potestad²²¹.

Es indudable que dicha redacción se contrapone a los principios generales de protección del menor, del mismo modo que resulta desacertado que el legislador obstaculice la implementación de oficio de la custodia compartida, cuando hasta antes de la reforma de 2005, sin estar expresamente admitida en la legislación española, el Juez podía dictaminar de oficio el establecimiento de dicha modalidad de custodia.

En definitiva, si bien el Juez tiene que precautelar el interés del menor, este criterio igualmente debe ser velado tanto por el Fiscal como por los progenitores, procurando la satisfacción del beneficio del menor desde la función que a cada uno compete.

²¹⁹ Vid. www.aeafa.es/, fecha de consulta, 3 de febrero de 2006. "Las reformas del derecho de familia", II encuentro institucional de jueces y magistrados de familia, fiscales y secretarios judiciales, con abogados de la asociación española de abogados de familia Madrid, 23, 24 y 25 de noviembre de 2005.

²²⁰ Sobre el tema véase la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 4 (Sala Segunda), de 15 enero, RTC 2001\4, ponente: D. Tomás S. Vives Antón, resolución que confirma la custodia compartida establecida por la Audiencia Provincial.

²²¹ Vid. GARCÍA RUBIO, M^a. P. y OTERO CRESPO, M., "Apuntes sobre la referencia expresa al ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos en la Ley 15/2005", op. cit., p. 102. Postura que también adopta la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 4 (Sala Segunda), de 15 enero, RTC 2001\4, ponente: Ilmo. D. Tomás S. Vives Antón.

3.4.1. ¿Pueden los progenitores impedir la determinación judicial de la custodia compartida?

De conformidad a la redacción del inciso 8 del artículo 92 del Código Civil²²², cualquiera de los progenitores puede objetar el establecimiento de la custodia compartida en sede judicial ejerciendo su “*derecho a veto*”, en caso de que no se haya podido consensuar su implementación a través del convenio regulador²²³.

Si bien el éxito de la implementación de la custodia compartida depende en gran medida de la predisposición de los progenitores, en situaciones normales cuando no existe violencia intrafamiliar ni maltrato infantil, a nuestro parecer, el o los progenitores no deberían tener la posibilidad de ejercer ningún derecho a veto, toda vez que en un proceso judicial ellos actúan como sujetos procesales y quien tiene jurisdicción y competencia para fallar lo que en derecho corresponda es el Juez.

Sin embargo, al existir dicha posibilidad legal, se está condicionando la implementación de la custodia compartida al deseo de uno o ambos progenitores, situación que indirectamente repercute en contra de dicho régimen, por cuanto en los hechos, el Juez únicamente tiene la posibilidad de dictaminar la modalidad de custodia monoparental. Ello nos lleva a pensar que quienes deciden de antemano la resolución del Juez en un proceso judicial de este tipo son los progenitores.

De esta manera, si el Juez evidencia que dadas las características de la crisis matrimonial o de unión de hecho la satisfacción del interés del menor se encuentra en la aplicación de la custodia compartida, no puede emitir una resolución en ese sentido, por cuanto ésta sería apelada por la supuesta parte agraviada en virtud al “*derecho a veto*” que la norma le asiste.

Por todo ello, se puede observar que el legislador por una parte

²²² El contenido textual de este artículo ha sido citado en el anterior epígrafe.

²²³ Sobre el tema véase GARCÍA RUBIO, M^a. P. y OTERO CRESPO, M., “Apuntes sobre la referencia expresa al ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos en la Ley 15/2005”, op. cit., pp. 97-98.

allana el camino de la figura jurídica de la custodia compartida al regular su establecimiento, pero por otra parte dificulta y condiciona su implementación; entonces cabe preguntarse ¿Cuál fue la verdadera intención del legislador? Se puede conjeturar que el legislador no está convencido de su utilidad, razón por la cual, asume una actitud cautelosa²²⁴.

No es pretensión nuestra restringir la participación de los progenitores en el proceso de separación o divorcio en lo que respecta a la asignación de la custodia, sino que las objeciones deben ser fundamentadas y demostradas si se quiere una resolución judicial favorable. En ese sentido, si durante el desarrollo del proceso las pruebas presentadas por los padres no fueron suficientes para demostrar la inaplicabilidad de la modalidad de custodia compartida, en base a los hechos demostrados el Juez debe emitir la sentencia determinando una verdad judicial que no siempre puede coincidir con la verdad real de los hechos acaecidos durante la convivencia de los cónyuges²²⁵.

Por todo ello, respetuosamente creemos que el Legislador de 2005 en lugar de promover el criterio de igualdad que debe regir entre progenitores bajo un parámetro simétrico de sus relaciones fomenta un trato asimétrico a favor del progenitor que se encuentre en desacuerdo con la implementación de la custodia compartida. Es más, ni siquiera se puede concebir que las reformas fueran pensadas en favor de ambos padres, sino más bien del progenitor reticente a la aplicación del régimen de custodia compartida. Ésto motiva a señalar que el interés del menor se encuentra supeditado a la voluntad de los padres, lo cual desvirtúa la protección de los hijos en una situación de separación o divorcio.

²²⁴ Posición que comparten GARCÍA RUBIO, M^a. P. y OTERO CRESPO, M., “Apuntes sobre la referencia expresa al ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos en la Ley 15/2005”, op. cit., p. 94, cuando señalan que: “...a pesar de su reconocimiento expreso y de su teórica promoción al insertarse en el texto legal, la llamada custodia compartida es vista con prevención y hasta con desconfianza por el legislador, por lo que su acogida está llena de cautelas que no parecen muy coherentes con aquella teórica promoción”.

²²⁵ La verdad material es una relación entre el lenguaje y la experiencia. CAPELLA, J. R., *Elementos de análisis jurídico*, Edit. Trotta, Madrid, 1999, p. 21.

3.4.2. ¿Tiene derecho a veto el Fiscal?

Siguiendo el inciso 8 del artículo 92 del Código Civil, si los progenitores no logran consensuar la implementación de la custodia compartida, la norma faculta a cualquiera de ellos a solicitar la aplicación de este régimen ante Autoridad Judicial, no obstante, la resolución del Juez depende del requerimiento favorable que realice el Fiscal para el establecimiento de dicha modalidad de custodia, ésto significa que el “*derecho a veto*” que tiene cualquiera de los padres es transmitido al representante del Ministerio Público. Esta actitud demuestra una vez más la indecisión del legislador en lo que concierne a la implementación de la custodia compartida; primero, porque tal como señalamos cualquiera de los progenitores se puede oponer al ejercicio de la custodia compartida; y segundo, porque el Fiscal también puede oponerse a su implementación²²⁶.

Sobre el tema, un sector de la doctrina sostiene que es una incongruencia prever un requerimiento favorable del Fiscal para establecer la custodia compartida, toda vez que de esta forma se confunden las funciones del Juez y del Fiscal, otorgando a éste último un poder de decisión que no le corresponde²²⁷.

Tal como dispone de forma imperativa el inciso 6 del artículo 92 del CC, el Juez deberá recabar informe del Ministerio Fiscal. Así, el Fiscal en uso de sus atribuciones, debe estar facultado para requerir indistintamente por la aplicación, tanto de la modalidad de custodia monoparental como por la guarda compartida, pero sin condicionar el ejercicio de un régimen y en detrimento del otro, sino concentrando su actuación en interés del menor²²⁸.

²²⁶ Vid. GARCÍA RUBIO, M^a. P. y OTERO CRESPO, M., “Apuntes sobre la referencia expresa al ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos...”, op. cit., p. 101.

²²⁷ Por ejemplo, ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRRIAGA, L., “Disponibilidad del objeto en los procesos familiares. Especial Consideración de la custodia de los hijos”, op. cit., pp. 35-82.

²²⁸ Vid. LORCA NAVARRETE, A. M. y DENTICI VELASCO, N. M., *La regulación de la separación y el divorcio en la nueva “Ley de Divorcio” de 2005 con especial referencia a*

En ese marco, es necesario señalar que en Cataluña a la fecha existe un Anteproyecto que prevé otorgar la custodia compartida sin informe previo del Fiscal²²⁹.

Postura con la cual coincidimos por cuanto, la actuación del Fiscal debe encontrarse orientada en el criterio de imparcialidad con respecto a las modalidades de custodia que adopta la legislación española, de lo contrario no tiene fundamento el haber regulado su aplicación de manera expresa en el Código Civil. Sin embargo, no queremos desmerecer que el requerimiento fiscal de manera general, es imprescindible en función a proteger el interés del menor.

3.5. Participación de especialistas

Sobre este tema, merece especial atención el inciso 9 del artículo 92 del Código Civil, que textualmente señala que:

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

Al respecto, hay autores que enfocan de manera muy crítica la participación de los especialistas en un proceso de separación o divorcio, por ser personas no vinculadas al espectro jurídico²³⁰.

la mediación familiar... op. cit., p. 62.

²²⁹ Con relación a ello véase <http://www.codigo-civil.net/blog/?p=22>, fecha de consulta, 30 de mayo de 2006.

²³⁰ Entre otros, VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C., *Matrimonio y Divorcio*, op. cit., p. 171, sostiene que: Los especialistas elaboran informes heréticos y destructivos acerca de temas que conocen superficialmente, promoviendo una visión liberal de la vida social y familiar. Proclamando a su vez la libertad sin control del menor carente de una formación axiológica, pensando equivocadamente que la forma adecuada de ejercer la patria potestad se resuelve consultando un manual científico, siendo que depende de la posición e ideología existencial que cada especialista tiene. A nuestro criterio, resulta

En ese sentido, cabe preguntarse ¿Si se desecha y critica la labor de los especialistas en un proceso de separación y divorcio quien reemplazaría esta tarea? A nuestro juicio, no existe otra persona indicada, que no sean los especialistas, es más, en algunos supuestos los Administradores de Justicia y representantes del Ministerio Público no tienen una formación especializada, con lo cual, lo único que se lograría obtener son criterios empíricos sin sustento teórico.

Así, acertadamente se manifiesta que en materia familiar, el trabajo que desempeñan los psicólogos y diplomados en trabajo social en el campo de las medidas relativas a los hijos, sobre todo si forman parte de los equipos psicosociales de los juzgados es prácticamente determinante en la resolución judicial que se adopta, incluso se puede afirmar que en estos casos el Juez de Familia delega en dichos profesionales la adopción de dichas decisiones en este campo, lo cual genera controversia y críticas por parte de los letrados intervinientes, pues, resulta complicado articular el derecho a la defensa en su concepción tradicional²³¹.

Por otra parte, el inciso 9 del artículo 92 del CC, señala que se puede recabar informes de *“especialistas debidamente cualificados”*, sobre dicha redacción lo más conveniente hubiera sido que la norma contemplara que debían ser los equipos psicoasistenciales adscritos a la Administración de Justicia quienes tengan exclusividad en el examen del menor, para que de esta manera el proceso tenga objetividad, sin que

evidente que los psicólogos y psiquiatras además de ser profesionales de estas ramas son personas, y como tal tienen un concepto existencial y una posición ideológica, lo mismo que ocurre con el Juez o con el Fiscal, antes de ser Administrador de Justicia o representante del Ministerio Público son personas con un concepto y enfoque individual sobre la vida que puede ser conservador, moderado o liberal. No obstante, hasta el momento no se ha encontrado un método que compagine la aplicación de la norma y la percepción personal que se tenga sobre una determinada contingencia por resolver, que no sea la estricta sujeción a la Ley. Por otra parte, compartimos la preocupación de Vázquez en lo que se refiere a que los informes de los especialistas pueden fomentar la formación sin valores del menor y promover la libertad indiscriminada de éste sin control de los progenitores, en ese sentido es necesario preservar la estructura familiar procurando el mantenimiento de las relaciones paterno-filiales a través de una orientación axiológica y desarrollo controlado de los hijos menores de edad.

²³¹ Siguiendo a UTRERA GUTIÉRREZ, J. L., “Soluciones extrajudiciales de conflictos familiares: arbitraje, conciliación, mediación”, en ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L. y otros, *Actualización del derecho de familia y sucesiones*, Edit. Dykinson, Madrid, 2005, p. 146.

podieran existir exámenes particulares, que es lógico esperar contendrán informes parcializados articulados de acuerdo a intereses de los cónyuges con el consiguiente daño al menor ²³².

Sobre el tema, resulta indudable que la participación de especialistas particulares en lugar de coadyuvar a encontrar una alternativa a la modalidad de custodia a implementarse en una situación de crisis matrimonial o unión de hecho, más bien puede ahondar la crisis, toda vez que es improbable que un informe particular contratado por uno de los progenitores sea perjudicial a sus intereses, a menos que los informes coincidan con las intenciones de ambos progenitores, con relación al problema en cuestión.

Por tanto, consideramos a nuestro modesto entender que el legislador se ha equivocado en la redacción del inciso 9 del artículo 92 del CC, al hacer mención a *“especialistas debidamente cualificados”*, esta expresión tiene un carácter discriminatorio, por cuanto se presupone que todo profesional se encuentra capacitado para ejercer su profesión –hasta que se demuestre lo contrario-. Ahora bien puede ser que la intención del legislador haya sido el referirse a profesionales especializados en problemática familiar, pese a ello, tal como se manifestó anteriormente, hubiera sido más conveniente referirse de manera genérica a equipos psicoasistenciales adjuntos a los juzgados correspondientes.

Asimismo, en el artículo 777.5 de la LEC, se utiliza el término *“equipo técnico judicial”*, situación que también difiere de la redacción del CC, por este motivo, es aconsejable que el legislador uniforme la terminología sobre este tema, tanto en el Código sustantivo como en el Código adjetivo.

En definitiva, se debe manifestar que en una situación de ruptura familiar se presentarán casos en los cuales la custodia compartida será la mejor opción a diferencia de otros donde será inviable, en ese sentido,

²³² Vid. LORCA NAVARRETE, A. M. y DENTICI VELASCO, N. M., *La regulación de la separación y el divorcio en la nueva “Ley de Divorcio” de 2005 con especial referencia a la mediación familiar...* op. cit., pp. 62-64; Vid. CAÑETE QUESADA, A., “El anteproyecto de ley por el que se modifica el Código Civil en materia de separación y divorcio”, op. cit.

con el apoyo de peritos judiciales para nosotros “*equipos psicoasistenciales adjuntos a los juzgados*” se puede determinar la mejor opción de modalidad de custodia, debiendo ser ésta, objeto de un seguimiento periódico en aras de su cumplimiento, puesto que de lo contrario se puede revisar la resolución judicial modificando el régimen adoptado²³³.

Ello significa, que el aporte de los equipos psicoasistenciales adjuntos a los juzgados, pueden brindar una pauta certera sobre el régimen de custodia aconsejable en un proceso de separación o divorcio, además que la labor de dichos equipos no concluye con la elaboración de un informe sino que debe existir un continuo proceso de observación, de forma que se controle el desarrollo del menor, con relación al entorno familiar en el que éste se encuentra inmerso.

3.6. Las dos alternativas de custodia

En primer término debemos señalar que ambas modalidades de custodia en cuanto a su ejecución presentan a nuestro juicio problemas comunes.

Así, tenemos que los detractores de la custodia compartida afirman que la vida del menor con la aplicación de dicha figura jurídica se encuentra dividida, puesto que éste tiene dos casas y debe trasladarse de un domicilio al otro, no obstante, durante el ejercicio de la custodia monoparental ocurre lo mismo, más aún con la tendencia actual de facilitar un periodo extenso de visitas²³⁴. De ello se deduce que ambas formas de custodia pueden presentar los mismos problemas al momento

²³³ Véase, “La custodia compartida”, en www.ahige.org/texto_edit.php?wcodigo=95149, fecha de consulta, 27 de enero de 2006.

²³⁴ Posición compartida por MASON EKMAN, M. A., “¿Cómo pueden enfrentarse los padres a las mentiras de sus hijos?”, en EKMAN, P., *Por qué mienten los niños, como los padres pueden fomentar la sinceridad*, Edit. Paidós, Barcelona, 1999, p. 187, cuando señala que: “Incluso con las disposiciones más tradicionales de custodia, en que la residencia es con uno de los padres y se establece un régimen de visita de un fin de semana alterno y un par de noches por semanas para el otro, el mundo del niño esta dividido. Se establecen diferentes reglas sobre la comida, basura, el llevar el pijama y todos los detalles que componen el entorno familiar del niño. El niño tiene que volverse extremadamente flexible para no disgustar a ninguno de los padres”.

de su ejecución.

Sobre el tema, de manera acertada Zarraluqui manifiesta que los niños en la actualidad se encuentran acostumbrados a disfrutar de una pluralidad de domicilios, durante el periodo escolar y vacacional o de fines de semana, de la misma forma en su entorno es posible que también existan menores con padres separados sin que estos extremos generen problemas psíquicos²³⁵.

Por su parte, conviene resaltar que las dos alternativas de custodia, pueden verse manipuladas desde el punto de vista económico en una situación de crisis de la pareja, por la siguiente actitud; el progenitor que no ostente una holgura económica intentará por todos los medios posibles hacerse cargo de la custodia de los hijos para recibir una pensión alimenticia y ser acreedor del uso de la vivienda familiar. En esta suposición vía convenio regulador o mediante la incoación de un proceso contencioso, es de suponer que preferirá la implementación de la custodia monoparental.

Con esta actitud además de atentar contra la situación económica del progenitor no custodio, existe el peligro de influir negativamente en el desarrollo moral del menor, cuando la modalidad de custodia adoptada no sea la más conveniente. Al respecto, se debe manifestar que los sentimientos afectivos son irremplazables, por tanto, no se puede compensar esta carencia.

Sin embargo, puede ocurrir también que en una situación de ruptura familiar un progenitor desamorado no hará ningún intento por obtener la custodia de sus hijos, de forma independiente a la regulación normativa, en estos supuestos, es complicado obligar a un progenitor a adecuar y modificar sus sentimientos con respecto a sus descendientes.

Desde otro punto de vista, un sector de la doctrina manifiesta que es conveniente que exista diversidad de alternativas para tener más probabilidades de adoptar una medida idónea con respecto a la custodia

²³⁵ ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRRIAGA, L., "Disponibilidad del objeto en los procesos familiares. Especial Consideración de la custodia de los hijos", op. cit., p. 63.

de los menores en una situación de crisis familiar²³⁶.

A nuestro parecer, antes de imponer es preferible consensuar, y en esa órbita si la Ley nos ofrece únicamente una alternativa, condiciona la voluntad del sujeto. En cambio, si existen dos o más alternativas, se puede decidir según las necesidades del caso, y el interés de las partes, por una de las opciones que prevé la normativa, por ello, es aconsejable en el específico tema que nos corresponde analizar como objeto de estudio, que la custodia de los hijos ofrezca una dualidad de alternativas en función a precautelar ante todo el interés de los menores, y luego el de los progenitores.

De igual manera, en caso de que no exista acuerdo entre partes adquiere especial relevancia la figura del Juez, porque los Administradores de Justicia al mismo tiempo, son también padres y cónyuges. Es así, que tienen una determinada concepción personal sobre la custodia de los hijos en situaciones de separación o divorcio, por ello, cuando los hechos son contradictorios, si la normativa prevé sólo una modalidad de custodia se corre el riesgo de que adopte una postura parcializada prescindiendo del interés del menor.

En estas situaciones es vital el aporte que realicen las partes durante el desarrollo del proceso, así como también los informes de los equipos asistenciales adscritos a los juzgados y el requerimiento del Fiscal deben ser concisos y reflejar la forma en que se debe concretar el interés del menor en cada situación de crisis matrimonial o de unión de hecho.

Así pues, consideramos que a toda luz es complicado tener una opción idónea que pueda resolver toda la problemática que rodea al otorgamiento de la custodia en una situación de crisis matrimonial o unión de hecho. Por lo que, sobre la base de la existencia de una regulación dual de modalidades de custodia, es imprescindible un análisis individual

²³⁶ Siguiendo a ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRRIAGA, L., "Disponibilidad del objeto en los procesos familiares. Especial Consideración de la custodia de los hijos", op. cit., p. 63.

objetivo y subjetivo que establezca cual de los dos sistemas es aplicable a la situación concreta.

En ese marco, acertadamente se señala que la custodia compartida es una opción que no tiene que desvirtuarse de manera sistemática, ni tampoco debe aplicarse en toda situación de separación o divorcio, sino que como alternativa puede resultar óptima y beneficiosa en un caso concreto²³⁷.

No obstante, cabe preguntarse ¿Que hubiera pasado si la Ley hubiera contemplado la obligatoriedad de la custodia compartida y la excepcionalidad de la custodia monoparental en base a la igualdad entre hombres y mujeres?

A nuestro criterio, la custodia compartida obligatoria puede generar conformismo y dejadez en los progenitores descuidados e irresponsables, porque saben de antemano que en situaciones de ruptura familiar, ésta permanecerá de manera compartida, argumento suficiente para que los padres mantengan una conducta negligente, por esa razón, la norma sustantiva debe prever una dualidad de alternativas.

Si bien se debe promover la unidad de la estructura familiar durante la convivencia, y procurar lo menos posible un resquebrajamiento en las relaciones paterno-filiales en una situación de separación o divorcio²³⁸, con la regulación de la custodia compartida obligatoria se puede atentar contra el interés del menor cuando sea desaconsejable su implementación, en vista de los hechos demostrados durante el desarrollo del proceso contencioso.

Por ello, consideramos, que debe existir un proceso de cambio gradual y serán los componentes de la sociedad civil quienes valoren las bondades o las desventajas de la figura jurídica de la custodia compartida,

²³⁷ Vid. ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRRIAGA, L., "Disponibilidad del objeto en los procesos familiares. Especial Consideración de la custodia de los hijos", op. cit., pp., 82-83.

²³⁸ Sobre el tema, debemos hacer referencia a que el legislador fruto de la Ley núm. 42 de 21 de noviembre de 2003 de modificación del Código Civil y de la LEC, reguló el derecho a relacionarse entre hijos y abuelos, (publicado por el BOE con el núm. 480).

por lo pronto resta esperar y forjar las condiciones para que los cambios no sean traumáticos ni tampoco se propicie un conflicto de géneros²³⁹.

Sobre el tema, queremos hacer notar que no es lo mismo el establecimiento de una custodia compartida obligatoria en virtud a una Ley expresa, que la dictaminada por Autoridad Judicial en mérito a la utilización de ésta como alternativa en detrimento de la custodia monoparental, producto del análisis casuístico de una situación de separación o divorcio.

Por nuestra parte, estamos de acuerdo con que exista una resolución judicial que establezca la custodia compartida, pero expresamos nuestro desacuerdo con la custodia compartida obligatoria. Al respecto, debemos acotar que si bien se debe preservar la igualdad de los padres tanto durante la relación conyugal como después, es necesario tomar en cuenta que cada situación de separación o divorcio incluye también a los hijos, y en base a un análisis integral, se tiene que estipular el modelo de custodia que mejor se adapte a la situación dada²⁴⁰.

²³⁹ “Con el término género se significan las características psicológicas y socio-culturales que se atribuyen al macho y a la hembra en la especie humana”. BONDER, G. (redactora), *La equidad de Género en la Educación, fundamentos teóricos para una práctica no discriminatoria*, Ministerio de Desarrollo Humano, Secretaría Nacional de asuntos Étnicos, de género y generacionales subsecretaría de asuntos de género, Edit. Gráficas E. G., La Paz, 1997, p. 15; “Basta con echar una ojeada al Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua para comprobar que la palabra <género> es demasiado amplia, que sirve igual para denominar al género masculino, neutro o femenino, mineral, animal, o cualquier otra generalidad. La traducción al castellano del término inglés *gender* ha impuesto la denominación de violencia de género para referirse a la violencia que parte o surge de una posición social y desigual entre mujeres y hombres. Las diferencias entre ellos por razones de sexo son algo natural, positivo, enriquecedor; el sexo pertenece a la categoría del <ser>, y ello genera simplemente diferencias ente los distintos sexos. Sin embargo, revestir esas diferencias con desigualdades impuestas por patrones socioculturales distintos para el hombre y la mujer es lo que da lugar al concepto de género como algo perteneciente al <deber ser> creado conforme a aquellos patrones”. DE PEÑAFORT, R., *Una Juez frente al maltrato*, Edit. Debate, Barcelona, 2005, p. 192.

²⁴⁰ Discrepa en parte y nos da la razón SOLETO, M., “A vueltas con la custodia compartida”, en el Periódico *El País*, edición de 6 de junio de 2005, p. 36, cuando sostiene que: “La custodia compartida por imposición judicial, en ningún caso es una medida que vaya a contribuir a la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres. La igualdad de oportunidades nunca se conseguirá a través del método de tabla rasa para todo el mundo. Sólo a partir de un riguroso análisis de las necesidades y expectativas de mujeres y hombres, pueden promoverse medidas a favor de la igualdad. No hay nada más injusto que tratar de igual manera dos situaciones que tienen profundas diferencias de partida, como es el caso de las relaciones de mujeres y hombres tanto con la atención y cuidado a los menores, con la posición social y

En contrapartida, a favor de la implementación de la custodia compartida obligatoria analizada desde la posición de los Administradores de Justicia, debemos decir que si la Ley contemplara un contenido de textura cerrada, se evitaría que existan resoluciones judiciales arbitrarias que afecten a los intereses tanto del menor como de uno de los progenitores.

Pese a ello, consideramos que éste no es motivo suficiente para desvirtuar las bondades de una regulación dual –custodia monoparental y compartida- de los regímenes de custodia, es más, si una determinada Autoridad Judicial quiere imponer un criterio arbitrario lo hará indistintamente de la regulación que exista en la legislación.

4. DERECHO COMPARADO

En las siguientes líneas queremos exponer, si quiera brevemente, cuál es la situación en relación a la custodia compartida en algunos de los países de nuestro entorno.

4.1. Alemania

En Alemania se tiene como referencia que ya existieron proposiciones sobre la aplicación de la “*custodia común*” en 1983. Concretamente en el congreso que se celebró en Bruehl fueron propuestos los siguientes puntos: primero, en casos normales el Juez de familia debe ceder a ambos cónyuges el derecho de custodia común, y si la decisión es otra debe ser justificada; segundo, el Juez debe aspirar en todo caso a la custodia común, y en situaciones conflictivas se tiene que demostrar la inviabilidad de la custodia común para dictaminar sentencia²⁴¹.

Dicha propuesta utiliza el término “*custodia común*” en lugar de “*custodia compartida*”, que viene a ser la regla en detrimento de la

económica de ambos tras la ruptura matrimonial”.

²⁴¹ PÉREZ MARTÍN, A. J., “Reparto de la convivencia de los hijos...”, op. cit., p. 112.

custodia unilateral. Término que, por cierto, ha sido adoptado por el BGB alemán. Así, en su parágrafo 1671 (separación en caso de cuidado paterno común) prevalece la *custodia común*, sin embargo, si una de las partes está en desacuerdo puede solicitar al Tribunal familiar la cesión del cuidado paterno a título unilateral, debiendo para ello estar de acuerdo el otro padre, salvo que el menor haya cumplido catorce años y se oponga a dicha cesión, o que en todo caso el cuidado unilateral sea más beneficioso para el menor²⁴².

Esta regulación es interesante, por cuanto, si bien prevalece la *custodia común*, se trata de buscar la mejor alternativa entre las dos modalidades de custodia en interés del menor, no de que una figura jurídica prime sobre la otra, ni que exista una custodia común automática, además que se da la posibilidad de participar activamente al menor en la determinación de su situación.

4.2. Francia

En Francia se llegó a la conclusión de que la custodia monoparental es un elemento que discrimina tanto a la mujer como también a los hombres, para que ello no suceda ambos progenitores deben ser responsables de la educación diaria de los hijos a través de la implementación de la custodia conjunta²⁴³.

Así, la Ley de autoridad parental de Francia, vigente desde el 5 de marzo de 2002, elimina el concepto de “*custodia*” y establece que los cónyuges deben presentar un plan de “*coparentalidad*” de mutuo acuerdo, en lugar de que los Tribunales decidan sobre el futuro de sus hijos²⁴⁴.

Concretamente, entre los preceptos incorporados a la regulación francesa se establece que la residencia del hijo podrá fijarse de modo

²⁴² EIRANOVA ENCINAS, E., *Código Civil Alemán comentado BGB*, Edit. Marcial Pons, Madrid, 1998, pp. 487-488.

²⁴³ PÉREZ MARTÍN, A. J., “Reparto de la convivencia de los hijos...”, op. cit., pp. 113-114.

²⁴⁴ ÁLVAREZ, Y., “Custodia compartida”, www.consumer.es/web/es/especiales/2003/10/66380php, fecha de consulta, 27 de septiembre de 2004.

alternativo en el domicilio de cada uno de los progenitores o en uno de ellos²⁴⁵.

La terminología que utiliza la legislación francesa difiere de la custodia compartida, puesto que se emplea el término “*coparentalidad*”, aunque el objetivo es el mismo, es decir, alternar en el cuidado de los menores.

Asimismo, la Ley hace prevalecer la voluntad de los progenitores mediante el acuerdo que deben establecer sobre el futuro de sus hijos, en base al ejercicio conjunto de la autoridad parental, sin embargo, de conformidad al artículo 373. 2. 1 del Código Civil francés²⁴⁶, el Juez puede disponer en interés del menor el ejercicio unilateral de la patria potestad.

Con referencia a la tramitación de la Ley francesa, se debe mencionar que dentro de los antecedentes de la norma sobre la autoridad parental propuesta en el año 2001, ésta tenía los siguientes objetivos: distribuir de forma equitativa la organización del tiempo profesional, promover el equilibrio entre los cónyuges en la vida profesional, en la vida familiar y en la vida social²⁴⁷.

En este caso, se debe resaltar la importancia del principio de igualdad que debe regir entre progenitores como elemento integrador. Lo que significa que la orientación de la Ley radica no sólo en la satisfacción del interés del menor en el ejercicio de la autoridad parental, de

²⁴⁵ ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRRIAGA, L., “Reflexiones en relación con la guarda y custodia de los hijos...”, op. cit., pp. 104-105.

²⁴⁶ El artículo 373. 2. 1 del Código Civil Francés textualmente señala que: “Si el interés del niño lo exigiera, el juez podrá confiar el ejercicio de la patria potestad a uno de los padres.

El ejercicio del derecho de visita y de alojamiento no podrá denegarse al otro progenitor, salvo por motivos graves.

Este progenitor conservará el derecho y el deber de velar por el mantenimiento y la educación del niño. Deberá ser informado de las decisiones importantes relativas a la vida del menor...”.

²⁴⁷ Vid. http://residencealternee.free.fr/debats_parlementaires.doc, fecha de consulta, 10 de diciembre de 2007, Extraits des débats parlementaires sur l'autorité parentale, République Française Assemblée. De igual forma, se puede consultar, http://www.social.gouv.fr/familleenfance/doss_pr/aut_parent/34010227.htm, fecha de consulta, 10 de de diciembre de 2007.

conformidad a lo previsto en el artículo 371-1 del Código Civil Francés²⁴⁸, sino que prepondera el equilibrio que debe existir entre ambos progenitores en diversas circunstancias que se presenten como pueden ser la educación, desarrollo, seguridad, salud y moralidad.

4.3. Italia

En Italia, producto de la Ley de modificación al Código Civil en materia de separación, en el artículo 155 se establece de manera prioritaria la aplicación de la custodia compartida desde el 26 de enero del año 2006, y como no podía ser de otra manera, esta modalidad fue concebida en consonancia con la satisfacción del interés del menor²⁴⁹.

A diferencia de lo que ocurre en la legislación española en Italia no es determinante el acuerdo de los progenitores, sino que la modalidad de custodia compartida debe regir por lo general en todas las situaciones de separación o de divorcio, es decir, dicha normativa no prevé la elección

²⁴⁸ El artículo 371-1 del Código Civil Francés señala que: La patria potestad es un conjunto de derechos y deberes cuya finalidad es preservar el interés del niño.

Será ejercida por los padres hasta que el hijo alcance la mayoría de edad o su emancipación, con el objeto de velar por su seguridad, su salud y su moralidad, asegurar su educación y permitir su desarrollo, con el respeto debido a su persona.

Los padres permitirán a los hijos participar en las decisiones que les afecten, según su edad y grado de madurez.

²⁴⁹ Artículo 155. (Medidas) También en el caso de separación de los padres, el hijo tiene derecho a mantener una relación equilibrada y continuativa con cada uno de ellos, tiene derecho a recibir el cuidado, la educación y la instrucción por parte de ambos y de mantener relaciones significativas con los parientes de ambas familias (del padre y de la madre).

En relación al primer punto, el juez adopta las medidas relativas al hijo con exclusiva referencia al interés moral y material del niño. Tiene en cuenta prioritariamente la posibilidad de que se otorgue la custodia del menor a ambos padres o establece a quien de los dos le sea otorgada, determina los tiempos y el régimen de visitas de cada padre, fijando además la medida con la cual cada progenitor tiene que contribuir al mantenimiento del sustentamiento del hijo de ambos, a su cuidado, a su instrucción y su educación.

El juez, además, tiene que tener en cuenta, siempre tutelando el interés de los hijos, de los posibles acuerdos entre los padres. Adopta todas las medidas relativas a los hijos. La patria potestad se otorga a ambos progenitores. Las decisiones de mayor relevancia para los hijos relativas a la instrucción, educación y la salud las tomarán ambos padres de común acuerdo teniendo en cuenta las capacidades, la inclinación natural y las aspiraciones de los hijos. En caso de desacuerdo las decisiones las tomará el juez. Solo para las decisiones sobre temas de ordinaria administración, el juez puede establecer que los padres ejerciten la patria potestad separadamente.

entre la custodia monoparental o compartida. De acuerdo al objetivo del presente trabajo disentimos con dicha regulación, pues nuestra orientación se fundamenta en el establecimiento de una dualidad de alternativas de custodia en la norma sustantiva, teniendo en cuenta que los motivos que originan las crisis familiares son diversos. En esa consideración, en principio, deben ser los progenitores o el Juez respectivamente quienes adopten la modalidad de custodia.

Al respecto, se puede apreciar que recientemente tanto la legislación española como la italiana han modificado su normativa en lo que concierne a la custodia de diferente manera; por una parte, en Italia se establece la aplicación prioritaria de la guarda alternada; en cambio, en España a la ya regulada custodia unilateral se añade la custodia compartida. Si bien el ámbito espacial de aplicación es diferente, convendría cotejar a futuro que sociedad civil recepciona mejor las modificaciones introducidas.

4.4. Suecia

En este país se establece que cuando los padres se divorcian y están de acuerdo se mantiene el régimen compartido de custodia, no obstante, el Tribunal podrá disolver esta modalidad si es incompatible con el interés del menor. En ese sentido, en 1998 se realizaron las siguientes modificaciones en su legislación interna con el objetivo de facilitar la aplicación de la custodia compartida; primero, en el supuesto de aplicarse dicha modalidad de custodia se debe localizar en primer término el lugar de residencia del menor, extremo a determinarse según el mejor interés que le corresponda; segundo, si los progenitores están de acuerdo, deben suscribir un documento que debe ser aprobado por el municipio correspondiente mediante el Comité de Bienestar Social; tercero, las pensiones alimenticias dependiendo del tiempo que pasen con uno u otro progenitor deberán ser prorrateados; y finalmente, en cuanto a los gastos de desplazamiento del menor, éstos deben ser cofinanciados por

ambos²⁵⁰.

A diferencia de lo que ocurre en la normativa española, en Suecia se determina el mantenimiento de la custodia compartida en situaciones de crisis familiares. También, llama la atención la participación de los municipios a través del Comité de Bienestar Social en la aprobación del acuerdo, aunque presumimos que la atribución de este organismo radica en preservar el bienestar del menor. En lo que concierne a los gastos económicos se dispone que éstos deben ser cubiertos equitativamente por ambos progenitores, lo que sin duda facilita la implementación de la custodia alternada.

4.5. Estados Unidos de Norte América

Hay que recordar que la guarda alternada tiene su origen en el Derecho anglosajón. En este sentido, en los EEUU se diferencian los términos custodia compartida denominada *shared custody* o custodia conjunta conocida como *joint custody*, que es la acepción jurídica utilizada mayoritariamente en ese país por las legislaciones sobre divorcio de los distintos Estados. Ésta a su vez, suele clasificarse en una *custodia legal conjunta*; donde los progenitores comparten el derecho de decisión, la responsabilidad y la autoridad respecto al menor, pero uno sólo de ellos vive con éste; y la *custodia física conjunta* que significa que ambos padres comparten el tiempo de residencia con el menor, por periodos de tiempo que no son imprescindiblemente prefijados de forma equitativa²⁵¹.

A nuestro entender, la *custodia legal conjunta* equivale a la figura jurídica de la titularidad de la patria potestad, en cambio, *la custodia física conjunta* se asemeja a la figura jurídica de la custodia compartida.

En cuanto a su implementación en los diferentes Estados, podemos

²⁵⁰ Vid. <http://www.sweden.gov.se/content/1/c6/01/62/84/68f86b81.pdf>, fecha de consulta, 17 de diciembre de 2007.

²⁵¹ Sobre el tema, véase GODOY MORENO, A., “La guarda y custodia compartida...”, op. cit., p. 329; Véase también TAMBORERO Y DEL RÍO, R., “La guarda y custodia compartida”, op. cit., pp. 516-517.

señalar que en Indiana se encuentra vigente desde 1972, en Montana desde 1995, en Iowa desde 1999, en Maine y Missouri desde 2001, así como también rige en los Estados de Alabama, California, Kansas, Texas, Florida y Michigan²⁵².

Baste ahora hacer un breve repaso de la regulación legal en algunos de dichos Estados para poner de relieve alguna de sus particularidades.

4.5.1. Estado de California²⁵³

En este Estado la Ley de divorcio al margen de prever que las parejas tienen que realizar una mediación previa, establece que los Jueces están obligados a otorgar la “custodia” al cónyuge que se encuentre dispuesto a compartir y asumir las responsabilidades. Si un progenitor solicita la custodia monoparental deberá justificar su petitorio, caso contrario se otorga la custodia “biparental”, toda vez que las tareas inherentes a la formación del menor se mantienen cuando la pareja se encuentra sumida en una crisis matrimonial²⁵⁴.

Por lo tanto, la custodia “*biparental*” se constituye en una obligación y no en una alternativa, es decir, viene a ser la regla. No obstante, consideramos que el establecimiento de la *custodia compartida* además de la voluntad de los progenitores, depende de las circunstancias que rodean a la crisis familiar, debiendo primar siempre el interés del menor.

Por otra parte, llama la atención la utilización del término custodia “*biparental*”, que por cierto, si bien tiene la misma finalidad que la custodia alternada o sucesiva, evita una discusión semántica que origina el participio “*compartida*”.

²⁵² Al respecto, consultar GODOY MORENO, A., “La guarda y custodia compartida...”, op. cit., p. 329.

²⁵³ En este Estado es donde por primera vez se adoptó la custodia compartida TAMBORERO Y DEL RÍO, R., “La guarda y custodia compartida”, op. cit., p. 516.

²⁵⁴ PÉREZ MARTÍN, A. J., “Reparto de la convivencia de los hijos...”, op. cit., p. 113.

4.5.2. Estado de Iowa

En este Estado, en situaciones de separación o divorcio se mantiene la custodia conjunta, asimismo, se encuentra cierta similitud con la legislación española, en lo que concierne a supuestos de violencia doméstica, así se tiene que si existen antecedentes por esta causa, la Autoridad Judicial puede denegar la aplicación de la custodia compartida²⁵⁵.

Sobre el tema, es necesario considerar que la valoración de los antecedentes de violencia doméstica tienen que ser realizados sobre hechos demostrados y comprobados, porque de lo contrario se atentaría contra el principio de presunción de inocencia que es inherente a cada persona.

4.5.3. Estado de Missouri

En este Estado, prevalece la aplicación de la custodia compartida en situaciones de ruptura familiar, y a diferencia de la legislación española no se deniega la concesión de la custodia conjunta por negativa de uno de los progenitores²⁵⁶.

Si bien es cierto que no debe primar la voluntad de los progenitores, es conveniente realizar una valoración sobre los fundamentos que invoca el progenitor que se opone a dicho régimen de custodia, en caso de no atentar contra el interés del menor sería conveniente por parte de la Autoridad Judicial persuadir a dicho progenitor a ceder en sus pretensiones, puesto que la mejor manera de garantizar el ejercicio óptimo de esta modalidad de custodia es que ambos progenitores se encuentren de acuerdo en alternar en el cuidado del menor.

²⁵⁵ Vid. <http://www.legis.state.ia.us/IACODE/1999/598/41.html>, fecha de consulta, 12 de diciembre de 2007, Custody of children.

²⁵⁶ Vid. <http://www.moga.state.mo.us/STATUTES/C452.HTM>, fecha de consulta, 12 de diciembre de 2007, Missouri Revised Statutes, Chapter 452, Dissolution of Marriage, Divorce, Alimony and Separate Maintenance.

4.5.4. Estado de Montana

Finalmente en este Estado, si uno o ambos progenitores solicitan la custodia conjunta, el Tribunal da por hecho que dicha modalidad de custodia se encausa en interés del menor, ordenando la aplicación conjunta de la responsabilidad parental. No obstante, el Tribunal puede, de acuerdo a lo manifestado por los progenitores, conceder a ambos o a una de las partes la responsabilidad final sobre el cuidado del menor, aunque en este caso si la Autoridad Judicial decide prescindir de la custodia conjunta, deberá motivar su resolución²⁵⁷. A nuestro parecer, en el supuesto que uno de los progenitores solicite la guarda unilateral se debe valorar las razones y los motivos que le hacen actuar de esa manera, asimismo, es imprescindible que la decisión del Juez sea motivada, indistintamente para determinar una u otra modalidad de custodia, de lo contrario dicha resolución estaría viciada de arbitrariedad.

Por todo lo expuesto, se puede evidenciar que en los Estados Unidos existe inclinación por la aplicación de la custodia compartida en detrimento de la custodia monoparental en situaciones de separación o divorcio, cabe preguntarse ¿Sucederá lo propio en España en un futuro?

5. ¿QUÉ LE DEPARA EL FUTURO A LA CUSTODIA COMPARTIDA EN ESPAÑA Y BOLIVIA?

El hecho de que la legislación boliviana todavía no reconozca expresamente la aplicación de la custodia compartida, augura un camino largo por recorrer, sin embargo, tomando en cuenta la mutabilidad del derecho y la influencia de las tendencias actuales en el Derecho de Familia, nos animamos a vaticinar que en un futuro próximo dicha figura jurídica será tomada en cuenta por el legislador en la normativa boliviana.

²⁵⁷ Vid. http://data.opi.state.mt.us/bills/1995/mca_toc/40.htm fecha de consulta, 12 de diciembre de 2007, Montana Code Annotated, 1995.

Por otra parte, con referencia a la legislación española, la situación es distinta, si bien de todas formas hasta antes de la reforma de la Ley 15/2005, de 8 de julio, se podía establecer la custodia compartida de oficio por parte del Juez, o en función a la autonomía de la voluntad de los progenitores, ésta no se encontraba vigente expresamente en el Derecho sustantivo. En la actualidad, pese a los reparos que se pusieron en la implementación de dicha figura jurídica, la regulación expresa es una realidad, limitada al acuerdo de progenitores en primer término, o supeditada a la decisión de la Autoridad Judicial en situaciones excepcionales, pero regulada al fin, lo que supone un avance y no una regresión a pesar de las críticas que ha merecido la actuación del legislador en el tratamiento de dicha modalidad de custodia.

En ese sentido, un sector de la doctrina manifiesta que el reconocimiento legal de la custodia compartida tendrá una trascendencia positiva en los Tribunales de justicia²⁵⁸.

A nuestro criterio, a futuro la posibilidad de derogar la regulación de dicha figura jurídica será imposible, por lo que los detractores de la custodia compartida no tienen más remedio que comenzar a adaptarse al proceso de cambio. Lo que resta saber es si a futuro la custodia compartida se considerará como una alternativa a la par de la custodia monoparental, o se situará como un sistema secundario, o se consolidará como un modelo general a adoptarse en una situación de separación o divorcio.

Sobre el tema Guilarte Martín²⁵⁹ presagia que:

“...si se permite al Juez acudir a este modelo

²⁵⁸ Por ejemplo, PÉREZ SALAZAR-RESANO, M., “Patria Potestad”, op. cit., p. 184.

²⁵⁹ GUILARTE MARTIN-CALERO, C., “Comentarios del nuevo artículo 92 del Código Civil” op. cit., p. 118. Sobre el tema en *El País*, edición del 30 de junio de 2005, p. 14. (sección editorial), se señala que “Es indudable que los avances en la igualdad entre mujeres y hombres que se han producido... se han traducido en un mayor protagonismo de los padres en las tareas del hogar y en la atención a los hijos, aunque el desequilibrio sea todavía manifiesto. Por ello, la reforma apuesta expresamente por la corresponsabilidad voluntariamente compartida. Claro que esta figura, que debería ser la opción mayoritaria entre personas responsables, no puede sino corresponderse con un reparto equilibrado de las complejas tareas propias de la crianza de los hijos”.

cuando, a falta de acuerdo, las circunstancias lo aconsejen, puede fácilmente concluirse que el modelo de guarda alterna constituirá, en los próximos años, el modelo principal de guarda y custodia, pues es el que mejor responde a las necesidades de una sociedad moderna, en la que hombre y mujer comparten durante la vida común funciones y responsabilidad, de suerte que, producida la ruptura, estas funciones y esta responsabilidad les alcanzará por igual”.

Lastimosamente, en la legislación española la decisión del Juez se encuentra supeditada al cumplimiento de otros requisitos. No obstante, consideramos que de quienes en gran medida depende el futuro de la custodia compartida, es de los progenitores, por ello, nos inclinamos a pensar en que si bien siempre existirá reparos por parte de algunos padres, más que por convencimiento será por necesidad que hagan uso de dicha figura jurídica.

En esa consideración, es conveniente que la corresponsabilidad en el cuidado y formación de los hijos durante el vínculo conyugal se preserve aun en situaciones de ruptura familiar, a sabiendas que la incomprensión de esta medida en algunos casos sea la causante de la ruptura del vínculo conyugal²⁶⁰.

Sin embargo, para que la custodia compartida se implemente como regla en una situación de separación o divorcio, es necesario que exista

²⁶⁰ Al respecto, CARRASCO GALÁN, M. J., “La conciliación de la vida laboral y familiar: consecuencias psicológicas intrafamiliares”, op. cit., pp. 37-38, dice que “...a mayor igualdad en el poder, mayor sensibilidad a los desequilibrios de poder. Cuando existen diferencias notorias las personas las aceptan porque les parecen inviables. Pero al darse un mayor equilibrio las personas, que anteriormente tenían poco poder, ahora comienzan a pensar en ellas mismas como teniendo libertades y derechos; su visión de lo que les corresponde se acrecienta. Además aquellos que pierden poder se vuelven extremadamente sensibles a cualquier erosión de sus prerrogativas; los que ganan poder se vuelven muy sensibles sobre las desigualdades que persisten; y ambos pueden llegar a utilizar métodos coercitivos para proteger sus posiciones. A medida que los varones y las mujeres se mueven hacia una mayor igualdad en la sociedad, las mujeres, que han alcanzado cotas de mayor libertad ahora que en el pasado, son también más conscientes de aquellas áreas donde la igualdad aún no se ha consolidado o alcanzado. Por otra parte, algunos varones se sienten amenazados por los logros de las mujeres y pueden intentar bloquear su progreso de futuro”.

por parte de los progenitores un proceso gradual de asimilación de dicha figura jurídica como alternativa de custodia, y para que ello suceda se deben dejar de lado prejuicios y concepciones que tienen como fundamento criterios discriminatorios. En ese sentido, hubiera sido aconsejable regular esta figura jurídica sin condicionamientos ni sometida al cumplimiento de requisitos adicionales que no se prevén para la custodia monoparental. Es decir, hubiera sido conveniente regular ambas modalidades de custodia de forma simétrica.

Finalmente, debemos señalar que, es posible que parte de la actual generación de progenitores muestre resistencia al cambio, pero la generación que se encuentra en proceso de formación será parte de otro contexto, en cuanto a ideas y percepción de las necesidades familiares, así pues, lo que hoy se discute a futuro puede ser que carezca de sentido en función a la posición que adopten los futuros padres. Luego de este proceso de cambio se debe analizar si es factible su implementación de manera obligatoria en el Código Civil, pero sin desvirtuar por completo la custodia unilateral.

CAPÍTULO III. MODALIDADES Y CRITERIOS DE APLICACIÓN DE LA CUSTODIA COMPARTIDA

1. MODALIDADES DE CUSTODIA COMPARTIDA

En la suposición de que en una situación de separación o divorcio se opte por la aplicación de la custodia compartida, de conformidad a las características intrínsecas de la crisis familiar se tiene que establecer la modalidad apropiada de ejercicio.

En ese marco, debemos señalar que existen las siguientes modalidades de custodia:

- Según el lugar donde se ejerza la alternancia.
- Según se ejerza la patria potestad.
- Según el reparto de tiempo.

En los siguientes apartados del presente capítulo desglosaremos el contenido de cada modalidad con sus correspondientes ventajas y desventajas que conlleva su aplicación.

1.1. Custodia compartida según el lugar donde se ejerza la alternancia²⁶¹

De acuerdo a esta clasificación existen tres modalidades, que se circunscriben en la permanencia o cambio de domicilio familiar por parte del menor para llevar a cabo este régimen de custodia.

- Guarda y custodia compartida simultánea.
- Guarda y custodia compartida a tiempo parcial sin cambio de domicilio para los menores.

²⁶¹ Siguiendo a GODOY MORENO, A., “La guarda y custodia compartida...”, op. cit., p. 330.

- Guarda y custodia compartida a tiempo parcial con cambio de residencia para los menores.

A continuación analizaremos cada una de las tres alternativas:

1.1.1. Guarda y custodia compartida simultánea

Esta modalidad es posible cuando después de la separación, los menores continúan conviviendo con ambos progenitores, quienes permanecen en el mismo domicilio o caso contrario, la vivienda familiar se divide en dos²⁶².

Esta alternativa es muy difícil de ser implementada en la práctica puesto que en una situación de crisis de los progenitores en virtud a las desavenencias adquiridas durante la convivencia, éstos preferirán residir en diferentes domicilios.

De igual forma, nosotros creemos que es improbable que se pueda utilizar esta modalidad de custodia cuando los progenitores han decidido rehacer su vida sentimental, pues no sólo dependerá de su voluntad la aplicación de este régimen sino de la predisposición que pueda tener tanto el menor –dependiendo de su edad- como la tercera persona que se encuentra relacionada ya sea con el padre o madre respectivamente.

Por otra parte, si los cónyuges han decidido finalizar la convivencia por malos tratos por ejemplo, la normativa dispone la separación física de los progenitores, para evitar cualquier contingencia desagradable que puede acarrear consecuencias funestas e irremediables para algún integrante de la familia²⁶³.

²⁶² Siguiendo a PÉREZ MARTÍN, A. J., “Reparto de la convivencia de los...”, op. cit., p. 110.

²⁶³ La Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, en su artículo 64. (De las medidas de salida del domicilio, alejamiento o suspensión de las comunicaciones), señala que: 1. El Juez podrá ordenar la salida obligatoria del inculcado por violencia de género del domicilio en el que hubiera estado conviviendo o tenga su residencia la unidad familiar, así como la prohibición de

Por lo expuesto, para que ésta modalidad sea aplicada se necesita el concurso de ciertas condiciones subjetivas, que difícilmente pueden concurrir en una situación de crisis familiar.

1.1.2. Guarda y custodia compartida a tiempo parcial sin cambio de domicilio para los menores

Esta posibilidad implica que los hijos permanezcan en el domicilio que fuera conyugal, siendo los progenitores quienes durante cierto tiempo se mudan alternadamente a la vivienda familiar para convivir con ellos²⁶⁴.

De esta manera, son los menores quienes tienen asignado el uso y disfrute del que fue domicilio familiar²⁶⁵.

Ante esta situación, la disputa por la vivienda familiar entre progenitores deja de tener sentido al ser el menor la persona que usa y disfruta el bien de forma permanente.

Se evita con ello la supuesta inestabilidad del menor que se presenta cuando éste cambia de domicilio periódicamente, sin embargo, para que ello ocurra es conveniente que exista acuerdo entre los progenitores²⁶⁶.

A nuestro juicio, en la práctica es mucho más difícil esta opción entre otros: en primer lugar; por motivos económicos, es así, que en la implementación de este sistema se debe tomar en cuenta los recursos

volver al mismo.

Asimismo, el artículo 65. (De las medidas de suspensión de la patria potestad o la custodia de menores), dice que: El Juez podrá suspender para el inculpado por violencia de género el ejercicio de la patria potestad o de la guarda y custodia, respecto de los menores a que se refiera.

²⁶⁴ Siguiendo a PÉREZ MARTÍN, A. J., ul. loc. cit.

²⁶⁵ GODOY MORENO, A., ul. loc. cit.

²⁶⁶ Esta modalidad de custodia ha sido establecida por el Juzgado de Primera Instancia de Cerdanyola del Vallés, el 4 de febrero de 2003, así como también por un Juzgado de Primera Instancia de Madrid, en marzo de 2005, con un régimen de alternancia trimestral, aunque en contra de la voluntad de los progenitores. Por su parte, el Juzgado de Primera Instancia de Madrid Núm. 28 de Madrid, el 19 de julio de 2007, ha dictaminado la custodia compartida semanal de las hijas con el uso de la vivienda familiar a favor de cada progenitor por períodos alternativos de un año. JUR 2007\276116, ponente: Ilma. Sra. D^a. Emilia Marta Sánchez Alonso.

materiales de los progenitores, aspecto que es vital, porque como mínimo tienen que existir tres viviendas: una del menor y las otras dos de los progenitores, considerando el costo elevado tanto de los bienes inmuebles como de los cánones de alquiler, este hecho dificulta la aplicación del sistema en cuestión²⁶⁷, y en segundo lugar; existe el riesgo de que se presenten problemas por las distintas formas de vida que tienen los progenitores, como por ejemplo sucede con el orden y la limpieza de la vivienda²⁶⁸.

En ese marco, hacemos nuestras las palabras de Guilarte Martín²⁶⁹ quien manifiesta que:

“Junto a la concurrencia de los presupuestos legalmente exigidos para la adopción del régimen de guarda, el Juez debe valorar la organización familiar post-separación para finalmente fijar la guarda alterna como opción adecuada al interés del menor; debe existir la posibilidad material de organizar la alternancia. Piénsese que, en ocasiones, la fórmula determinada *a priori* como garante de aquel interés puede resultar de difícil o casi imposible puesta en práctica por las circunstancias personales, materiales y familiares de los padres”.

No obstante, si bien es importante la existencia de recursos materiales, consideramos que este factor debe estar complementado con la satisfacción del ámbito moral.

Asimismo, puede darse la situación de que uno de los progenitores haya iniciado una nueva relación sentimental estable con otra persona, de constatarse que su presencia influye negativamente en el menor es

²⁶⁷ MARTÍNEZ GALLEGO, E. M^a., “Las recientes reformas del Derecho de Familia”, op. cit., p. 268. En igual sentido, MARTÍNEZ GALLEGO, E. M^a., “La custodia compartida en cuadros de violencia de género”, op. cit., pp. 75-76.

²⁶⁸ Criterio compartido por PÉREZ SALAZAR-RESANO, M., “Patria Potestad”, op. cit., p. 198.

²⁶⁹ GUILARTE MARTIN-CALERO, C., “Comentarios del nuevo artículo 92 del Código Civil”, op. cit., p. 167.

aconsejable que se modifique el régimen de custodia²⁷⁰, en contrapartida, si la relación entre el menor y la pareja sentimental del progenitor es positiva resulta conveniente mantener el sistema de guarda alternada.

1.1.3. Guarda y custodia compartida a tiempo parcial con cambio de residencia para los menores

De acuerdo a esta modalidad los progenitores se reparten la convivencia al 50%, cuestión que implica que los hijos deben pernoctar con cada progenitor 183 días al año²⁷¹.

Lo más lógico es una distribución igualitaria, pero no se trata de que las cifras coincidan exactamente, puede ocurrir que del análisis de cada caso concreto de crisis matrimonial o de unión de hecho, se pueda otorgar la custodia compartida a uno de los progenitores por más tiempo.

Aquí la finalidad de la custodia compartida no radica en realizar una operación aritmética de división, sino en procurar que el menor mantenga una relación habitual, periódica, y estable con ambos progenitores.

A nuestro modo de ver, -con las salvedades manifestadas anteriormente-, esta modalidad de custodia compartida es más factible si consideramos que generalmente uno de los progenitores cambia de domicilio en una situación de crisis matrimonial, por consiguiente, lo más lógico es repartirse el tiempo del menor equitativamente, de acuerdo a las características intrínsecas de cada situación de separación o divorcio.

Es así que las resoluciones judiciales que establecen la custodia compartida generalmente adoptan esta alternativa, entre otras podemos citar las siguientes: SAP de Valencia (Sección Sexta), de 27 de mayo

²⁷⁰ Criterio compartido por HERRERA PUENTES, P. J., "Vivienda: atribución del uso", en GONZÁLEZ POVEDA, P. y GONZÁLVEZ VICENTE, P. (Coordinadores), *Tratado de Derecho de Familia, Aspectos sustantivos y procesales*, Edit. Sepín, Madrid, 2005, p. 579, cuando sostiene que el hecho de que uno de los progenitores rehaga su vida sentimental haría inviable la guarda y custodia compartida a tiempo parcial sin cambio de domicilio para los menores.

²⁷¹ Siguiendo a PÉREZ MARTÍN, A. J., "Reparto de la convivencia de los hijos menores con sus progenitores", op. cit., p. 110.

1997²⁷²; SAP de Alicante, de 7 de julio de 1997²⁷³; SAP de Valencia, de 1 de septiembre de 1997²⁷⁴; SAP de Madrid (Sección 22ª), de 20 de abril de 1999²⁷⁵ y SAP de Valencia, de 30 de julio de 1999²⁷⁶.

1.2. Custodia compartida según se ejerza la patria potestad²⁷⁷

Esta división implica cuatro alternativas que contemplan las diferentes formas de ejercicio de la patria potestad que pueden aplicarse en situaciones de crisis familiares al momento de determinar la viabilidad de la implementación de la custodia compartida:

1.2.1. Guarda alternada y ejercicio conjunto de la patria potestad

Esta alternativa posibilita que ambos progenitores convivan alternadamente con los menores, manteniendo el ejercicio conjunto de la patria potestad independientemente de quien esté a cargo de los hijos.

Se constituye en la modalidad idónea que coadyuva tanto en la participación corresponsable de los progenitores como en la formación y desarrollo de sus hijos. Es decir, mediante éste régimen se efectiviza la titularidad compartida de la patria potestad a través de su ejercicio conjunto y la custodia alternada.

No obstante, la dificultad de esta modalidad radica en el ejercicio conjunto de los actos usuales que abarca la patria potestad.

²⁷² AC 1997/1591.

²⁷³ Aranzadi, *Sentencias de Tribunales Superiores de Justicia, Audiencias Provinciales y otros Tribunales*, Tomo II, Volumen II, (Primera Edición), Edit. Aranzadi, Pamplona, 1997, pp. 1591-1592.

²⁷⁴ *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, Tomo III, Edit. Aranzadi, Pamplona, 1998, pp. 1047-1051.

²⁷⁵ LA LEY JURIS 435329/1999.

²⁷⁶ *Actualidad Civil*, núm. 20, 15 al 21 de mayo de 2000, Tomo II, Edit. La Ley, Madrid, 2000, pp. 950-952.

²⁷⁷ Siguiendo a GODOY MORENO, A., "La guarda y custodia compartida...", op. cit., pp. 329-330. Al respecto, indicar que los regímenes de ejercicio de la patria potestad en situaciones de crisis matrimoniales o de uniones de hecho han sido desarrollados en el primer capítulo del presente trabajo.

1.2.2. Guarda alternada y ejercicio alternado de la patria potestad

Viene a constituirse en una especie de la anterior alternativa, con la salvedad de que los padres ejercen la patria potestad durante el periodo que se encuentran a cargo del menor. De esta manera, los actos usuales que conciernen al ejercicio de la autoridad parental serían asumidos por el progenitor que se encuentra a cargo del menor.

Si se aplica esta alternativa, puede suceder que los progenitores al no tener una participación conjunta en el ejercicio de la autoridad parental, en el supuesto de que ocurra una determinada contingencia con el menor, se desentiendan o quieran deslindar responsabilidades por los hechos acaecidos o al contrario asuman una responsabilidad conjunta.

1.2.3. Guarda alternada y ejercicio de la patria potestad parcialmente distribuido entre progenitores

Esta posibilidad en cuanto a la patria potestad se constituye en una alternativa intermedia entre el ejercicio conjunto y alternado de ésta. A nuestro criterio, ésta sería una alternativa para dilucidar los problemas inherentes al ejercicio de los actos usuales relativos a la autoridad parental.

Así, pues, en interés del menor, ambos padres se pueden distribuir las funciones inherentes al ejercicio de la patria potestad de acuerdo a su capacidad especializada para realizar ciertas tareas, como puede ser, para atender a los hijos en caso de que tengan alguna enfermedad, o para actuar como representante de éstos en algún tema específico, por supuesto con la anuencia del otro progenitor y el conocimiento de la Autoridad Judicial.

1.2.4. Guarda alternada y ejercicio exclusivo unilateral

Esta clasificación desnaturaliza la participación corresponsable que deben tener los progenitores en la formación y desarrollo de los hijos,

puesto que, no tiene sentido atribuir la custodia compartida a ambos padres si el ejercicio de la autoridad parental recae sobre un solo progenitor.

Al respecto, Guilarte Martín manifiesta que la alternancia únicamente se produce en la tenencia y en la atribución del régimen de comunicación de los hijos, debiendo permanecer el ejercicio de la patria potestad de forma conjunta, toda vez que si hay la posibilidad de establecer la custodia compartida, debe existir también consenso para el ejercicio conjunto de la autoridad parental, de esta manera, se concreta la filosofía de este sistema que promueve una participación activa en el desarrollo del menor. Ésto no significa que en cada periodo los progenitores actúen unilateralmente, sino que tiene que existir una corresponsabilidad entre ambos en la realización de los actos tanto ordinarios como extraordinarios²⁷⁸.

Es indudable, que la finalidad tanto del ejercicio de la patria potestad como de la custodia compartida, debe orientarse a fomentar una participación concurrente en el desarrollo del menor. Sin embargo, en una situación de separación o divorcio se tropiezan con enormes dificultades para llevar a cabo este cometido, por cuanto, a pesar del *nomen iuris* “custodia compartida” existe la tendencia a actuar de manera independiente, aspecto que es entendible en el plano personal de los progenitores, pero en lo que atañe a la formación del menor, ambos se encuentran obligados a realizar los esfuerzos necesarios para concretizar el deber que tienen de procurar su desarrollo integral.

Por ello, de acuerdo a las características de cada situación de separación o divorcio es preferible que la norma sustantiva contemple alternativas en cuanto al ejercicio de la patria potestad²⁷⁹ con los siguientes objetivos; primero, de precautelar el interés del menor; segundo, de compatibilizar las aptitudes y conocimientos de los

²⁷⁸ GUILARTE MARTIN-CALERO, C., “Comentarios del nuevo artículo 92 del Código Civil”, op. cit., p. 159.

²⁷⁹ Con la salvedad de que el ejercicio unilateral de la patria potestad debe ser aplicada en casos estrictamente necesarios.

progenitores; y por último, para que las decisiones judiciales sean acatadas y no se quede en una mera resolución, que al cabo de un tiempo tendrá que ser modificada por su incumplimiento.

Por nuestra parte compartimos la posición de Guilarte Martín, pues sin duda no tiene sentido que en una situación de separación o divorcio se opte por la custodia compartida y se decida el ejercicio exclusivo de la autoridad parental en favor de uno de los progenitores, por más de que exista acuerdo entre los progenitores.

Las relaciones paterno-filiales en situaciones de crisis familiares deben constituirse en un eslabón concatenado de resoluciones; primero, con la titularidad compartida de la patria potestad; segundo, con el ejercicio compartido o alternado de la autoridad parental; y por último, con la implementación de la custodia compartida.

A nuestro juicio, con la finalidad de que no exista confusión en el ámbito de aplicación entre el ejercicio de la patria potestad y la guarda alternada, sería conveniente insertar en la clasificación las modalidades de ésta última según donde se ejerza la alternancia.

1.3. Custodia compartida según el reparto de tiempo²⁸⁰

En ella, el reparto de tiempo se puede dividir: por años o por curso escolar; por semestres alternos; por meses (pares e impares); por periodos de quince días; por semanas; por días o incluso aunque parezca increíble dejar a libre criterio del menor decidir en que momento alternar la custodia²⁸¹.

²⁸⁰ Siguiendo a MONTERO AROCA, J., *Guarda y custodia...* op. cit., pp. 38-40.

²⁸¹ Entre otras, podemos señalar las siguientes resoluciones judiciales que comprenden distintos repartos de tiempo: Semanal (Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón, de 10 de Abril de 2003, AC 2003/846, ponente: Ilmo. Sr. D. José Manuel Marco Cos); Quincenal (Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares, de 19 de Abril de 1999, AC 1999/4858, ponente: Ilmo. Sr. D. Mateo L. Ramón Homar); Mensual (Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, de 22 de abril de 1999, AC 1999/4941, ponente: Ilmo. Sr. D. Vicente Ortega Llorca); Semestral (Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, de 7 de julio de 1997, AC 1997/ 1591, ponente: Ilmo. Sr. D. Manuel Benigno Florez Menéndez); y a criterio del menor (Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, sección 4ª, de 15 de junio de 2000, *Actualidad Civil*,

En el apartado tercero del presente capítulo brindaremos una relación y análisis de resoluciones judiciales que contemplan esta clasificación, por lo pronto nos circunscribimos a abordar los criterios que deben ser tomados en cuenta al momento de decidir la aplicación de la guarda alternada.

2. CRITERIOS PARA DETERMINAR LA CUSTODIA COMPARTIDA

Sobre este tema, en primer lugar se debe afirmar que tanto la doctrina como la Jurisprudencia de manera uniforme señalan que para determinar la modalidad adecuada de custodia compartida se deben tomar en cuenta las circunstancias especiales de cada caso²⁸².

Es decir, debe existir un análisis individual de cada situación de separación o divorcio, y producto de ello se debe determinar la modalidad adecuada de custodia.

A continuación desglosaremos los criterios que deben ser considerados previo establecimiento de la custodia compartida en una situación de crisis familiar:

2.1. El interés del menor²⁸³

En el ámbito jurídico en los temas que atañen a la problemática del menor de manera generalizada se hace alusión al “interés del menor”, término que puede ser interpretado de diferente manera, su aplicación no

núm. 3, febrero de 2004, Edit. La Ley, Madrid, 2004, p. 273.).

²⁸² Así se pronuncia: la SAP de Valencia (sección 6ª), de 3 de octubre de 1997, asimismo, la Audiencia Provincial de Girona (Sección 2ª), de 25 de febrero de 2001 (AC 2001, 1827), resuelve que se debe mantener la custodia compartida en virtud del análisis del caso concreto y en virtud a que favorece el desarrollo integral de menor. De igual forma, GONZÁLVIZ VICENTE, P., “Procedimiento consensuado”, op. cit., p. 695, manifiesta que no hay en principio una fórmula ideal para adoptar una modalidad de custodia, no obstante, se debe encontrar una alternativa en función a todas las características del grupo familiar, considerando especialmente el ámbito personal del menor.

²⁸³ Sobre el tema véase RIVERO HERNÁNDEZ, F., *El interés del menor*, op. cit.

esta en duda, pero lo que es motivo de controversia es su concreción. En función a ello, creemos que este criterio resulta ser el más importante con relación a la atribución de la guarda y custodia compartida, por lo que será objeto de un minucioso análisis en el *capítulo IV* del presente trabajo.

2.2. La estabilidad del menor

Este factor puede ser utilizado indistintamente para argumentar tanto la utilidad de la custodia monoparental como de la custodia compartida, en función al objetivo del trabajo nos inclinamos por la segunda alternativa, principalmente porque dicha figura jurídica facilita paulatinamente al menor a comprender que si bien sus padres se han separado o divorciado, la relación con ellos no ha variado sustancialmente, siendo preferible que ésto suceda a descubrir abruptamente que sus progenitores ya no conviven y que esa estructura familiar se ha disuelto por completo²⁸⁴.

En ese marco, consideramos que la estabilidad del menor con relación a la custodia compartida depende mucho de la modalidad que se adopte, por ejemplo, el establecimiento de una modalidad a largo plazo, a nuestro criterio confabula a la estabilidad del menor, más aun si los padres viven en diferentes países, toda vez que significa un cambio total de las costumbres adquiridas con un progenitor, para tener que después de un tiempo readquirir estos hábitos.

²⁸⁴ Criterio que comparte BANDERA, M., *Custodia Compartida*, op. cit., p. 101, cuando sostiene que: “Buena parte de los niños que viven la experiencia de la separación de sus padres suelen sentirse confusos, abandonados e incluso culpables de la ruptura. Mantener un contacto continuado tanto con el padre como con la madre y sus respectivas familias hace que no sientan que han perdido a uno de los dos. Durante un periodo, la esperanza de la mayoría de los niños es creer que sus padres volverán a estar juntos. Cuando comprenden que no es posible, pero que sus padres siguen colaborando y se respetan, se sienten mucho más tranquilos. La custodia compartida conlleva en la mayoría de los casos un aumento en la implicación del padre en el cuidado de los hijos respecto a la situación anterior a la separación. Ello resulta tremendamente positivo para la educación del menor, que deja ver la figura paterna como la del proveedor familiar por otro lado, contar con las dos figuras puede ser beneficioso para la construcción de su propia identidad sexual. Ello contribuye a que aprendan a resolver los conflictos con una mentalidad distinta”.

Por otra parte, se debe afirmar que la custodia compartida hace posible que ambos progenitores puedan realizar las funciones inherentes a la patria potestad al estar con los hijos continuamente, hecho que gravita positivamente en la autoestima de los hijos. Por ello, no debe modificarse la rutina de los menores significativamente con el objetivo de contrarrestar los efectos negativos del divorcio o la separación, para de esta manera prevenir que en el futuro no existan traumas ni problemas de diversa índole²⁸⁵.

Al respecto, hay que señalar que es evidente que la separación de los progenitores repercutirá en el menor, porque es evidente que dejarán de vivir juntos en el mismo domicilio –salvo casos excepcionales-, por ello, mediante la implementación de la custodia compartida se debe procurar que el menor conserve los lazos con ambos progenitores, de esta forma, mientras menos se cambie su forma de vida será más beneficioso para él.

Igualmente, debe destacarse que en la custodia compartida, el menor se constituye en el centro de interés, por cuanto, no ve a ninguno de sus progenitores como perdedores de la relación familiar durante el desarrollo de un proceso contencioso, a diferencia de lo que ocurre en la custodia monoparental, donde quien detenta ese centro de atención es el progenitor que adquiere la custodia, considerado así mismo como ganador del proceso de separación o divorcio, en detrimento del menor.

También, señalar que la custodia compartida permite al menor, estar cerca de sus progenitores de manera frecuente y a su vez mantener lazos con la familia de ambos progenitores. Extremo que repercute positivamente en el menor al ver fortalecido su entorno familiar.

En definitiva, la custodia compartida representa el equilibrio que debe existir en un proceso de separación o divorcio y permite que ambos padres ejerzan un mayor control sobre las actividades que les compete a ambos. Así, tanto los progenitores como el menor resultan ser

²⁸⁵ YANGÜELA, P., “La custodia compartida tiene efectos clínicos positivos”, (declaración efectuada en fecha 12 de diciembre de 2005), se puede ver en www.servicios.elcorreodigital.com/vizcaya/pg051212/prensa/noticias/Rioja/200512/12, fecha de consulta, 3 de febrero de 2006

beneficiarios de dicha modalidad de custodia.

2.3. Reparto del tiempo del menor

Según Pérez Martín²⁸⁶ “la edad del hijo es determinante para fijar el reparto del tiempo”, pues en función de la edad que éste tenga se tienen que valorar las actividades que realiza el menor. De manera general, las labores son limitadas, y se circunscriben básicamente a la educación preescolar, escolar y formación inicial universitaria, lo que significa que siempre hay dependencia, tanto en el plano personal como en el patrimonial.

En ese sentido, cuando se aborda la repartición del tiempo del menor se deben tomar en cuenta las 24 horas del día, con la finalidad de realizar una asignación equitativa a favor de ambos progenitores.

Por lo tanto, se debe incluir el tiempo que abarca la asistencia a clases, el tiempo que permanece en casa, como también si el menor en horarios libres realiza algunas actividades que contribuyen a su formación integral como puede ser la asistencia a un centro de música, la práctica de alguna disciplina deportiva; o la asistencia a un centro de idiomas respectivamente.

De esta manera, tomando en cuenta todas las actividades que conlleva la vida cotidiana del menor, se contribuirá a respetar el principio de igualdad que debe regir entre progenitores, en el momento de decidir el reparto del tiempo libre de los hijos menores de edad.

2.3.1. Edad del menor

La edad del menor, es un requisito obligatorio a ser tomado en cuenta a la hora de determinar si es viable o no la aplicación de la custodia compartida y la modalidad a establecerse.

Así, debe afirmarse que a la fecha, de manera definitiva, no existen

²⁸⁶ PÉREZ MARTÍN, A. J., “Reparto de la convivencia de los hijos...”, op. cit., p.100.

estudios sólidos que señalen cómo afecta realmente la custodia compartida a un menor que no puede valerse por sí mismo, en ese sentido, debe procurarse la estabilidad del mismo durante esta etapa, para dicho cometido es necesario que se encuentre en contacto con ambos progenitores so pena de olvidarse de él o de ella. En ese marco, es preferible que se encuentre bajo custodia de un progenitor antes que de una asistente por ejemplo. De este modo, progresivamente con el transcurrir de los años el menor se encontrará más capacitado para asimilar que sus progenitores están separados o divorciados, pero que tiene igual acceso a los dos, siendo conveniente que los padres se pongan de acuerdo para ese cometido²⁸⁷.

Al respecto, nosotros creemos que en el supuesto de un bebé lactante resulta complicado el establecimiento de una custodia compartida rígida, siendo preferible si existe predisposición para ello en consensuar una custodia compartida flexible con adecuación de horarios de acuerdo a las necesidades y requerimientos de ambos progenitores²⁸⁸. En esta situación sería conveniente que ambos progenitores habiten en el mismo domicilio, pese a ello, debemos reconocer que en la práctica en el caso de los menores lactantes se opta por la preferencia del cuidado materno con un amplio régimen de visitas²⁸⁹.

Asimismo, debe señalarse que la influencia de la edad gravita en lo que concierne al entorno del menor, así, en un principio cuando el menor no puede valerse por sí mismo su círculo se circunscribe a los que están con él o a las personas que permiten que se acerquen a él. Luego se

²⁸⁷ Vid. BANDERA, M., *Custodia Compartida*, op. cit., pp. 97-98.

²⁸⁸ Criterio compartido por PÉREZ SALAZAR-RESANO, M., "Patria potestad", op. cit., pp. 196-197, quien sostiene que cuando los niños son muy pequeños se puede establecer un sistema de custodia compartida dividiendo el tiempo de cada día a favor tanto del padre como de la madre.

²⁸⁹ Sobre el tema GARCÍA RUBIO, M^a. P. y OTERO CRESPO, M., "Apuntes sobre la referencia expresa al ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos en la Ley 15/2005", op. cit., p. 79, afirman que: "Por lo que a la edad de los hijos se refiere, la Jurisprudencia más reciente establece que los más pequeños continúan quedando bajo la custodia materna, criterio imperativo en los supuestos de menores lactantes. A pesar de que se entiende vital el contacto materno en los primeros años de vida, es también habitual la fijación de un amplio marco de visitas, estancias y comunicaciones encaminados al mantenimiento de los vínculos paternos –salvo que medien circunstancias objetivas que lo desaconsejen–".

presenta un cambio gradual, el menor empieza a asistir a la escuela donde forma un nuevo ambiente, posteriormente las actividades del menor suelen extenderse significativamente al vecindario y a otras actividades que éste realiza, lo que significa, que existe un avance y cambio progresivo de acuerdo a la edad²⁹⁰.

Ahora bien, mientras más tiempo transcurra en la edad del menor éste tiende a independizarse lo que no quiere decir que el contacto físico se deba eludir. En este periodo, se debe hacer énfasis en realizar un control permanente sobre el menor, pero ¿Puede controlar al menor un padre que trabaja? Si puede, aunque con disponibilidad de horarios, por eso, resultaría contraproducente que el padre tenga horarios rotatorios y no pueda compatibilizar los mismos con el otro progenitor.

Por este motivo, es aconsejable que los juzgados tengan una clasificación general uniforme que sirva de guía para determinar la frecuencia y asiduidad con la que los progenitores deben mantener contacto con los menores, fundamentada en criterios psicológicos sobre las edades de los niños y la factibilidad de las modalidades de custodia compartida que pueden ser aplicables en una situación concreta de separación o divorcio, para que de esta manera, no quede todo al arbitrio del Juez, y que más bien sirva de orientación a las Autoridades Judiciales²⁹¹.

Por ello, creemos necesario que el legislador debe plantearse la necesidad de emitir una instrucción que contenga una orientación sobre el tema previo estudio psicológico y valoración del ámbito espacial de

²⁹⁰ Vid. SALAZAR BORT, S., *La tutela especial de los hijos en la atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales: El interés protegido*, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 55-56.

²⁹¹ www.members.tripod.com/~mdcrc/schedule.html, fecha de consulta, 8 de febrero de 2006. *Contact Schedule*. It is important for children, especially young children, to have the emotional bonds that can only develop by spending time with parents. In general, the younger the child, the less time that should elapse without seeing both parents. The table below is based on recommendations from a variety of experts, but it should not be interpreted as a hard and fast schedule. Children develop and mature at different rates, and parents are best equipped to develop a schedule that provides their children time with both parents. Recommended contact with both parents: Under 1 year old-part of each day, age 1 to 2 years-Every other day, age 2 to 5 years-not more than two days without seeing each parent, age 5 to 9 years-Alternate weeks, with the "off duty" parent getting a mid-week visitation for his/her off duty week and over 9 years-alternating weeks.

aplicación de la norma.

2.4. Lugar de residencia de los progenitores

De conformidad con el artículo 19 de la Constitución Española cada ciudadano puede elegir libremente su residencia en territorio nacional, como también entrar y salir libremente de España.

En el supuesto de que en un determinado proceso de separación o divorcio, sea viable el establecimiento de la custodia compartida, para la elección de la modalidad adecuada se deberá considerar el lugar y la distancia que media entre la residencia de los progenitores.

Por consiguiente, si los lugares de residencia de los progenitores se encuentran situados en una misma localidad, población, ciudad o provincia es más factible la aplicación de la custodia compartida, porque de lo que se trata es que la crisis de los progenitores no grave en el menor, en ese sentido, mientras menos cambios existan mejor²⁹². Esta situación hará que los progenitores no cambien de residencia por gusto sin tener motivo alguno²⁹³.

Al respecto, Godoy Moreno²⁹⁴ afirma que “habrá de recomendarse que éstos habiten cerca el uno del otro o como mínimo en la misma población”.

En el supuesto de que la residencia de los progenitores se encuentren distantes una de la otra o una de ellas esté situada en otro

²⁹² En este caso, se debe tomar en cuenta también si la relación de convivencia matrimonial ha sido normal con respecto al menor, caso contrario no tiene sentido procurar el establecimiento de la custodia compartida.

²⁹³ En esa consideración GONZÁLEZ VICENTE, P., “Procedimiento consensuado”, op. cit., 2005, p. 696, afirma que en el caso de implementarse la custodia compartida es imprescindible que ambos progenitores decidan su lugar de residencia.

²⁹⁴ GODOY MORENO, A., “La guarda y custodia compartida...”, op. cit., p. 340; Sobre el tema, Vid. BERRY BRAZELTON, T. y GREENSPAN STANLEY, I., *Las necesidades básicas de la infancia*, op. cit., p. 45, sostienen que: “Si el divorcio es amigable y los domicilios de los padres se encuentran en proximidades cercanas y demuestran responsabilidad, es recomendable que la situación posterior al divorcio se intente mantener tal cual era antes del matrimonio, en ese sentido, es ideal que el menor sea visto por ambos todos los días para cultivar seguridad en el menor”. A nuestro criterio, la relación amigable si bien es importante para la aplicación de la custodia compartida no es un parámetro definitivo.

Estado la implementación de la custodia compartida resulta complicada, porque el menor además de soportar la ruptura matrimonial o de unión de hecho de sus padres de forma periódica tendría que cambiar costumbres, cultura o hasta el idioma en algunos casos.

En ese marco, un sector de la doctrina señala que si los progenitores viven en diferentes ciudades, distintos Estados o en distintos continentes, donde inclusive las estaciones climáticas no coinciden, es contraproducente para el menor ser sometido a cambios periódicos de residencia, colegio y entorno social, por periodos cortos o medios²⁹⁵.

Ante esta situación la única modalidad con opciones para el establecimiento de la *custodia compartida* es su regulación anual²⁹⁶, caso contrario, siempre precautelando el interés del menor, se debe descartar este régimen de custodia.

2.4.1. Proximidad de domicilios

Es aconsejable que los domicilios de los progenitores se encuentren cerca el uno del otro para establecer la modalidad de custodia compartida. Sin embargo, se debe tomar en cuenta el ámbito espacial de aplicación de dicha figura jurídica, así diremos que en Bolivia por ejemplo, un gran porcentaje de la población no tiene domicilio propio y vive en pisos o casas alquiladas, lo que significa que periódicamente cambian de domicilio constituyéndose así, en familias itinerantes. Dicha situación puede repercutir en el menor, al existir la posibilidad periódica de que su entorno sea modificado más por necesidad que por voluntad.

Por ello, consideramos que dependiendo del contexto en el que se sitúa una estructura familiar no se puede condicionar la aplicación de la custodia compartida a la existencia de domicilios cercanos.

²⁹⁵ Siguiendo a ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRRIAGA, L., "Disponibilidad del objeto en los procesos familiares. Especial Consideración de la custodia de los hijos", op. cit., p. 83.

²⁹⁶ Posición compartida por PÉREZ SALAZAR-RESANO, M., "Patria Potestad", op. cit., p. 197.

En ese sentido, de forma acertada hay quien señala como medida alternativa en función a proteger el interés del menor, que no es condición *sine quantum* permanecer en el mismo domicilio, sino que se puede habitar otra vivienda de las mismas características y en un lugar cercano, por cuanto en este supuesto lo principal es procurar mantener el entorno del menor, toda vez que la vivienda como bien material puede ser sustituida²⁹⁷.

2.5. Ocupación de los progenitores

La ocupación de los progenitores está relacionada con la profesión y actividad que realizan habitualmente y el tiempo que abarca.

A nuestro parecer, es importante conocer el tipo de actividad y ocupación que tienen los progenitores en función al ámbito temporal y espacial, de esta manera se podrá establecer la viabilidad de la custodia compartida.

Así, se manifiesta que *a priori* en situaciones normales si no existe impedimento alguno es más beneficioso que el menor sea cuidado por los progenitores antes que por personas extrañas²⁹⁸.

Es lógico suponer que en situaciones normales determinar lo mejor para el menor no será tarea compleja, pero en casos en que el progenitor desempeñe funciones que alteren el régimen normal de vida del menor como puede ser desempeñar actividades laborales en turnos rotatorios incluyendo horario nocturno, hace que la custodia compartida se muestre inviable o al menos problemática.

Por esta razón, nos adherimos a la opinión de Godoy Moreno quien manifiesta la conveniencia de “que los modelos existenciales de ambos progenitores sean similares”²⁹⁹ para hacer posible el establecimiento de la

²⁹⁷ Vid. SALAZAR BORT, S., *La tutela especial de los hijos en la atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales: El interés protegido*, op. cit., pp. 73-74.

²⁹⁸ Siguiendo a PÉREZ MARTÍN, A. J., “Reparto de la convivencia de los hijos...”, op. cit., p. 109.

²⁹⁹ GODOY MORENO, A., ul. loc. cit.

modalidad de *custodia compartida*.

Sin embargo, debemos recalcar que no estamos de acuerdo con discriminar a los progenitores en función a su formación profesional, para determinar la modalidad de custodia, porque antes de tener una formación académica cada cónyuge es persona, lo cual significa que se debe tomar en cuenta la capacitación profesional de los progenitores tanto en interés de éstos como primordialmente del menor, pero no únicamente en favor de uno de los padres. Por lo tanto, no es imprescindible que la formación personal deba ser similar en ambos para acceder a una u otra modalidad de custodia. Además, hay que tener presente que el o los progenitores siempre pueden contratar los servicios de una asistente para suplir sus ausencias profesionales puntuales.

Por otra parte, el hecho de que uno de los progenitores no cuente con una profesión, tampoco le hace acreedor de manera automática de la modalidad de custodia que éste prefiera, ante esta situación cabe preguntarse ¿Que sucedería si el progenitor por su matrimonio y por educar a su hijo renunció a sus estudios? Es una pregunta que debe responderse imparcialmente, no obstante, no tiene que considerarse como un privilegio sobre el otro progenitor.

Lo que si resulta ineludible analizar es el ámbito laboral y su incidencia en la modalidad de custodia a implementarse.

2.5.1. El trabajo y la custodia

En el proceso de transición a la paternidad y/o maternidad existen dos clases de familias respecto a su formación; en primer lugar, las tradicionales donde sólo uno de los progenitores trabaja fuera del hogar, y en segundo lugar, las familias en las que ambos cónyuges mantienen una relación laboral. Con la subdivisión en la segunda alternativa, de que uno de progenitores trabaje en unos casos jornada completa y en otras a tiempo parcial, dependiendo de la situación en que se encuentre y de las

necesidades que tenga³⁰⁰.

Si bien en ambas formas de familia se pueden compartir responsabilidades, producto de la desigualdad imperante se ha evidenciado que la familia tradicional ha fracasado en lo que concierne a situaciones de separación o divorcio, entre otros motivos, porque se hizo notoria una situación de desequilibrio, así, la mujer -a diferencia del hombre que inclusive podía tener un trabajo especializado- se ha visto incapacitada e impedida de ingresar al mercado laboral, toda vez que al dedicarse de lleno a la familia ha dejado en segundo plano su formación personal, influenciada por leyes y costumbres arraigadas que existían hasta épocas recientes.

Sobre el tema nos hacemos eco de la postura crítica que asumen Martínez Gallego y Benito de los Mozos cuando sostienen que en realidad el destino de la mayor parte de las mujeres en edad adulta era el matrimonio³⁰¹.

Éstos extremos han sido determinantes para que la mujer haya sacrificado su formación, aspecto que en situaciones de crisis familiar se ha volcado en contra de ambos, por cuanto la situación de desequilibrio afecta no sólo a la progenitora, sino también al progenitor, especialmente por motivos de índole económico³⁰².

Así pues, si el cónyuge durante la convivencia ejerce violencia económica, en un supuesto de crisis matrimonial o de unión de hecho, para la cónyuge no será fácil independizarse y reorganizar su vida

³⁰⁰ Véase MARTÍNEZ DÍAZ, M. P., "Cambios familiares en la transición a la paternidad/maternidad", en ADROHER BIOSCA, S. y NUÑEZ PARTIDO, J. P. (Coords.), *Familia y Trabajo*, Edit. Comillas, Madrid, 2003. pp. 47-48.

³⁰¹ MARTÍNEZ GALLEGO, E. M^a. y BENITO DE LOS MOZOS, A. I., "Mujer sujeto u objeto de derecho", en LÓPEZ DE LA VIEJA, M^a. T. (Ed.), *Feminismo del pasado al presente*, Edit. Universidades Salamanca, Salamanca, 2000, p. 94.

³⁰² A nuestro juicio, las consecuencias negativas que sufren las familias tradicionales se presenta de manera frecuente en familias de escasos recursos económicos, con la salvedad que de acuerdo al objeto del presente trabajo al circunscribirse el ámbito espacial de aplicación a España y Bolivia, debemos manifestar que es diferente ser pobre en un país de la comunidad europea que serlo en un país latinoamericano, sumado a ello que en estos últimos países, se mantiene la tendencia de contraer matrimonio o establecer una relación de hecho a una temprana edad -15 a 25 años- en detrimento de su formación.

personal, del mismo modo que el cónyuge se verá afectado, por cuanto estará obligado a otorgar una pensión compensatoria, lo cual sin duda gravitará en su disponibilidad económica al momento de decidir rehacer su vida sentimental.

Ahora bien, se puede argüir que cualquier persona sin formación puede acceder a un puesto laboral, sin ser necesaria una formación especializada, estamos de acuerdo en ello, pero si nos ufanamos de promover la igualdad entre progenitores, pensamos que en ese entorno la relación siempre ha estado enmarcada en criterios de desigualdad, por la sencilla razón de que los cónyuges deben apoyarse mutuamente y procurar el bien y superación de ambos.

Por ese motivo, es que ha sido aprobada la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres con el objetivo principal de promover que la igualdad legal sea extensiva en la vida real en todos los ámbitos ya sea social, político, familiar y laboral³⁰³.

Por ello, lo más aconsejable es que ambos progenitores no descuiden su formación personal y mantengan una relación laboral, sino a jornada completa, por lo menos a tiempo parcial, de esta forma se coadyuvará a erradicar todo criterio de desigualdad. En esa consideración, en situaciones de crisis matrimoniales o de uniones de hecho, la custodia compartida puede permitir mantener la relación laboral de ambos padres, rutina adquirida durante la relación conyugal³⁰⁴.

En definitiva, señalar que la eficacia en la implementación de la custodia compartida dependerá de la modalidad que se adopte, motivo por el que, nos inclinamos por la adopción de un régimen de custodia compartida flexible, que pueda adecuarse a las necesidades de cada situación de crisis familiar y por ende que se implemente en la práctica y

³⁰³ BOE núm.. 71 de 23/3/2007.

³⁰⁴ Al respecto, MARTÍNEZ DÍAZ, M. P., "Cambios familiares en la transición a la paternidad/maternidad", op. cit., p. 59, sostiene que: "... el ir avanzando en una mayor distribución de los roles tradicionales y de la implicación familiar, tanto por los reajustes a nivel familiar como a nivel social, pueden hacer que sea más fácil coordinar el mundo familiar y el laboral y que, por tanto, la satisfacción y realización personal en ambos ámbitos sea mayor para los cónyuges y para los hijos.

no se quede en una disposición teórica.

2.5.2. Qué parámetros deben primar si ambos progenitores trabajan

En el supuesto de que ambos progenitores mantengan una relación laboral, en el momento de decidir la aplicación de la custodia compartida se debe tomar en cuenta el tiempo libre real³⁰⁵ –sin considerar el periodo que permanecen en el trabajo- que disponen los progenitores para ver si la aplicación de este sistema es viable. Así, diremos, que en el supuesto de que indistintamente el padre o la madre, tengan un empleo con una carga horaria que comprenda más de ocho horas y con viajes fuera de su lugar de residencia, resulta a nuestro modo de ver inaplicable la custodia compartida, toda vez que el menor permanecería durante este tiempo solo o con personas extrañas³⁰⁶. De lo que resulta que en interés del menor es aconsejable abstenerse de la aplicación de esta modalidad de custodia.

Situación similar se presenta cuando los progenitores cuentan con turnos rotatorios, aunque, al respecto, si existe voluntad y predisposición para compatibilizar horarios entre padres se puede consensuar para bien del menor y de ellos mismos respectivamente. De esta manera, la aplicación de la custodia compartida se torna factible³⁰⁷.

En la suposición de que no haya predisposición por parte de los progenitores para adoptar el régimen de custodia compartida y se establezca la guarda monoparental, se debe considerar que el progenitor beneficiado con esta modalidad mientras permanezca en su fuente laboral

³⁰⁵ Vid. PAGÉS I CRIVILLÉ, M., *Hijos y Divorcio*, op. cit., p. 100.

³⁰⁶ En ese marco, BERRY BRAZELTON, T. y GREENSPAN STANLEY, I., *Las necesidades básicas de la infancia*, op. cit., p. 16, sostienen que: “Muchas familias se encuentran desbordadas por los horarios, ambos cónyuges trabajan para llegar a fin de mes o para mejorar su nivel de vida, una situación que deja escaso margen para la familia”.

³⁰⁷ Criterio compartido por AGUILAR CUENCA, J. M., *Con mamá y con papá*, op. cit., p. 94, quien afirma que: “Si el trabajo de la madre hace que pase dos días seguidos fuera de la casa, los hijos pueden convivir perfectamente durante ese tiempo con su padre. Si el padre trabaja en turnos de tres días seguidos y descansa dos... son circunstancias que deben ser aprovechadas”.

o bien deja solo al menor en el domicilio de los cónyuges, o bien con un familiar, o en algunos casos se deja a éste en un centro infantil, o por último, contrata una persona ajena al entorno familiar para que asuma su cuidado.

Sobre el tema, los cónyuges deben tomar conciencia que indistintamente cualquiera de ellos, no puede pretender en veinticuatro horas que tiene el día abarcar todas las actividades posibles. Supongamos que una persona duerme ocho horas, que trabaja ocho horas, que destina al trayecto entre domicilio y trabajo dos horas, quedan seis horas, de las cuales debe dedicar tiempo a la comida, compra de productos, tramites personales etc., entonces cabe preguntarse ¿Cuanto tiempo libre tiene cada progenitor? Por ello, es conveniente que los padres tomen en cuenta estos aspectos a fin de distribuir los roles pensando en el interés del menor y en beneficio de ellos mismos.

En ese sentido, se debe afirmar que en los últimos 30 años, la actitud de las familias ha obtenido un nuevo enfoque respecto a la crianza de los niños, es así que los menores lactantes y preescolares pasan alrededor de 35 horas a la semana con terceras personas que cuidan de ellos, no obstante, se debe mencionar que los centros infantiles no son lo suficientemente adecuados para los menores³⁰⁸.

Ello implica, que el factor tiempo es determinante para la planificación de las actividades personales de cada progenitor³⁰⁹, al respecto, ambos deben ser conscientes y meditar que en muchos casos la disponibilidad horaria que tienen es restringida, en esa consideración,

³⁰⁸ Así, BERRY BRAZELTON, T. y GREENSPAN STANLEY, I., *Las necesidades básicas de la infancia*, op. cit., pp. 14-15, afirman que: "El problema con las guarderías y el desarrollo de un niño sincero y moral, es que el niño pequeño a menudo pasa más tiempo en compañía de otros adultos y niños del que pasa con sus propios padres. Si a los niños sinceros se les enseña con el ejemplo de unos padres sinceros, y si los estilos de disciplina influyen en la interiorización de la reglas morales, ¿cómo pueden controlar los padres este factor si no están presentes?". Véase también MASON EKMAN, M. A., "¿Cómo pueden enfrentarse los padres a las mentiras de sus hijos?", op. cit., p. 193.

³⁰⁹ Con referencia a este tema MASON EKMAN, M. A., "¿Cómo pueden enfrentarse los padres a las mentiras de sus hijos?", op. cit., p. 189, sostiene que: "El fallo potencialmente fatal de la familia de un solo padre es la falta de tiempo. Una madre (o un padre) que esta intentando realizar el trabajo de los dos con poca o ninguna ayuda suele ser un padre exhausto que no puede ofrecer la constante supervisión y estructura que el niño necesita".

deben procurar compatibilizar horarios en función a satisfacer sus necesidades, y los intereses de los hijos.

Ante esta situación, consideramos que la custodia compartida se presenta como una solución, que permite al menor alternar su permanencia con ambos progenitores, prescindiendo en lo posible de terceras personas o instituciones de apoyo.

Por otra parte, si se mantiene el equivocado estereotipo de que únicamente el hombre debe trabajar, significa que se sigue rindiendo culto a la cultura patriarcal, definitivamente la estructura familiar tiene que depender de ambos progenitores y para que ésto ocurra, deben poner su empeño las mujeres en el deseo de superarse y dejar de lado la falsa presunción de que el ser madres y esposas limita su capacidad. El reto está dado y para ello en principio es necesario cambiar de mentalidad.

Asimismo, el hecho de que las madres trabajen no significa que las labores en el hogar sean descuidadas, sino que se deben reacondicionar los horarios y las responsabilidades de ambos progenitores, debiendo existir entre ellos decisiones mancomunadas³¹⁰.

2.5.3. Qué ocurre cuando únicamente uno de los progenitores trabaja

La disyuntiva se presenta cuando únicamente uno de los progenitores mantiene una relación laboral, en estos casos surge la interrogante ¿Es preferible la guarda unilateral o es aplicable la custodia compartida?

Si analizamos desde el punto de vista de los progenitores, en el supuesto de que solamente uno de los cónyuges mantenga una relación laboral, y el otro nunca haya trabajado se presupone que éste último

³¹⁰ Sobre el tema RODRÍGUEZ, M^a DEL MAR y BANDERA, M., "Mujeres en primera línea", en *Revista Magazine*, edición del periódico *la Vanguardia*, de fecha 24 de abril de 2005, p. 66, sostienen que: "Las responsabilidades familiares desempeñan un papel nada desdeñable. Las españolas son hoy profesionales. Pero siguen siendo madres, esposas, hijas y nueras... En el ámbito doméstico, muchas soportan dobles jornadas, y no han desaparecido del todo ni la supermujer mediterránea ni el mito de la mujer sacrificada".

preferirá la custodia monoparental, en función a la satisfacción de sus necesidades de tipo económico. No obstante, debemos considerar las razones por las que esta persona no ha mantenido una relación laboral, y en función a ello, la Autoridad Judicial debe emitir una resolución imparcial.

Así pues, es aconsejable determinar la modalidad de custodia de forma casuística, considerando que cada relación familiar es singular, pero en ese afán es necesario reflexionar sobre los siguientes aspectos; principalmente si el progenitor o progenitora no quiere o no puede trabajar, si se presenta el primer supuesto con el ánimo de obtener la custodia unilateral y conseguir beneficios extras, esta conducta tiene que ser rechazada porque sería una manera injusta de apreciar los hechos. Por otra parte, si el progenitor no puede trabajar por algún tipo de impedimento por ejemplo, se debe analizar las causas que motivaron su alejamiento del trabajo, o la no inserción al mercado laboral.

Puede ocurrir también que uno de los progenitores pese a contar con recursos económicos y apoyo moral de su pareja, por dejadez ha preferido dejar de lado su formación y consecuentemente el mantenimiento de una relación laboral³¹¹. Situación que debe tomarse en cuenta al momento de decidir la modalidad de custodia a aplicarse.

Entonces, de manera general no debe enfocarse como prerrogativa a favor del otro, el hecho de que uno de los padres no trabaje para beneficiarse con la custodia porque de esta forma se afectaría el principio de igualdad inherente a ambos progenitores. En esta suposición, además, de no contar con la custodia, el cónyuge afectado se ve obligado a otorgar una pensión alimenticia, que presumiblemente será mayor de la que hubiera fijado el Juez en caso de aplicarse la custodia compartida, aspecto que lo sitúa en una relación de desigualdad. Por lo que, en virtud

³¹¹ Cuando uno de los cónyuges no ha mantenido una relación laboral durante la convivencia, con más años es difícil ingresar al mercado laboral, es cierto que siempre habrán puestos de trabajo en el mercado de los servicios no profesionales, pero aquí entra la cuestión de prejuicios, muchas veces él o la cónyuge no están dispuestos a trabajar en algo que no es de su agrado, ¿Que hacer entonces? En estos casos se debe valorar casuísticamente la situación familiar al momento de tomar una decisión.

de los antecedentes de la relación familiar y de no mediar responsabilidad alguna por parte del progenitor que trabaja, la custodia compartida no tiene que ser limitativa para estos casos, debiendo más bien en situaciones en que la Autoridad Judicial decida la aplicación de esta figura realizarse una adecuación al horario laboral del progenitor que mantiene la relación laboral.

En lo que concierne a la Jurisprudencia, la SAP de Navarra, de 29 de enero de 1993³¹² y la SAP de Barcelona (Sección 12ª), de 21 de noviembre de 1996³¹³, con relación a la custodia valoran de forma positiva la estabilidad laboral de uno de los progenitores, en detrimento de los progenitores que no cuentan con una ocupación estable.

Consideramos que en un futuro cercano, la regla será que ambos progenitores cuenten con una ocupación laboral, restando simplemente que exista consenso en compatibilizar horarios para beneficio de los dos y siempre precautelando el interés del menor.

En ese sentido, la Jurisprudencia resalta la importancia que tiene la disponibilidad horaria de los progenitores para el cuidado de los hijos, tal como se puede evidenciar en las siguientes resoluciones judiciales: SAP de Murcia, de 11 de marzo de 1994³¹⁴ y SAP núm. 446 de La Coruña (Sección 1ª), de 27 de noviembre de 1996³¹⁵.

2.6. Convivencia del progenitor o progenitora con una pareja sentimental³¹⁶

Cuando se decide la ruptura del vínculo familiar, existen las siguientes alternativas en lo que se refiere la vida sentimental de los

³¹² AC 1993\67, ponente: Ilmo. Sr. D. Fermín Zubiri Oteiza.

³¹³ AC 1996\2198, ponente: Ilmo. Sr. D. Juan Miguel Jiménez de Parga Gastón.

³¹⁴ AC 1994\520, ponente: Ilmo. Sr. D. Carlos Moreno Millán.

³¹⁵ AC 1996\2194, ponente: Ilmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg. Asimismo, con referencia a la disponibilidad horaria ANDRÉS JOVEN, J., "Modificaciones de medidas definitivas", op cit., p. 925, sostiene que si se presenta un cambio en el horario laboral del progenitor que se encuentra a cargo de la custodia que dificulte el cuidado de los hijos, es conveniente que se modifique la resolución judicial.

³¹⁶ Sobre la relación de los hijos con la nueva pareja véase SAP de Las Palmas, 29 de junio de 1994 (AC 1994/1222) y SAP de Huesca, de 2 de diciembre de 1996 (AC 1996/2296, ponente: Ilmo. Sr. D. Angel Iribas Genua).

progenitores; primero, que ambos permanezcan solos; segundo, que uno de los cónyuges haya iniciado una nueva relación sentimental; y tercero, que ambos tengan sus respectivas parejas. En estas situaciones cabe preguntarse ¿Es aplicable la custodia compartida? A nuestro juicio, el hecho de que haya una nueva persona no tiene porque constituirse en obstáculo para aplicar dicha figura jurídica, pues ello, dependerá exclusivamente de la relación que exista entre la nueva pareja y los hijos del matrimonio o de la unión de hecho, contexto que de manera más detallada analizaremos a continuación.

En el caso de que los progenitores al momento de presentarse la situación de separación o divorcio no tengan pareja, pero piensan rehacer su vida sentimental, es más factible la aplicación de la custodia compartida para que disfruten de mayor tiempo libre, como también es conveniente que sean los padres quienes se encuentren a cargo del menor antes que éste sea cuidado por una tercera persona, llámese en este caso dependienta³¹⁷. Así, en lugar de pagar un salario a esta persona, dicho dinero se destinaría para beneficio del menor por ejemplo.

Por ello, *a priori* creemos que la custodia compartida puede servir para que la otra pareja disponga de más tiempo para dedicar a su nueva relación sentimental, sin descuidar la formación y desarrollo del menor en los periodos en que tenga que alternar la custodia.

En ese sentido, hay autores que manifiestan que en principio, no es determinante que uno de los progenitores mantenga una relación sentimental con una tercera persona para realizar el reparto del tiempo de convivencia, lo importante es determinar si dicha relación influye positivamente o negativamente en el desarrollo del menor³¹⁸.

A nuestro modo de ver, se debe valorar en primer término la edad del menor con el objeto de analizar si asimila de manera positiva la presencia de una tercera persona o resulta perjudicial.

³¹⁷ Vid. BANDERA, M., *Custodia Compartida*, op. cit., pp. 102-103.

³¹⁸ Por ejemplo, PÉREZ MARTÍN, A. J., “Reparto de la convivencia de los hijos...”, op. cit., p.106.

Por otra parte, se debe tomar en cuenta el tiempo transcurrido desde que se ha producido la crisis familiar, porque en el supuesto de que en la relación conyugal ambos hayan ejercido responsablemente los deberes inherentes a la patria potestad, si ha transcurrido poco tiempo, es complicado el establecimiento de la *custodia compartida*, por dos razones; primero, porque el menor debe sobrellevar la separación o divorcio de sus progenitores; y segundo, porque éste tendría que relacionarse con una persona ajena a su entorno familiar cercano.

En cambio, si ha transcurrido un periodo extenso –que no se puede determinar con exactitud- desde la separación o divorcio de los progenitores y si el menor goza de una estabilidad emocional acorde con la situación, es más factible que comprenda y asimile positivamente la relación del progenitor que convive con una nueva pareja sentimental, caso en el que es viable el establecimiento de la *custodia compartida* si se demuestra que no se atenta contra el interés del menor.

Sobre el tema, un sector de la doctrina afirma que las nuevas nupcias del ex cónyuge pueden tener una influencia dañosa en lo que concierne a la guarda, por cuanto, se introduce una nueva persona en el ámbito de la formación y educación del menor³¹⁹.

A nuestro criterio, ello resulta insuficiente, por cuanto, tal como señalamos es vital para calificar de perjudicial o favorable las nuevas nupcias del progenitor o progenitora, establecer el tiempo transcurrido desde la anterior disolución matrimonial o de unión de hecho.

Asimismo, otro sector de la doctrina sostiene que por el hecho de contraer segundas o ulteriores nupcias no se debe modificar la atribución de la custodia y por ende de la patria potestad de los hijos siempre y cuando, el Juez no estime lo contrario en virtud de instancia del otro progenitor o del Ministerio Fiscal³²⁰.

Por nuestra parte, creemos que el Juez de oficio debe precautelar

³¹⁹ Entre otros, LÓPEZ ALARCÓN, M., *El nuevo sistema matrimonial español- Nulidad, separación y divorcio*, op. cit., p. 345.

³²⁰ Por ejemplo, ZANON MASDEU, L., *El divorcio en España*, Edit. Acervo, Barcelona, 1981, p. 332.

el interés del menor, así como también se requiere una participación activa del Ministerio Público, no obstante, será imprescindible el impulso procesal por parte del progenitor que siente afectados sus intereses en relación a la custodia.

Ésto significa que las posturas doctrinales no tienen una uniformidad de criterio sobre el tema. A nuestro juicio, se debe valorar mediante especialistas -especialmente psicólogos o trabajadores sociales- si la presencia de la nueva pareja sentimental en el entorno familiar, influye positivamente o negativamente en el menor³²¹.

Sobre ello, hay quien va más allá y sostiene que de principio la existencia de una nueva relación no debe influir de forma negativa en lo que atañe al establecimiento de la guarda del menor, sin embargo, se deben considerar los efectos de esta situación y valorar su repercusión en la vida del menor, siendo vital tener la seguridad de que la nueva pareja sentimental no causará ningún tipo de maltrato en el menor³²².

Sin duda, lo ideal sería tener la certeza de que la nueva pareja sentimental no causará maltrato alguno en la persona del menor, pero cabe preguntarse *¿Cómo a priori se puede comprobar una situación de riesgo?* Resulta complicado despejar dicha interrogante, no obstante, la única posibilidad se circunscribe a analizar los antecedentes de conducta de dicha persona para determinar si tiene inclinación a realizar actos violentos, pero tener seguridad en cuanto a un acontecimiento futuro es prácticamente imposible.

Sobre este punto el ilustre filósofo Schopenhauer³²³ afirma que: “El carácter no puede cambiar, pero puede llegar a ser anulado”, de lo que se infiere que una persona fácilmente no cambiará su forma de ser, a menos

³²¹ En ese sentido, ANDRÉS JOVEN, J., “Modificaciones de medidas definitivas”, op cit., p. 925, sostiene que es conveniente modificar la asignación de la custodia de los hijos si es que el menor rechaza la presencia de la nueva pareja y si en función a la edad de éste es difícil la convivencia.

³²² Siguiendo a STILERMAN, M. N., *Menores, tenencia, régimen de visitas*, op. cit., pp. 118 y 119.

³²³ SCHOPENHAUER, A., *Sobre la libertad de la voluntad*, Edit. Alianza editorial, Madrid, 2000, p. 26.

que se encuentre sometida y manipulada, extremo que en nuestro caso no es aconsejable ni se debe permitir.

2.7. Prácticas religiosas de los progenitores

De conformidad al artículo 16 de la Constitución Española se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto, en virtud a ello nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias. Por lo que, en una situación de crisis matrimonial o de unión de hecho para establecer la custodia compartida se deberá determinar si las prácticas religiosas pueden influir en la formación integral del menor.

Así pues, en el caso de que el progenitor pretenda transmitir a los hijos menores de edad su inclinación por la creencia en una nueva religión, puede ocasionar un desequilibrio en la formación de la personalidad del menor, por cuanto, éstos no están preparados para asumir cambios bruscos y repentinos.

Hay quien afirma que cuando la “adicción” religiosa llega a los extremos de cambiar la personalidad del menor, no es recomendable la permanencia de los hijos por mucho tiempo con el progenitor que lleva a cabo estas prácticas³²⁴.

A nuestro juicio, en la práctica es difícil determinar los límites del fanatismo por una religión para que se considere como una *adicción*, salvo el caso en que los padres adoptan una religión diferente a aquella en la que estaban educando al menor antes de la separación o divorcio.

Por lo tanto, si no se demuestra que la *adicción* religiosa influye

³²⁴ Entre otros PÉREZ MARTÍN, A. J., “Reparto de la convivencia de los hijos...”, op. cit., p.107. Sobre el tema ROMERO COLOMA, A. M^a., “Libertad religiosa del progenitor frente al beneficio del hijo menor”, en *Revista de Derecho de Familia*, Edit. Lex Nova, Valladolid, 2005, núm. 33, octubre-diciembre de 2006, pp. 298-300, sostiene que con relación a la libertad religiosa de una persona -en este caso de un progenitor- se debe distinguir dos vertientes: la interna; que únicamente se refleja en la conducta del padre o de la madre sin incidir en la conducta ajena, y la externa; que si puede influir e incluso forzar a los hijos, a través de la manifestación de sus ideas a adquirir una misma creencia lo cual sin duda conculca la satisfacción del interés del menor.

negativamente en el desarrollo del menor³²⁵, el establecimiento de la custodia compartida no tiene razón para ser objetada.

Por otra parte, se debe tomar en cuenta el artículo 14 de la Constitución Española, así como el artículo 6 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor, que prevé el derecho a la libertad de ideología y de religión, concordado con el artículo 14 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989.

2.8. Conducta de los progenitores

Este criterio es esencial determinarlo en el momento de establecer la factibilidad de la custodia compartida en una situación de crisis familiar, toda vez que los progenitores tienen que demostrar haber tenido una conducta idónea durante la convivencia conyugal especialmente con relación al menor, para así poder beneficiarse con la aplicación de dicha modalidad de guarda.

En ese sentido, no es factible la aplicación de la custodia compartida si se demuestra que el progenitor que solicita la guarda de los menores se mueve en ambientes de drogadicción, alcoholismo, mendicidad y delincuencia, por cuanto, no se debe permitir que el menor se encuentre en ese ambiente³²⁶.

Creemos que se debe considerar también la práctica de la prostitución por parte de los progenitores, como criterio de conducta perjudicial para otorgar la custodia de los hijos. Toda vez que el hecho de que uno o ambos se encuentren sumidos en ambientes negativos no contribuye positivamente a la formación integral del menor, y por ende

³²⁵ En la Jurisprudencia debemos señalar la Sentencia del Tribunal Constitucional de 29 de mayo de 2000 (RTC 2000\141, ponente: D. Tomás S. Vives Antón), que si bien afirma que los menores como sujetos titulares de sus derechos fundamentales pueden decidir libremente su libertad de creencia y religión sin que el o los progenitores que tengan asignada la custodia decidan por ellos, en el caso que es de su conocimiento sobre separación matrimonial y reducción de horas de visitas al padre por pertenecer a una secta religiosa, no se ha demostrado dentro del proceso que la pertenencia religiosa del progenitor pueda influir de manera negativa en la conducta y personalidad de los hijos menores de edad.

³²⁶ PÉREZ MARTÍN, A. J., ul. loc. cit.

dificulta tanto la implementación de la custodia compartida como de la guarda monoparental.

Esto, tiene relación directa con las cualidades morales de los progenitores, por ello, deben ser tomadas en cuenta como criterios de atribución de la guarda³²⁷.

Así pues, se debe hacer prevalecer el artículo 2 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor y el artículo 3. 1. de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, que prevén el interés del menor, y a partir de estas disposiciones determinar la alternativa más óptima de modalidad de custodia.

Además, la misma Constitución Española, pregona como derecho fundamental en el artículo 15 el derecho a la vida y a la integridad física y moral de las personas, en concordancia con el artículo 6 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989.

Por último, señalar que la conducta de los progenitores tiene relación directa con el ejercicio de la patria potestad y con la custodia de los hijos durante la convivencia, por lo que, resulta imprescindible analizar la corresponsabilidad de los padres en la formación y desarrollo integral del menor.

2.8.1. La corresponsabilidad en el ejercicio de las relaciones paterno-filiales y en el cuidado de los hijos

Si uno de los progenitores no se corresponsabilizó en la formación de sus hijos durante el periodo de convivencia, ante una situación de crisis matrimonial o de unión de hecho surge la siguiente pregunta ¿Puede ser merecedor de beneficiarse con la custodia compartida un progenitor irresponsable?

Indudablemente que sobre el tema existirán posturas a favor y en

³²⁷ Vid. GARCÍA RUBIO, M^a. P. y OTERO CRESPO, M., "Apuntes sobre la referencia expresa al ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos en la Ley 15/2005", op. cit., p. 72.

contra del establecimiento de la custodia compartida, en el supuesto de que uno de los progenitores no haya ejercido de forma corresponsable las funciones inherentes a la patria potestad durante la convivencia conyugal³²⁸.

A nuestro juicio, si durante la relación conyugal no existió corresponsabilidad entre los progenitores en lo que hace a la formación y desarrollo del menor, la aplicación de la custodia compartida no será beneficiosa para éste, puesto que difícilmente se puede esperar un cambio de actitud en el padre o madre irresponsable. No olvidemos que los progenitores ya tienen un modo de vida adquirido, que con el transcurrir de los años se vuelve cada vez más complicado modificar, por ello, a lo mucho que puede acceder el cónyuge irresponsable es al beneficio de la custodia monoparental³²⁹.

Pero ¿Qué hacer si durante la convivencia los progenitores no fueron corresponsables en la formación del menor, pero acuerdan durante la crisis matrimonial o de unión de hecho la custodia compartida?

Ante esta suposición tiene que ser el Juez quien decida si dicho convenio se puede hacer viable, pues *a priori* el acuerdo debe ser homologado siempre que no sea dañoso en contra del menor.

No obstante, si bien deben fomentarse las relaciones paterno-filiales, y en función a ello, los progenitores tienen la libertad de consensuar el ejercicio de la custodia compartida. En el supuesto de que por intereses económicos acuerden la custodia compartida a sabiendas

³²⁸ Vid. BANDERA, M., *Custodia Compartida*, op. cit., pp. 86-89.

³²⁹ Criterio compartido por PÉREZ SALAZAR-RESANO, M., "Patria Potestad", op. cit., p. 182; En el mismo sentido, se manifiesta TAMBORERO Y DEL RÍO, R., "La guarda y custodia compartida", op. cit., p. 518. Sobre el tema, BANDERA, M., *Custodia Compartida*, op. cit., p. 73, sostiene que: "En situaciones de ruptura, no haber compartido las tareas domésticas puede ser relevante. Si uno de los progenitores no <descubre> la importancia de participar al 50% en el cuidado de los hijos hasta que llega el momento de la separación puede ser causa de padecer el <síndrome de padre repentino> y tenerlo complicado para tener la custodia de sus hijos. Por el contrario, si se ha implicado desde el principio en la crianza de sus hijos y el informe del Fiscal asegura que lo mejor para el menor es mantener un contacto continuado con sus dos progenitores, la formula legal aprobada por el Parlamento el 21 de abril de 2005 le permitiría aspirar <excepcionalmente> a compartir la custodia de los hijos con su ex pareja, hubiera o no acuerdo entre ambos".

que uno de ellos ha incumplido las funciones inherentes a la corresponsabilidad, creemos que esta modalidad no resulta factible, pues, no es conveniente favorecer a un padre irresponsable, más aun si de por medio se encuentran intereses económicos y no afectivos.

En el hipotético caso de que el progenitor haya cambiado de mentalidad y de conducta, dicho extremo debe ser corroborado en primer término, mediante el adecuado ejercicio de la custodia monoparental, es decir, debe existir un cambio y asunción progresivo de responsabilidad.

Por todo ello, nosotros consideramos como requisito imprescindible para acceder al beneficio de la custodia alternada haber compartido la corresponsabilidad en la formación de los hijos durante la convivencia, de esta manera, la crisis familiar afectaría en menor magnitud al menor.

Por otra parte, queremos diferenciar la corresponsabilidad que debe existir en la formación y desarrollo del menor, de la redacción del artículo 68 del CC, que señala que los cónyuges se encuentran obligados a vivir juntos, guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente, además, de tener que compartir las responsabilidades domésticas, el cuidado y atención de sus descendientes.

Al respecto, un sector de la doctrina afirma que dicha redacción supone una degradación del Código Civil, no se pueden equiparar las obligaciones básicas que tiene la esencia del matrimonio con las responsabilidades domésticas, por cuanto, estas últimas pueden ser consensuadas sobre su ejercicio. Además, el hecho de que uno de los progenitores no colabore en tales actividades difícilmente alterará la finalidad del matrimonio y en lo que respecta a la obligación sobre el cuidado de los descendientes, ésta se encuentra comprendida en el apartado de las relaciones paterno-filiales, actividad que obviamente debe ser compartida si los hijos son comunes, por lo que su regulación en el artículo 68 del CC, se encuentra por demás³³⁰.

³³⁰ Siguiendo a GUILARTE GUTIÉRREZ, V., "Comentarios del nuevo artículo 68 del Código Civil", en GUILARTE GUTIÉRREZ, V. (Dir.), *Comentarios a la reforma de la separación y el divorcio (Ley 15/2005, de 8 de julio)*, Edit. Lex Nova, Valladolid, 2005, pp.

A nuestro juicio, se confunde la esencia del matrimonio con el ejercicio de las responsabilidades domésticas, lo cual resulta incomprensible toda vez que estas actividades pueden realizarse indistintamente por ambos o por cualquiera de los cónyuges.

Y, en definitiva, el cuidado de los hijos es una actividad exclusiva de las relaciones paterno-filiales, una vez que se ha cumplido con la finalidad principal del matrimonio que es la procreación. Por ello, es conveniente distinguir las actividades domésticas que se generan entre progenitores, de la corresponsabilidad que deben tener en la formación y desarrollo de sus hijos, producto de la autoridad parental.

2.9. Enfermedad de uno de los progenitores

Señala Pérez Martín³³¹ que “cuando un progenitor tiene problemas en su salud física o psíquica, se hace inadecuado e incluso peligroso encomendarle tan delicado cometido como es una convivencia extensa con los hijos”.

A nuestro juicio, se tiene que valorar la gravedad de la enfermedad del progenitor en cuestión, de esta manera, según el diagnóstico médico³³² se determinará si es viable o contraproducente la implementación de la *custodia compartida*.

Por esta razón deben diferenciarse las enfermedades de carácter psíquico³³³ de aquellas de tipo físico como pueden ser parálisis, hemiplejías, cuadriplejías, entre otras, que incapacitan al progenitor para poder cuidar a los hijos. Pese a ello, en estos casos se tiene que analizar en interés del menor si es conveniente que con ayuda de una tercera persona -que coadyuve en la alimentación, traslados, aseos, etc.- afín o

29-33.

³³¹ PÉREZ MARTÍN, A. J., “Reparto de la convivencia de los hijos...”, op. cit., p. 107.

³³² Sobre el tema, PICONTO NOVALES, T., *La protección de la infancia (aspectos sociales y jurídicos)*, Edit. Egido, Zaragoza, 2001, p. 181, sostiene que: “El informe de los expertos médicos permitirá al Juez decidir si es preciso o no aplicar una medida de protección y cuál de ellas”.

³³³ Con relación a las enfermedades carácter psíquico DECKER MORALES, J., *Código de Familia*, op. cit., p. 344, sostiene que sí estas se encuentran superadas no se pueden considerar como obstáculo para no otorgar la tenencia del menor, pues puede incidir en su beneficio.

ajena al progenitor que solicita la custodia compartida, se puede establecer la citada modalidad de guarda. En esta hipótesis, además de la ayuda física se debe tomar en cuenta el apoyo psicológico que requiere el menor para poder sobrellevar dichas contingencias que soporta su progenitor³³⁴.

Por otro lado, existen enfermedades que se originan por adicción como por ejemplo el alcoholismo, casos en los que es improcedente el establecimiento de la custodia compartida, hasta tanto no desaparezca la adicción. Y no sólo es contraproducente el establecimiento de la guarda alternada sino también la guarda monoparental porque se corre el riesgo de que en casos graves el adicto intoxique también al menor³³⁵, aunque en estos supuestos dependerá de la edad del hijo.

Una vez fijada una modalidad de custodia atendiendo a la enfermedad de uno de los progenitores, para modificar ésta, habrá que tomar en cuenta entre otros factores tanto el tiempo transcurrido como el interés del menor.

En ese marco, la SAP de Valencia (Sección 7ª), de 7 de noviembre de 1997³³⁶, desestima la pretensión de atribución de guarda y custodia compartida respecto de la hija de la relación, por cuanto si bien el informe médico refleja la recuperación de la progenitora en sus dolencias de orden psíquico lo que se traduce en su aptitud para ejercer la custodia, el Tribunal considera este hecho insuficiente para modificar el régimen de custodia, toda vez que puede incidir en la estabilidad de la menor.

En dicha sentencia se evidencia que el Tribunal prepondera el *bonus filii* en detrimento del interés de la progenitora.

2.9.1. Enfermedad del menor

Se debe analizar cuidadosamente la atención que merece el menor

³³⁴ Vid. STILERMAN, M. N., *Menores, tenencia, régimen de visitas*, op. cit., p. 103.

³³⁵ Vid. STILERMAN, M. N., *Menores, tenencia, régimen de visitas*, op. cit., p.102

³³⁶ De la misma forma la SAP (Sección 3ª) de Tarragona, de 10 de noviembre de 2004 (núm. 217/2004, Recurso 221/2004), niega la atribución del ejercicio de la custodia compartida en interés del menor.

en el supuesto que padezca una enfermedad³³⁷, así, dependiendo de la magnitud del mal que adolece es imprescindible que éste cuente con una atención especializada³³⁸.

Por ello, para valorar el establecimiento de la custodia compartida en estos supuestos, se debe estimar la predisposición y las aptitudes de cada progenitor para asumir dicha responsabilidad al ser un caso atípico que por lo general no se presenta asiduamente en situaciones de crisis familiares.

No obstante, se tienen que valorar de manera positiva el hecho que uno de los progenitores sacrifique su bienestar económico o desarrollo personal: renunciando al trabajo o a proseguir sus estudios superiores –ésto claro dependiendo de su edad-, con el objetivo de dedicar mayor atención a favor del menor que se encuentra convaleciente.

A nuestro criterio, en dichos supuestos sería conveniente *a priori* la aplicación de la guarda monoparental en detrimento de la custodia compartida, en función al beneficio del menor, por cuanto, se presume que quien está a su lado constantemente le brindará mejor y mayor atención y cuidados. Sin que esto sea óbice para limitar la participación y relación del otro progenitor con el menor³³⁹. En este marco, la custodia compartida solo sería aplicable a través de convenio regulador, siempre que exista un alto grado de entendimiento entre los progenitores, siendo imposible la aplicación de esta modalidad por imposición judicial.

2.10. Criterios económicos

Las cuestiones económicas son un tema álgido que será motivo de

³³⁷ Véase SANTOS OROZA, R., *Apuntes de Derecho de Familia*, op. cit., p. 202.

³³⁸ El Código Niño, Niña y Adolescente boliviano en su artículo 20 sostiene que en casos de discapacidad física, mental sensorial o psíquica tiene derecho a recibir cuidados y atención especializada. Por su parte, el artículo 261 del Código de Familia boliviano dispone que al hijo que padezca algún tipo de enfermedad o deficiencia física o mental tiene derecho a recibir una educación adecuada a su situación.

³³⁹ Con relación a este tema la SAP de La Coruña, de 27 de noviembre de 1996 (AC 1996\2194, ponente: Ilmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg), resuelve atribuir la custodia de los hijos a la madre porque ésta no trabaja, considerando que la hija menor padece una minusvalía y se encuentra en tratamiento médico.

discusión mientras no haya una regulación uniforme que incluya el tema del uso, asignación de la vivienda y de las pensiones alimenticias³⁴⁰. Hasta tanto ésto no ocurra se debe analizar casuísticamente las situaciones de crisis familiares.

Al respecto, se debe señalar que la naturaleza jurídica de las pensiones alimenticias y la vivienda tienen un objetivo diferente, así diremos que la atribución de la vivienda familiar a los hijos no satisface en su totalidad el derecho a alimentos, pues únicamente consigue satisfacer su necesidad habitativa, que forma parte de la asistencia material, restando la satisfacción del vestido, asistencia médica y educación³⁴¹.

No obstante, hay que advertir que la asignación de la asistencia familiar y la vivienda, son temas que se encuentran íntimamente interrelacionados, por cuanto la vivienda tiene un contenido patrimonial que puede ser traducido en dinero líquido con el objeto de cumplir con las necesidades económicas del menor.

Pese a ello, consideramos que se debe procurar no afectar el patrimonio familiar, los progenitores se encuentran en la necesidad de generar ingresos propios para beneficio de la familia, toda vez que la estabilidad económica de éstos es un factor que será tomado en cuenta al momento de decidirse la modalidad de custodia a aplicarse en una situación de separación o divorcio³⁴².

Si bien es aconsejable que el progenitor que pretenda acceder a la custodia tenga estabilidad financiera, ésto no tiene que ser considerado como un factor determinante, pues se deben analizar las circunstancias

³⁴⁰ Criterio compartido por BANDERA, M., *Custodia Compartida*, op. cit., p. 70, cuando sostiene que: "Las cuestiones económicas son fundamentales para entender toda la polémica alrededor de la asignación de las custodias. Pero este argumento es de doble filo. Del mismo modo en que muchas mujeres denuncian que sus ex parejas sólo piden la custodia para ahorrarse la pensión y repartirse el piso, muchos varones aseguran que sus ex parejas se niegan a compartir la custodia con ellos únicamente para conservar la casa y "cobrar" la pensión". Véase también GARCÍA RUBIO, M^a. P. y OTERO CRESPO, M., "Apuntes sobre la referencia expresa al ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos en la Ley 15/2005", op. cit., p. 87. De igual forma, GUILARTE MARTIN-CALERO, C., "Comentarios del nuevo artículo 92 del Código Civil", op. cit., p. 146.

³⁴¹ Vid. SALAZAR BORT, S., *La tutela especial de los hijos en la atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales: El interés protegido*, op. cit., pp. 27-28.

³⁴² Vid. PAGÉS I CRIVILLÉ, M., *Hijos y Divorcio*, op. cit., pp. 89-90.

que rodean a cada ruptura familiar.

En ese sentido, es conveniente que la pensión alimenticia en caso de ser aplicable la custodia compartida sea proporcionalmente dividida entre ambos progenitores de acuerdo a sus posibilidades económicas, quienes además deben ejercer un control sobre la utilidad que se le da a dicha pensión³⁴³.

Por otra parte, el hecho de que un progenitor no cuente con suficientes recursos económicos, no significa que no pueda compartir la custodia de su hijo; como alternativa a esta suposición se deben crear lugares de acogida para que se lleve a cabo la custodia compartida³⁴⁴.

Es cierto, que un menor no puede vivir únicamente de asistencia moral, pero hasta tanto el progenitor que se encuentra en una situación de crisis económica no supere dicho momento, el Estado debe procurar garantizar que los progenitores puedan ejercer sus derechos paterno-filiales.

2.10.1. La vivienda

Hasta la reforma de 2005, en muchos casos detrás del deseo de obtener la custodia de los hijos en situaciones de crisis matrimoniales o de pareja, se escondían intenciones que no tenían como finalidad precisamente satisfacer el interés del menor, sino al contrario, estaban

³⁴³ Criterio compartido por PÉREZ SALAZAR-RESANO, M., "Patria Potestad" op. cit., p. 200. Sobre el tema BANDERA, M., *Custodia Compartida*, op. cit., p.71, sostiene que "La custodia compartida no implica necesariamente la desaparición de las pensiones. ni las compensatorias ni las de los alimentos. Tal vez desaparecerán buena parte de los litigios entre los ex cónyuges para ver quien se queda con el piso en nombre de los hijos, pero no las pensiones, ya que habrá que tener en cuenta las diferencias entre el poder adquisitivo de uno y otro. Así el progenitor con más ingresos podría o debería asumir parte de los gastos de la manutención del menor cuando conviva con el otro para que las situaciones sean semejantes y el niño no acuse la diferencia de nivel económico. Y es que podría darse el caso frecuente de que la madre que concentro sus esfuerzos en los hijos de la pareja durante sus primeros años de vida tenga serias dificultades para encontrar después un puesto de trabajo bien remunerado. Ante ésa situación, si el padre, con más ingresos, y la madre, con menos, acuerdan que su hijo estudie en una escuela privada, pero ella no puede costear la mitad exacta de los gastos parece lógico que el padre asuma un mayor porcentaje".

³⁴⁴ Vid. http://www.social.gouv.fr/famille-enfance/doss_pr/aut_parent/34_010227.htm, fecha de consulta 8 de febrero de 2006.

relacionadas con diferentes temas, entre los que se destacan la distribución de bienes materiales, como por ejemplo la atribución de la vivienda. Consideramos que no habrá un cambio significativo, por cuanto la reforma ha sido parcial y no colma a nuestro entender las expectativas generadas en torno a los cambios sociales que han venido aconteciendo en los últimos tiempos en la sociedad civil en general, y en las relaciones entre progenitores en particular.

Asimismo, el tema del uso de la vivienda familiar en situaciones de separación o divorcio, mientras no se modifique la regulación existente será motivo de controversia no sólo para la implementación de la custodia compartida sino también para la aplicación de la custodia monoparental.

Sobre este tema, un sector de la doctrina sostiene que al no haber sido comprendido el artículo 96 del Código Civil, en las reformas de la Ley 15/2005, de 8 de julio, demuestra la falta de decisión en el legislador al preservar un contenido muchas veces injusto hacia una de las partes, aspecto que denota el decanto por parte de éste para que predomine la custodia monoparental como regla. En ese marco, se afirma que lo más factible es separar el uso de la vivienda del ejercicio de la patria potestad, cuando los padres ya no viven en el mismo lecho familiar, debiendo corresponder en su generalidad a su titular, salvo casos excepcionales en que uno de los dos necesite protección conviniendo concederse su uso mediante pago de un canon de alquiler³⁴⁵.

A nuestro modo de ver, de manera general la custodia de los hijos en una situación de crisis matrimonial o de unión de hecho se convierte en un instrumento a ser utilizado por ambos progenitores para resolver el tema del uso de la vivienda familiar. Por ello, tal como señala la doctrina somos partidarios de separar el ejercicio de la patria potestad del uso de la vivienda. Lamentablemente, a veces a pesar de que existe un titular indiscutible hay polémica para determinar el uso de la vivienda familiar, así, lo mas probable es que el problema persista cuando ambos

³⁴⁵ Siguiendo a GARCÍA RUBIO, M^a. P. y OTERO CRESPO, M., “Apuntes sobre la referencia expresa al ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos en la Ley 15/2005”, op. cit., pp. 96-97.

progenitores tengan derecho a la asignación de la vivienda familiar, ante lo cual se debe preservar el derecho de habitación del menor.

En ese sentido, si bien el artículo 96 del CC garantiza el derecho de habitación del menor, en toda situación de separación o divorcio, debe derogarse la atribución exclusiva del uso de la vivienda familiar al progenitor con el que el hijo resida³⁴⁶.

Así, resulta evidente, tal como sostiene la doctrina, que la solución idónea radica en que la vivienda debe pertenecer al cónyuge titular de la misma. No obstante, si ella pertenece a ambos se tiene que analizar la forma de adecuar el bien o enajenar la vivienda para que ambos cónyuges queden satisfechos, con la salvedad de que hasta tanto el menor no adquiera la mayoría de edad, se debe satisfacer el uso de la vivienda a su favor cualquiera que sea la solución. Con lo que expresamos nuestro desacuerdo a que uno de los progenitores tenga que pagar un canon de alquiler a favor del otro, cuando de por medio está inmerso en una crisis familiar un menor de edad.

Por otra parte, en el supuesto que se disponga la separación de los hermanos en una situación de crisis matrimonial o de unión de hecho hay quien afirma que la asignación de la vivienda se debe determinar en función al progenitor que se encuentra a cargo de más hijos, con independencia de ser mayores o menores de edad³⁴⁷.

Discrepamos con dicha posición por lo siguiente: no se puede resolver el criterio de asignación de la vivienda con una simple operación aritmética, además, es necesario que se deba precautelar con más rigor los intereses de los hijos menores de edad, por cuanto los hijos mayores de edad pueden valerse por si mismos, a no ser que exista una patria potestad prorrogada por algún impedimento del menor, o en virtud a que se encuentre estudiando por ejemplo.

³⁴⁶ www.aeafa.es/, fecha de consulta, 3 de febrero de 2006. "Las reformas del derecho de familia", II encuentro institucional de jueces y magistrados de familia, fiscales y secretarios judiciales, con abogados de la asociación española de abogados de familia, Madrid, 23, 24 y 25 de noviembre de 2005.

³⁴⁷ Por ejemplo, SALAZAR BORT, S., *La tutela especial de los hijos en la atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales: El interés protegido*, op. cit., p. 35.

Ahora bien, como la vivienda debe ser atribuida en función a proteger exclusivamente el interés del menor, si éste decide independizarse se tendría que modificar su uso ante Autoridad Judicial, al dejar de ser el beneficiario de la habitabilidad de la vivienda, lo cual conllevaría a una disputa entre progenitores³⁴⁸.

En estos casos, indiscutiblemente se encuentra de por medio el factor económico y en la suposición de que el Juez opte por asignar la vivienda en función a un criterio numérico, se afecta a uno de los progenitores y a los menores que quedan bajo su custodia.

Para que estos problemas sean solucionados teniendo en cuenta que el precio de la vivienda familiar es muy significativo³⁴⁹ -inaccesible muchas veces-, se requiere que el Estado promueva una política de cooperación en favor de los progenitores divorciados para que éstos puedan cubrir la necesidad habitacional de sus hijos.

De igual manera, creemos que en una situación de crisis familiar, cuando mediante resolución judicial se disponga la custodia monoparental a favor del progenitor que no es titular de la vivienda familiar, dicha medida supondría –en algunos supuestos- arrancar al menor de su entorno habitual. Pues, si bien el progenitor no custodio se beneficiará con un régimen de visitas, esto no significa que el menor conserve su medio habitual principalmente, porque los horarios de visitas son limitados, además, durante el periodo de vacaciones no se suele permanecer en la vivienda del progenitor no custodio, sino que se acostumbra a salir de vacaciones. Todo esto repercutirá en la estabilidad

³⁴⁸ Vid. SALAZAR BORT, S., *La tutela especial de los hijos en la atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales: El interés protegido*, op.cit., p. 33.

³⁴⁹ Sobre el tema, SALAZAR BORT, S., *La tutela especial de los hijos en la atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales: El interés protegido*, op. cit., p. 43, sostiene que: “Uno de los temas más importantes en la sociedad actual es, que duda cabe, el de la vivienda. Se trata de un bien de consumo muy costoso, y, al mismo tiempo, imprescindible, lo cual le otorga una posición de privilegio, tanto desde el punto de vista del general sistema económico como desde el de cualquier economía doméstica. Además el mercado de la vivienda depende en gran medida de factores económicos y sociales que varían constantemente, como el crecimiento de la población, el éxodo del campo a la ciudad, las crisis económicas, la evolución del empleo, la evolución de la estructura familiar.; todo lo cual incide de forma singular en la oferta y la demanda de nuevas construcciones, y en el coste de acceso a las ya existentes”.

emocional y afectiva del menor, quien dada su edad se encuentra imposibilitado para poder trasladarse de un lugar a otro, -mientras cuente con menos años será más difícil- cuando sienta necesidad de hacerlo.

A nuestro parecer, en virtud de los motivos expuestos la custodia compartida se presenta como una alternativa que permite conservar el ambiente habitual del menor³⁵⁰.

2.11. Causas de separación y divorcio

A diferencia de la Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modificaba la regulación del matrimonio en el Código Civil, y se determinaba el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio, en la actualidad ha quedado derogado el artículo 82 de dicha Ley, que establecía las causas de separación de conformidad a lo dispuesto en el artículo 1. 3 de la Ley 15/2005, de 8 de julio, por lo que para separarse o divorciarse no se deben mencionar expresamente las causas que inducen a romper el vínculo conyugal, circunscribiéndose a la voluntad de ambos cónyuges o bien de uno de ellos. No obstante, si jurídicamente no es requisito indispensable demostrar la existencia de una causa, en el plano personal el o los cónyuges tienen un motivo interior que es manifestado exteriormente que les induce a optar por la disolución del vínculo matrimonial o de la relación de hecho³⁵¹.

Así, en lo que atañe la asignación de la custodia, respetando la intimidad de los cónyuges, se deben analizar los motivos que indujeron a que la pareja haya decidido separarse o divorciarse, porque sino, surge la

³⁵⁰ Vid. SALAZAR BORT, S., *La tutela especial de los hijos en la atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales El interés protegido*, op. cit., p. 46.

³⁵¹ En esa consideración, CARRIÓN OLMOS, S., "Reflexiones en torno a las leyes 13 y 15/2005 por las que se modifica el Código Civil en materia de separación, divorcio y derecho a contraer matrimonio", *Diario La Ley* Nº 6298, 19 julio 2005, p. 11, sostiene que: "El sistema español de separación y divorcio seguirá siendo *causal* (aún tras la reforma), como no podía ser menos. La crisis matrimonial siempre tiene <causa>. Ha de tenerla necesariamente. Lo reclama la propia naturaleza de las cosas. Tras la reforma, la causa es única: viene constituida por la *voluntad de ambos cónyuges, o de uno de ellos, de no permanecer en la unión*. Jurídicamente, la causa misma de la crisis no cabe sino, de modo necesario, reconducirla a dicha *voluntad*. El legislador no puede llegar a más. Los sentimientos no son controlables jurídicamente".

siguiente interrogante ¿Cómo determinar la modalidad de custodia? Si bien es cierto que la opinión del menor es importante y se constituye en un parámetro para definir esta situación, puede resultar insuficiente, por ello, es necesario valorar integralmente las circunstancias que rodearon a la estructura familiar.

En ese sentido, es imprescindible con el objetivo de establecer la custodia compartida estudiar el comportamiento de los progenitores con relación a ellos mismos –respetando su intimidad- y sobre todo a los hijos, pues de ser negativa la conducta de uno de los progenitores no es conveniente la aplicación de la guarda alternada.

Así, entre los principales motivos que se tienen para dejar de lado la aplicación de la custodia compartida, debemos mencionar la ausencia de corresponsabilidad en la formación y desarrollo de los hijos como también, el maltrato físico y psicológico en la integridad del menor.

2.11.1. Relación entre progenitores

En caso de ruptura de los progenitores, dos presupuestos básicos tienen que concurrir para que sea viable la guarda compartida. Así, en primer lugar, se deben deponer los intereses personales de los progenitores en beneficio del menor de forma que prevalezca un derecho igualitario en el cuidado de los menores, y segundo, debe existir entre los padres una cooperación activa y corresponsable para que tenga éxito el régimen de la guarda compartida³⁵².

Si bien consideramos ideal que exista una relación amistosa entre progenitores que atraviesan situaciones de crisis matrimoniales o de uniones de hecho, la discordia no debe considerarse como obstáculo insalvable para la aplicación de la custodia compartida, toda vez que lo mismo puede ocurrir en caso de implementarse la custodia monoparental.

³⁵² Véase GUILARTE MARTIN-CALERO, C., “Comentarios del nuevo artículo 92 del Código Civil”, op. cit., p. 159. Sobre la manipulación de los hijos véase AGUILAR CUENCA, J. M., en “El uso de los hijos en los procesos de separación: El síndrome de alienación parental”, *Revista de Derecho de Familia*, núm. 29, octubre-diciembre de 2005, pp. 73-74.

Por esta razón somos partidarios de recurrir a la utilización de los puntos de encuentro con el objetivo de hacer viable no sólo la custodia compartida sino también la monoparental.

Así pues, cuando se otorga una custodia monoparental, se presentan casos en que los progenitores beneficiados influyen negativamente en el menor, creando un mal ambiente mediante injerencias o manipulaciones, dificultando la relación de éste con el progenitor no custodio³⁵³. De ello se desprende que la custodia compartida se convierte en una medida idónea que puede permitir desvirtuar la animadversión creada en el menor por parte de uno de los progenitores, por cuanto, ambos dispondrán de un mayor tiempo de convivencia con sus hijos, aspecto que servirá para que éste compruebe – de acuerdo a las limitaciones de su edad- los sentimientos de los padres hacia su persona, y si son verídicas las acusaciones o comentarios que uno formula en contra del otro. Dicho contexto difícilmente puede ser resuelto con la custodia monoparental al tener el progenitor no custodio un tiempo limitado de convivencia con sus hijos.

Sobre el tema, resulta importante que la relación no se deba valorar desde el punto de vista de los progenitores, sino desde la esfera del menor³⁵⁴. Así, en el supuesto de que el trato entre los padres sea insoportable y los puntos de encuentro no coadyuven a sobrellevar la situación, tiene que establecerse quién es el causante de ese ambiente incordial e inamistoso, para de esta manera, en el caso de que haya sido aplicada la modalidad de custodia compartida, suspender este régimen y estipular un régimen de visitas limitado a favor del progenitor infractor.

Puede ocurrir también que en el ejercicio de la custodia monoparental se corra el riesgo de que durante el régimen de visitas se pueda influenciar al menor predisponiéndolo en contra del progenitor

³⁵³ Vid. PAGÉS I CRIVILLÉ, M., *Hijos y Divorcio*, op. cit., p. 98.

³⁵⁴ Al respecto, se puede consultar PAGÉS I CRIVILLÉ, M., *Hijos y Divorcio*, op. cit., pp. 99-100.

custodio³⁵⁵. Para que ésto no suceda se debe prever que el periodo de visitas se realice únicamente en los puntos de encuentro.

Por lo tanto, la custodia compartida depende de la conducta que tengan los padres en su relación como también con respecto al menor. En ese sentido, se debe procurar brindarle seguridad al proceso de formación de éste, así como también se tiene que prever que durante el periodo de visitas no se altere la rutina de los hijos, por cuanto lo primordial es la satisfacción de su bienestar³⁵⁶.

Para concluir, debemos manifestar que es aconsejable que los progenitores depongan actitudes intransigentes que no coadyuvan a encontrar una alternativa en cuanto a la adopción de una modalidad de custodia. Toda vez que detrás de ambos padres se encuentran los familiares ascendientes y colaterales, que generalmente sienten apego por los menores inmersos en la crisis familiar, y a los cuales no les resulta indiferente dejar de tener contacto con ellos. En ese sentido, el Código Civil español, en los artículos 90, 94, 103, 160 y 161 expresamente regula la relación entre nietos, abuelos y demás parientes, así como también en el artículo 250 de la LEC.

2.11.2. La custodia compartida como alternativa a la situación personal de los progenitores

En líneas generales los progenitores pueden estar a favor o en contra de la custodia compartida, pero de acuerdo a su situación, sus objetivos e intereses personales en un caso de separación o divorcio, pueden manifestar su complacencia por la adopción del régimen de custodia compartida.

Mediante el siguiente ejemplo traduciremos la utilidad de la custodia compartida: Supongamos el caso de una pareja donde uno de

³⁵⁵ Véase. BANDERA, M., *Custodia Compartida*, op. cit., p. 90; PAGÉS I CRIVILLÉ M., *Hijos y Divorcio*, ul. loc. cit.

³⁵⁶ Cfr. BERRY BRAZELTON, T. Y GREENSPAN STANLEY, I., *Las necesidades básicas de la infancia*, op. cit., pp. 46-47.

ellos ha concluido una carrera universitaria y el otro se encuentra estudiando e intempestivamente se encuentran sumergidos en una crisis familiar. Será más factible y aconsejable, si el progenitor que no ha culminado sus estudios desea continuar su formación, ceda a la asignación de la custodia monoparental por la aplicación de la custodia compartida. De esta manera, tendrá el tiempo necesario para dedicarse a la formación sus hijos, y culminar sus estudios, equiparando su nivel formativo al que ostenta el otro progenitor. Aspecto que significa preservar el criterio de igualdad que debe existir entre ambos durante y después de la relación conyugal o de unión de hecho, además, esta nivelación en lo que respecta la formación educativa evitará a futuro que exista una dependencia económica entre los padres³⁵⁷.

Este hecho trasluce la importancia de actuar de forma razonada en una situación de crisis familiar, procurando no sólo el bienestar del menor sino también la satisfacción personal de los progenitores. Sin duda, para que esto ocurra se necesita por parte de ambos un nivel alto de comprensión, desprendimiento y empatía.

2.12. ¿Mantener unidos o separar a los hermanos?

La legislación española en el inciso 5) del artículo 92 del CC, dispone que se evite separar a los hermanos que se encuentran inmersos en una situación de separación o de divorcio, a nuestro parecer, esta disposición debe regir como regla, aunque *en casos excepcionales en interés del menor* producto del análisis casuístico se debe acceder a la separación de los menores para que cada uno a su turno conviva con un progenitor tal como se concibe en el inciso 2) del artículo 96 del CC, aunque claro está que dicha regulación obedece al uso de la vivienda familiar.

La Jurisprudencia a través de la SAP de Barcelona (Sección 12ª),

³⁵⁷ Sobre el tema, BANDERA, M., *Custodia Compartida*, op. cit., p. 35, sostiene que: “En ese sentido la custodia compartida se presenta como un sistema para liberar a las mujeres de una parte de la carga que conlleva el cuidado de los hijos. De este modo pueden conciliar más fácilmente vida familiar y profesional”.

de 21 de noviembre de 1996³⁵⁸ y SAP de Soria, de 8 de abril de 1996³⁵⁹, sostienen que no debe separarse a los hermanos en caso de ruptura de los progenitores, salvo que sea beneficioso para ellos.

En ese sentido, un sector de la doctrina sostiene que en interés de los hijos se puede proceder a realizar un reparto de los hermanos, aunque denominándose a ésto como custodia distributiva o partida³⁶⁰.

Por tanto, la redacción de inciso 5) del artículo 92 del Código Civil español no es excluyente si se contrapone al interés del menor³⁶¹.

A pesar de ello, en el supuesto de que hayan varios hermanos en una familia -que es lo que ocurre frecuentemente en Bolivia- que atraviesa una situación de crisis matrimonial o de unión de hecho, es conveniente la implementación de la custodia compartida manteniendo unidos a los hermanos, por los siguientes motivos; primero, si ambos mantienen una relación laboral, será más eficaz el ejercicio de la custodia durante el tiempo que los hijos permanezcan con cada progenitor; segundo, en la hipótesis de que únicamente uno de los progenitores mantenga una relación laboral, si se implementa la custodia monoparental a favor del otro progenitor, existe mayor probabilidad de que no se pueda realizar un seguimiento exhaustivo en la evolución y desarrollo de los hijos; y finalmente, se evitaría que el progenitor que no ostenta la custodia, ante la dificultad de sostener a una familia numerosa, pueda desentenderse de sus obligaciones tanto morales como materiales.

En conclusión, respecto a los criterios expuestos que deben ser tomados en cuenta al momento de dictaminar la custodia compartida, creemos que si bien debe prevalecer el interés del menor cada uno de ellos merece una consideración especial si se pretende que dicha figura jurídica tenga éxito en su ejecución, igualmente, se ha podido evidenciar que éstos se encuentran interrelacionados, por lo que merecen un análisis

³⁵⁸ AC 1996\2198, ponente: Ilmo. Sr. D. Juan Miguel Jiménez de Parga Gastón.

³⁵⁹ *Actualidad Civil*, núm. 11, 1 al 15 de junio de 1996, Tomo 2, Edit. La Ley, Madrid, 2000, pp. 1254-1255.

³⁶⁰ Siguiendo a PÉREZ SALAZAR-RESANO, M., "Patria Potestad", op. cit., p. 184.

³⁶¹ Vid. PAGÉS I CRIVILLÉ, M., *Hijos y Divorcio*, op. cit., pp. 90-91.

integral y casuístico de acuerdo a las características de la estructura familiar que soporta la ruptura de los progenitores.

3. LA JURISPRUDENCIA CON RELACIÓN A LA CUSTODIA COMPARTIDA

A continuación analizaremos algunas resoluciones emitidas por los Tribunales de justicia antes y después de la reforma de 2005, con relación a la aplicación de la custodia compartida³⁶²:

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección Sexta), de 27 de mayo 1997³⁶³, entre cuyos fundamentos de derecho argumenta que en beneficio de la menor los roles de los progenitores deben ser asumidos por ambos, motivo por el que, resuelve el establecimiento de la custodia compartida al considerar a los sujetos procesales personas equilibradas y al hecho de que viven en la misma localidad. Ésto es suficiente para no afectar el entorno social de la menor ni su asistencia al centro escolar cuando se encuentre en edad para dicho cometido. En ese sentido, se dispone la modalidad de custodia compartida por meses alternos, con un régimen de visitas de fines de semana para el progenitor que no ostente la custodia.

En esta resolución el Tribunal prepondera la participación de ambos progenitores en el desarrollo y formación de la menor, de igual manera, complementa el establecimiento de la custodia compartida con un régimen de visitas de fines de semana, que sin duda tiende a fortificar la presencia de ambos progenitores en la vida de la menor. Lo negativo de esta resolución radica en que la modalidad alterna de guarda por meses no contempla si debe ser la menor quien se traslade de domicilio o serán

³⁶² La mayoría de las sentencias fueron dictadas antes de la promulgación de la Ley 15/2005, que modifica el CC, y la supuesta introducción de la custodia compartida en el Derecho español, extremo que del análisis de las resoluciones se desvirtuará y se demostrará que en este caso la Jurisprudencia se antecedió al legislador.

³⁶³ AC 1997/1591, ponente: Ilmo. Sr. D. Vicente Ortega Llorca

los padres quienes tengan que mudarse cuando les corresponda el ejercicio de la guarda.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, de 7 de julio de 1997³⁶⁴, confirma la custodia compartida que dispone la custodia alternada de los hijos del matrimonio para que convivan con el padre el primer semestre del año y con la madre el segundo semestre del año, en base a los beneficios de igualdad de posición que debe existir entre progenitores y la no disminución de la relación personal de los hijos con uno de ellos. Entre los argumentos del Tribunal “*ad quem*” se aduce que si bien es cierto que la sala tiene sus reparos con referencia al régimen de custodia compartida, ratifica la sentencia por imperativos de orden procesal, toda vez que el régimen establecido cuenta con cierto fundamento en la diligencia de audiencia.

En este caso, según el lugar donde se ejerza la alternancia, se adopta la guarda y custodia compartida a tiempo parcial con cambio de residencia para los menores, y el reparto de tiempo se ejerce de forma alternada por semestres.

Esta sentencia al disponer el reparto de tiempo de forma semestral adopta una decisión equitativa procurando beneficiar a ambos progenitores, no sin antes mencionar su cuestionamiento a la aplicación de la custodia compartida. En este supuesto cuando el Tribunal desconfía en el establecimiento de dicho régimen, todo el peso recae sobre los padres quienes son en última instancia los actores principales para que la custodia compartida se considere eficaz y resulte beneficiosa para el menor.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, de 1 de septiembre de 1997, establece la custodia compartida del menor alternadamente por meses en favor de los progenitores, justificando esta

³⁶⁴ Aranzadi, *Sentencias de Tribunales Superiores de Justicia, Audiencias Provinciales y otros Tribunales*, Tomo II, Volumen II, (Primera Edición), Edit. Aranzadi, Pamplona, 1997, pp. 1591-1592.

resolución en interés del menor. De esta manera, modifica la sentencia dictada por el Juez *a quo*, que había previsto la guarda y custodia a cargo de la madre. De igual modo, la Sentencia del Tribunal Constitucional, de 14 de diciembre de 1998, desestima el amparo presentado por la recurrente sin entrar a analizar el régimen de la custodia compartida establecido por la Audiencia Provincial³⁶⁵.

En virtud a esta resolución no se menciona el lugar donde se debe ejercer la alternancia de la custodia compartida, aspecto que tiende a generar controversia en su implementación. Con referencia al reparto de tiempo se ejerce de manera alternada por meses, lo cual demuestra un criterio equitativo.

Por último, se debe resaltar que existe en el desarrollo del proceso una dualidad de criterios entre lo dictaminado por el Juez de Primera Instancia y por el Tribunal de Segunda Instancia.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 22ª), de 20 de abril de 1999, resuelve confirmar la atribución de la guarda y custodia compartida del menor que se encuentra interno en un centro escolar durante el periodo de vacaciones de cinco meses, de acuerdo a la realidad subyacente³⁶⁶.

Esta resolución es *sui generis*, por el hecho de que el menor se encuentra internado en un centro escolar durante siete meses, en ese sentido, quien en realidad se ocupa de la formación integral del menor es el recinto escolar mediante su cuerpo docente, encontrándose los progenitores obligados especialmente a contribuir con el soporte material que requiere la internación del menor. En este caso, la aplicación de la custodia compartida es la mejor alternativa en función al periodo que permanece el menor fuera del centro educativo, puesto que con el establecimiento de un régimen de visitas si bien se mantendría en

³⁶⁵ *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, Tomo III, Edit. Aranzadi, Pamplona, 1998, pp. 1047-1051.

³⁶⁶ LA LEY JURIS: 435329/1999, op. cit.

contacto al menor con ambos progenitores se corre el riesgo de que el lazo afectivo tienda a desaparecer.

Por otra parte, la sentencia si bien decide la implementación de la custodia compartida no hace referencia al lugar donde se debe ejercer la alternancia de la custodia del menor.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, de 30 de julio de 1999³⁶⁷, atribuye la guarda y custodia alternativamente, los meses pares al padre y los impares a la madre, sobre la base de los siguientes argumentos:

1. Que el derecho-deber de cuidar a los menores recae con la misma intensidad en ambos progenitores.
2. Que la ternura, el cariño, la energía, la paciencia, o las habilidades domésticas no son patrimonio exclusivo de uno de los progenitores.
3. Que se debe atender primordialmente el interés del menor.
4. Que las figuras materna y paterna se deben equilibrar, compensar y complementar de manera adecuada.
5. Que ambos progenitores tienen la capacidad para cuidar adecuadamente a los menores.

Es rescatable el contenido de la sentencia por los argumentos que brinda, en ese marco, hace énfasis no sólo en cuestiones jurídicas, sino que aborda el aspecto emocional, sin duda, importante al momento de ejercer la custodia.

No obstante, esta resolución no menciona el lugar donde se debe ejercer la alternancia de la custodia compartida, con relación al reparto de

³⁶⁷ *Actualidad Civil*, núm. 20, 15 al 21 de mayo de 2000, Tomo 2, Edit. La Ley, Madrid, 2000, pp. 950-952.

tiempo el Tribunal adopta una postura equitativa al establecer su ejercicio de forma alternada por meses.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias (Sección 4ª), de 15 de junio de 2000³⁶⁸, resuelve modificar la asignación de la custodia compartida establecida en Primera Instancia, para atribuirla a favor de la madre.

Al respecto, señalar que se decidió la guarda alternada en contra de la posición de los padres, en mérito al informe psicosocial, estableciendo que debían ser los menores de 17 y 13 años quienes elijan de manera libre, cuando y con cuál de los progenitores convivir, considerando que el padre radica en Italia. A criterio del Tribunal *ad quem* si bien en el plano teórico parece factible y positiva la aplicación de la custodia compartida en la práctica no es conveniente por el conflicto que genera en las relaciones entre los cónyuges.

Sin duda, esta resolución hace bien en modificar el régimen de custodia compartida en función al análisis del caso, toda vez que los menores a pesar de su edad no pueden manejarse libremente, por lo que necesitan un control formal por parte de ambos o en este caso de uno de los progenitores. Asimismo, el fallo de Primera Instancia no establecía la modalidad de ejercicio dejando a criterio de los adolescentes su libre implementación con la agravante de que el padre radica en otro país, si bien este aspecto no debe ser óbice para aplicar la guarda alternada, es conveniente establecer una modalidad que beneficie tanto a los menores como a los progenitores.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Girona, de 25 de febrero de 2001³⁶⁹, dictamina la custodia compartida de la menor, revocando así, la resolución del Juez *a quo*, que había otorgado a la

³⁶⁸ Sentencia citada por: www.print.wke.es/wkeonline/Controller.do, fecha de consulta, 23 de noviembre de 2005, (rec. 456/1999, LA LEY JURIS 202129/2000).

³⁶⁹ Aranzadi, *Sentencias de Tribunales Superiores de Justicia, Audiencias Provinciales y otros Tribunales*, Tomo VI, Volumen IV, (Primera Edición), Edit. Aranzadi, Pamplona, 2001, pp. 81-82.

madre la custodia de la hija de 10 años. Reestableciendo de esta manera la guarda compartida que habían estipulado los progenitores de mutuo acuerdo en el proceso de separación. La Audiencia Provincial establece el régimen de alternancia de una semana con cada progenitor, sobre base de las siguientes consideraciones:

- Que la menor asume la guarda compartida sin problemas.
- Que la custodia compartida ha sido avalada por especialistas.
- Que los progenitores tienen su domicilio en la misma localidad.
- Que los domicilios se encuentran situados cerca el uno del otro.
- Que la menor tiene su propia habitación en ambos domicilios.
- Que los progenitores se encuentran aptos para ejercer la custodia compartida.

Es rescatable el contenido de esta sentencia, por cuanto son los progenitores quienes en primer término han previsto la aplicación de esta modalidad de custodia. Asimismo, ésta se encuentra avalada por los especialistas, además, que la menor asume de manera positiva esta modalidad de custodia, sumado a ello, se puede observar que existen las condiciones materiales adecuadas para su aplicación.

Igualmente, según el lugar donde se ejerza la alternancia, se implementa la guarda y custodia compartida a tiempo parcial con cambio de residencia para la menor, y el reparto de tiempo se ejerce de forma alternada por semana, lo cual denota que la misma se ejercerá de forma equitativa.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 22ª, rollo 1067/98), de 25 de octubre de 2002³⁷⁰, confirma el establecimiento de la custodia compartida por periodos de tres meses, con un régimen de visitas de fines de semana alternos y con un día entre semana a favor del progenitor que no ostenta la guarda en ese momento. En lo que se refiere a la vivienda la sentencia no contempla ninguna disposición. Finalmente, en lo que concierne a las pensiones alimenticias, se determina que cada progenitor a su turno correrá con los gastos de los hijos por lo que no se determina un monto determinado.

Al respecto, debemos señalar que la resolución únicamente se limita a disponer el establecimiento de la custodia compartida por trimestres con un régimen amplio de visitas sin hacer mención al tema de la asignación y uso de la vivienda, aspecto que consideramos no se soluciona ignorando su tratamiento. En cuanto al establecimiento de una pensión alimenticia, a nuestro juicio, si bien se dispone un gasto prorrateado, hubiera sido conveniente establecer la misma de acuerdo a la posición económica de cada progenitor, con el objetivo de satisfacer los gastos ordinarios u extraordinarios que se pueden presentar durante la formación y desarrollo del menor.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias (Sección 7ª), de 2 de abril de 2003³⁷¹, resuelve mantener la custodia compartida establecida por los progenitores en interés del menor. Siendo en primer término por días alternos, con asignación de las vacaciones de la siguiente manera; los años pares, el primer periodo con el padre y el segundo con la madre, y los años impares, el primer periodo con la progenitora y el segundo con el progenitor, todo ello, en virtud al informe psicosocial que recomienda mantener el ejercicio de la guarda alterna, y a la exploración de los menores de trece y quince años, quienes expresaron su deseo de permanecer en la situación actual.

³⁷⁰ JUR 2003\29800, ponente: Ilmo. Sr. D. José Angel Chamorro Valdés.

³⁷¹ *Actualidad Civil*, núm. 3, febrero de 2004, Edit. La Ley, Madrid, 2004, op. cit. p. 273.

De conformidad a este fallo no se menciona el lugar donde se debe ejercer la alternancia de la guarda y custodia compartida.

Por otro lado, es rescatable que los progenitores hayan contemplado en primer lugar vía convenio regulador la custodia compartida. Asimismo, se presume que son los menores quienes deben cambiar de domicilio periódicamente. De igual manera, hace bien el Tribunal en hacer receptivo el informe psicosocial y la audiencia de exploración de los menores por cuanto, al ser mayores de doce años, implica que pueden expresar sus deseos de manera libre y espontánea.

La Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Sabadell, de 4 de julio de 2003³⁷², resuelve la homologación y aprobación de un convenio regulador que contempla la aplicación de la custodia compartida sobre un menor de seis años de edad.

El acuerdo establece que la estructura familiar cuenta con tres hijos, de los cuales dos son mayores de edad, sobre ellos se determina una guarda monoparental, uno con cada progenitor, asimismo, se decide mantener la modalidad de custodia compartida semanal sobre el menor de seis años, régimen adoptado desde que éste tenía dos años con una repartición equitativa de los periodos vacacionales, sin que se haya podido percibir ningún problema durante su ejercicio. Se prescinde de las pensiones alimenticias, siendo que ambos progenitores asumirán los gastos durante la estancia del menor bajo su custodia. Finalmente, con referencia al domicilio familiar, en consideración a que ambos abandonaron el mismo y toda vez que en la actualidad cada progenitor a su turno cuenta con uno no se establece ninguna medida.

Se debe resaltar el hecho de que la custodia compartida fue resultado del acuerdo de ambos progenitores y que ésta se encuentra vigente durante un periodo de cuatro años, sin que se pudiera percibir

³⁷²<http://galizart.fiestras.com/servlet/ContentServer?pagename=R&c=Articulo&cid=1092735423790&pubid=988617426871>, fecha de consulta, 22 de febrero de 2006, Magistrado-Juez: Jorge I. Bartolomé Moriano.

ningún contratiempo. Es destacable también el hecho de que se haya prescindido de una pensión alimenticia, comprometiéndose ambos progenitores a su turno a asumir los gastos que conlleva la custodia del menor.

Sobre la modalidad de custodia compartida a implementarse según el reparto de tiempo, los progenitores adoptan una alternancia semanal, a su vez que establecen que para el ejercicio de esta modalidad sea el menor quien deba cambiar de domicilio. Situación lógica si de los antecedentes del caso se establece que no existe un domicilio familiar.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid núm. 153 (Sección 22ª), de 22 febrero de 2005³⁷³, resuelve establecer la custodia compartida de conformidad al acuerdo realizado por los padres, al deseo del menor de 14 años y a la existencia de un informe psicológico favorable, a razón de 15 días con cada progenitor, con los fines de semana incluidos. Asimismo, los períodos vacacionales salvo acuerdo de las partes, serán repartidos equitativamente correspondiendo al padre los años pares y a la madre los impares. Con relación a los gastos de alimentos, cada uno de los progenitores asumirá los que se deriven de la manutención diaria durante los períodos de alternancia de la convivencia, con referencia a los gastos escolares y los gastos extraordinarios éstos serán prorrateados.

Dicha resolución, demuestra que durante la sustanciación de un proceso judicial las partes pueden consensuar sobre la aplicación del régimen compartido, resaltar también que se toma en cuenta el deseo del menor y que existe un informe que avala la aplicación de dicho sistema. En lo que respecta a la modalidad de custodia compartida, lo negativo de esta sentencia radica en que no se establece si debe ser el menor quien cambie de domicilio o los progenitores a su turno para ejercer la custodia. Por otro lado, si bien es conveniente que los padres asuman los gastos inherentes a la autoridad parental de forma prorrateada, hubiera sido

³⁷³ JUR 2005\222004, ponente: Ilma. Sra. Dª. Carmen Neira Vázquez.

aconsejable que se tome en cuenta la situación económica de ambos para determinar en función a sus ingresos la contribución que cada uno debe realizar, de igual manera, no se hace mención al uso y atribución de la vivienda.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia núm. 144 (Sección 10ª), de 1 marzo de 2005³⁷⁴, decide confirmar la patria potestad compartida de los hijos menores del matrimonio, y la aplicación del régimen de custodia compartida del hijo de 16 años con un régimen de visitas flexible, en cambio, se atribuye a la madre la custodia de la hija de 7 años. En lo que se refiere a la asignación de la pensión alimenticia se fija la suma de doscientos euros para la hija menor y cien euros para el hijo mayor.

De esta resolución se debe resaltar el hecho de que en un mismo proceso se haya decidido optar, por una parte, por la custodia compartida en favor del hijo de 16 años, y por otra, por la custodia unilateral en favor de la hija de 7 años, presentándose una situación *sui generis*, por cuanto, los hermanos no permanecen unidos durante el tiempo que dure la alternancia. De igual forma, llama la atención el hecho de que se fije una pensión alimenticia para el hijo sobre el cual rige la custodia compartida, presumimos que se opta por esta alternativa en función a los ingresos de ambos progenitores, asimismo, en lo que se refiere a la patria potestad se determina el régimen compartido sin hacer mención expresa a la titularidad y ejercicio, tampoco se hace mención a la modalidad de custodia compartida a implementarse.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 22ª nº 85/2005), de 15 de marzo de 2005³⁷⁵, confirma el establecimiento de la custodia compartida implementada mediante convenio regulador por días y fines de semana alternos sobre los hijos menores, al no existir prueba que demuestre lo contrario.

³⁷⁴ JUR 2005\131686, ponente: Ilmo. Sr. D. José Enrique de Motta García-España.

³⁷⁵ JUR 2005/107947.

Esta sentencia, demuestra que la aplicación de la guarda alterna mediante convenio regulador no ha sido contraproducente para los menores, por ello, confirma la resolución que acuerda y homologa su implementación. Por otro lado, se debe hacer mención a que el acuerdo no establece si debe ser el menor quien cambie de domicilio o los progenitores a su turno para ejercer la custodia.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén núm. 106 (Sección 1ª), de 9 de mayo de 2005³⁷⁶, revoca la custodia de los hijos concedida al padre, y en su lugar se dispone la atribución de la guarda y custodia compartida de los 4 menores, debiendo permanecer éstos con la madre los lunes, martes y miércoles desde las 16.00 p. m. hasta las 22.00 p. m.; y los jueves a partir de las 16.00 p. m. hasta las 12.00 a. m. del domingo, debiendo permanecer el resto del tiempo con el padre. En cuanto a las vacaciones de Navidad, Semana Santa y verano se distribuye de forma proporcional con cada progenitor. Con referencia a la pensión alimenticia se fija para cada uno de los cuatro hijos de la pareja, la cantidad de 125 euros mensuales a cargo del padre. Y, en lo que respecta a la patria potestad se dispone la aplicación del sistema de ejercicio conjunto.

Esta resolución destaca por cuanto, se modifica la custodia unilateral de los menores por el régimen compartido, tomando como referencia la voluntad de los menores así como el informe de las trabajadoras sociales, además que de hecho estaba vigente el sistema compartido de custodia a pesar de la sentencia del Juez *a quo*, que estipulaba un régimen unilateral.

En cuanto a la modalidad de custodia compartida existe una distribución de tiempo *sui generis*, pues, los menores todos los días se encuentran tanto con el padre como con la madre, es por ello que la resolución establece únicamente la división proporcional del periodo de vacaciones, sin que exista un régimen de visitas durante el curso escolar.

³⁷⁶ LA LEY 103447/2005, ponente: Ilma. Sra. D^a. Pérez Espino, María Esperanza.

En lo que se refiere al ejercicio de la patria potestad de forma acertada la sentencia señala que debe permanecer de forma compartida. Por último, en lo que concierne a la pensión alimenticia de los hijos se fija una suma al padre considerando que tiene un ingreso mayor al de la madre, por lo que no procede un reparto prorrateado.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia núm. 485 (Sección 10ª), de 22 julio de 2005³⁷⁷, confirma la guarda y custodia compartida de los dos hijos menores de edad (5 y 6 años), por meses alternos, en cuanto a la patria potestad se mantiene el sistema compartido con un amplio régimen de visitas, asimismo, se dispone que cada uno de los cónyuges debe sufragar los gastos y necesidades de los menores mientras se encuentren a su cargo, en lo que se refiere a los gastos extraordinarios éstos también serán sufragados proporcionalmente por ambos.

Entre los fundamentos jurídicos de esta resolución se evidencia que prevalece el principio del favor *fili*, en ese sentido, se ha tomado en cuenta, el requerimiento favorable del Fiscal, así como también el informe positivo del equipo psicosocial, que entre sus partes más importantes sostiene que ambos progenitores tienen una formación similar y adecuada, que viven cerca el uno del otro, y que se encuentran capacitados para ejercer la custodia.

Si bien el contenido de esta sentencia se fundamenta en hacer prevalecer el interés del menor, teniendo como respaldo tanto el informe positivo del equipo psicosocial como el requerimiento favorable del Ministerio Público, no hace referencia a la modalidad de ejercicio de la custodia compartida, tampoco se indica si debe ser el menor o los progenitores quienes tengan que cambiar de domicilio periódicamente. Por su parte, en lo que respecta la patria potestad se mantiene el sistema compartido, presumiéndose que dicha resolución aborda la titularidad y ejercicio de la autoridad parental, por último, en cuanto a los gastos ordinarios y extraordinarios hubiera sido correcto tomar en cuenta los

³⁷⁷ JUR 2005\198875, ponente: Ilmo. Sr. D. Carlos Esparza Olcina.

ingresos y egresos de cada cónyuge.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba núm. 103 (Sección 2ª), de 24 abril de 2006³⁷⁸, confirma el régimen compartido de custodia de la hija menor de edad por periodos escolares, de septiembre a agosto de cada año.

Esta resolución esta motivada en satisfacer el principio del beneficio del menor en detrimento de los intereses de los padres, cuyas vidas seguirán caminos distintos. Asimismo, hace referencia a las condiciones que deben existir para que la custodia compartida tenga éxito, destacando entre otros: el bajo nivel de conflicto entre los progenitores, buena comunicación y cooperación entre ellos, residencias cercanas o geográficamente compatibles, rasgos de personalidad y carácter del hijo y los padres compatibles, edad del menor que permita su adaptación, cumplimiento por los progenitores de las obligaciones económicas, respeto mutuo entre los padres, existencia de un vínculo afectivo del menor con ambos progenitores y que acepten este tipo de custodia.

Si bien debe prevalecer el interés del menor, para la efectiva aplicación del sistema compartido de custodia es aconsejable que los progenitores se encuentren predispuestos a la ejecución de dicho régimen, por cuanto el periodo de alternancia es anual.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias núm. 219 (Sección 5ª), de 13 Junio de 2006³⁷⁹, confirma el establecimiento de la custodia compartida por periodos de tres meses, en virtud al deseo de las menores y al informe favorable por parte del equipo psicoasistencial, con un régimen de visitas del progenitor no custodio los fines de semana alternos y los miércoles entre semana, así como la mitad de las vacaciones escolares de Navidad, Semana Santa y verano. En lo que se refiere a las pensiones, cada padre asume los gastos durante el tiempo que las menores se encuentren bajo su custodia.

³⁷⁸ LA LEY 100628/2006, ponente: Ilmo. Sr. D. Caballero Gea, José Alfredo.

³⁷⁹ LA LEY 72441/2006, ponente: Ilmo. Sr. D. Álvarez Seijo, José María.

Se confirma la sentencia del Juez *a quo* recordando el derecho que tiene todo progenitor a mantener los lazos de unión con sus descendientes, lo que les exige coadyuvar en todo lo posible a su formación integral en función a la satisfacción del interés del menor.

Esta resolución se fundamenta en los deseos de las menores y en el informe del equipo asistencial, por ello, el Tribunal decide la confirmación del régimen compartido considerando que de esta manera se satisface el interés del menor, pero si bien señala una modalidad de alternancia trimestral, en cuanto al lugar de ejercicio no indica si deben ser los menores o los progenitores quienes tengan que cambiar de domicilio.

En lo que respecta a las pensiones, la resolución no hace mención a los gastos extraordinarios, por lo que se presume que éstos deben ser asumidos por ambos progenitores de manera prorrateada.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia núm. 471 (Sección 10ª), de 12 septiembre de 2006³⁸⁰, establece la custodia compartida de los tres menores puesto que de esta manera se satisface el *bonus filii*. En cuanto a las pensiones alimenticias, no se fija un monto determinado, pero con relación a los gastos extraordinarios se decide que ambas partes deben erogar el 50%.

Esta sentencia se fundamenta en el requerimiento favorable del Ministerio Fiscal, así como también, en base al informe pericial de profesionales imparciales, y expertos en la materia que recomiendan la aplicación de la custodia compartida, dejando de lado el acuerdo de los progenitores en el convenio de ruptura que establecieron una custodia exclusiva, por considerar que entonces el interés de éstos pasaba por establecer dicha modalidad de custodia.

Sin duda, nos encontramos ante una resolución judicial que contempla la aplicación de la custodia compartida de oficio, pero si bien existe un requerimiento favorable por parte del Fiscal, así como un

³⁸⁰ LA LEY 196983/2006, ponente: Ilma. Sra. Dª Manzana Laguarda, María Pilar.

informe de los especialistas que avala la implementación de dicho régimen, llama la atención el hecho de que no haya petición de ninguna de las partes para que se instituya el sistema compartido, pues, se constituye en requisito imprescindible de conformidad al inciso 8 del artículo 92 del CC, limitándose el Tribunal a fundamentar su fallo en que dicho régimen satisface el beneficio del menor.

En lo que respecta a las pensiones alimenticias al no fijarse un monto determinado, se presume que cada progenitor asumirá los gastos ordinarios, durante el tiempo que se extienda la alternancia en el cuidado de los menores.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife núm. 303, de 27 de septiembre de 2006³⁸¹, confirma la aplicación del régimen compartido semanal, que en su momento se acordó en el convenio regulador y que fue aprobado en el proceso de separación, para ello se ha tenido en cuenta las condiciones y circunstancias psicológicas y sociales de las partes y de la menor, no obstante, se modifica el régimen de visitas que deberá llevarse a cabo una vez por semana.

En el presente caso y para disipar cualquier tipo de dudas sobre el régimen compartido, el Tribunal *ad quem* acordó, en virtud del art. 752 de la LEC, la emisión de un dictamen psicosocial de la menor, que concluye en que lo más aconsejable para la menor es el mantenimiento de la custodia compartida.

En esta resolución prevalece el convenio regulador estipulado por ambos progenitores, a pesar de que la madre incoa el recurso de apelación, por otra parte, resulta atinada la decisión del Tribunal *ad quem* en sentido de reforzar su determinación con un informe psicosocial que avale la factibilidad del sistema compartido de custodia en interés del menor.

³⁸¹ LA LEY 153634/2006, ponente: Ilmo. Sr. D. Moscoso Torres, Pablo José.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón núm. 154 (Sección 2ª), de 23 de octubre de 2006³⁸², confirma la guarda alternada y la patria potestad compartida del menor de dos años de edad a ambos progenitores en base a los siguientes fundamentos:

- Que pese a existir una denuncia por malos tratos interpuesta por la madre, se considero que no atentaba contra la vida, ni la integridad física, moral y sexual de la madre ni del menor, puesto que, ambos progenitores reconocieron la existencia de una relación amistosa. Además que una vez iniciado el proceso de separación, continuaron viviendo bajo el mismo techo sin ningún tipo de inconvenientes.
- Que existe petición expresa del padre. Por su parte, el Ministerio Público requiere por la adopción de una modalidad compartida de custodia, de igual forma, existen informes de especialistas que avalan la aplicación de dicho régimen.
- Que dada la edad del menor (dos años) no es imprescindible celebrar una audiencia para su exploración, puesto que los padres han reconocido el buen trato que ambos dispensan al menor, hecho que posibilitará el ejercicio corresponsable en la crianza del mismo.

En función a lo anterior se resuelve la aplicación de la custodia compartida de la siguiente forma.

- Hasta el inicio del curso escolar de Primero de Primaria del menor (es decir, cuando tenga seis años) la modalidad de custodia será semanal, con un régimen de

³⁸²<http://galizart.fiestras.com/servlet/ContentServer?pagename=R&c=Secciones&cid=989254505267&pubid=988617426871&seclD=989254505267>, fecha de consulta, 15 de febrero de 2007. (Audiencia Provincial de Castellón, Sección segunda-civil, rollo núm. 219/05, Sentencia civil nº 154/06, Presidente: Ilmo. D. José Luis Antón Blanco).

visitas de un día entre semana. A partir de esa fecha, la custodia se desarrollará por periodos de cinco meses, con un régimen amplio de visitas a favor del progenitor que no ostente la custodia.

- Mientras la custodia sea semanal será el menor quien cambie de domicilio semanalmente, a partir del ejercicio de la guarda por intervalos de cinco meses, serán los progenitores quienes se muden periódicamente al domicilio familiar.
- La progenitora hará uso del domicilio en vista de que el progenitor vive en un departamento que pertenece a los padres de éste. Asimismo, el esposo debe pagar la hipoteca del bien inmueble, del que recuperará su dominio cuando el menor cumpla 18 años de edad.
- En cuanto a los gastos ordinarios éstos serán abonados por ambos progenitores durante el tiempo que permanezcan con el menor, de igual manera, los demás gastos que genere el hijo serán sufragados a partes iguales.

Merece especial comentario esta resolución, por cuanto el Juez pese a existir una denuncia de malos tratos en contra del marido, establece la aplicación de la custodia compartida, entendemos porque presumió la inocencia del acusado, o en su defecto supuso que los malos tratos supuestamente eran inferidos a la madre y no al menor, al mismo tiempo que calificó como leves las supuestas infracciones del padre, además que los mismos cónyuges declararon durante el desarrollo del proceso que la relación por parte de ambos hacia el menor era cordial y amistosa³⁸³.

³⁸³ Este proceso tiene la particularidad de haberse iniciado antes de la entrada en vigor de la Ley 15/2005, de 8 de julio, y haberse resuelto una vez vigente dicha norma, en ese sentido, de conformidad al inciso 7 del artículo 92 del CC, si la causa se hubiera tramitado en su integridad después de la reforma, habría sido más complicado para el Juez aplicar la custodia compartida al existir un denuncia por malos tratos por parte de

En cuanto a la modalidad de custodia compartida a implementarse según el reparto de tiempo, el Juez consideró ideal un régimen mixto precautelando el desarrollo del menor, adoptando un régimen semanal hasta que el menor cumpla 6 años de edad y de ahí en adelante por periodos de cinco meses. Sin duda, dicha resolución prevé no sólo el presente del menor sino también el futuro del mismo. De igual forma, en lo que respecta al ejercicio de la alternancia, en principio se dispone que debe ser el menor quien cambie de domicilio, para luego a partir de los seis años establecer que sean los padres quienes tengan que mudarse a su turno al domicilio familiar para ejercer la custodia alterna.

Sobre el tema *a priori* resulta difícil presagiar si la resolución objeto de comentario tendrá éxito o será incumplida por parte de los sujetos procesales. Especialmente, en lo que se refiere a la modalidad de ejercicio de la alternancia en la custodia del menor por parte de los padres a partir de los seis años, pues, tan pronto como el hijo cumpla dicha edad, la progenitora se verá obligada a contar con otro domicilio para hacer efectivo el régimen establecido, a diferencia del progenitor, quien cuenta con un domicilio para que tenga lugar la alternancia del menor.

En lo que se concierne al uso de la vivienda familiar si bien se establece que la madre debe hacer uso del domicilio familiar, ésta tiene que pensar en una alternativa en cuanto a su necesidad habitativa, por cuanto, el padre ejercerá su derecho como propietario cuando el menor acceda a la mayoría de edad. Esta medida demuestra que se satisface la necesidad habitacional de la progenitora de forma temporal, siendo que debe cubrir dicha carencia en un futuro.

Con referencia a los gastos ordinarios acertadamente se dispone que sean asumidos por cada progenitor durante el tiempo que permanezcan con el menor, sin embargo, la resolución en lugar de utilizar el término “gastos extraordinarios”, utiliza de manera genérica la expresión “demás gastos”.

Exceptuando las dificultades anotadas, se puede evidenciar que el

uno de los cónyuges en contra del otro.

contenido de la sentencia contempla diversos criterios imprescindibles a la hora de determinar una guarda alternada.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias núm. 406 (Sección 5ª), de 29 noviembre de 2006³⁸⁴, confirma el ejercicio conjunto de la patria potestad, así como el régimen de custodia compartida de la menor, atendiendo al principio del interés del menor, a la postura favorable del Ministerio Público y a la valoración positiva del informe psicosocial.

Con relación a la modalidad de custodia compartida ésta tendrá lugar una vez que el padre se encuentre en una situación de prejubilación, hasta tanto no ocurra ello, se establece un régimen de visitas rotatorio de acuerdo al horario de trabajo del progenitor. Asimismo, una vez que el padre se prejuble la custodia compartida de la hija se ejercerá de manera mensual, con un sistema semanal de visitas por parte del progenitor no custodio.

En cuanto a las vacaciones de Navidad, Semana Santa y verano cada progenitor tendrá al menor en su compañía la mitad de las vacaciones, en lo que se refiere a las pensiones alimenticias hasta que el progenitor mantenga una situación laboral activa deberá abonar la suma de cuatrocientos euros mensualmente, una vez que el padre pase a la prejubilación y sea efectivo el régimen de guarda compartida, abonará dicha pensión únicamente los meses en que la menor esté con su madre.

En lo que respecta a los gastos extraordinarios se fija la obligación de ambos progenitores de contribuir al 50% previa justificación documental. Con referencia al domicilio familiar se atribuye el mismo en favor de la madre.

Esta resolución llama la atención por lo siguiente, por un lado, se establece un sistema de custodia unilateral a cargo de la progenitora, y por otro, se implementa un régimen compartido de custodia mensual una vez que el progenitor se prejuble. Sin duda, el Tribunal del análisis del

³⁸⁴ LA LEY 175043/2006, ponente: Ilma. Sra. D^a. Pueyo Mateo, María José.

caso se inclina por esta variante, considerando que es la mejor forma de satisfacer el beneficio de la menor. De igual forma, acertadamente se decide mantener el ejercicio de la patria potestad conjunta imperante durante la convivencia de la pareja.

En lo que se refiere a la pensión alimenticia se fija una suma que debe ser honrada por parte del progenitor en función a la situación laboral que éste mantiene, una vez que la custodia compartida se efectivice debe otorgar dicha pensión sólo los meses que la menor no se encuentre bajo su custodia, aspecto que consideramos una medida atinada por parte del Tribunal.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona núm. 102 (Sección 18ª), de 20 febrero de 2007³⁸⁵, establece la patria potestad y la custodia compartida de los hijos.

Entre los fundamentos de derecho se tiene que destacar, por una parte, que se ha tomado en cuenta la voluntad expresa del hijo mayor, y por otra, que se resolvió la modalidad de custodia compartida con traslado de los menores por días, en función a la corta edad de la hija, apartándose así, del requerimiento fiscal que si bien en interés del menor se encontraba a favor del sistema compartido de custodia proponía que ésta sea por semanas. En cuanto a los gastos ordinarios y extraordinarios durante el desarrollo del proceso se ha evidenciado que la madre tiene mayores ingresos, pero se ha demostrado también que ésta tiene mayores gastos, por lo que, se decide que éstos sean prorrateados entre ambos progenitores.

Esta resolución revoca la custodia unilateral dispuesta por el Juez *a quo* y decide aplicar la custodia compartida en función a la voluntad expresa de uno de los hijos, y a requerimiento del Fiscal. En lo que concierne a las pensiones alimenticias, de manera acertada se toma en cuenta no sólo los ingresos sino también los gastos de cada progenitor para determinar que ambos deben asumir dicha responsabilidad de forma proporcionada, pero en cuanto se refiere a la patria potestad si bien

³⁸⁵ JUR 2007\101427, ponente: Ilmo. Sr. D. Enrique Anglada Fors, op. cit.

manifiesta que ésta debe ser compartida no se diferencia la titularidad del ejercicio de la autoridad parental, presumiendo por nuestra parte, que la sentencia se refiere a ambos aspectos.

La Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 28 de Madrid, de 19 de julio de 2007³⁸⁶, ha resuelto establecer el ejercicio compartido de la patria potestad y la aplicación de la custodia compartida de las hijas menores de 11 y 9 años de forma semanal con un amplio régimen de visitas.

Entre los fundamentos jurídicos, esta resolución manifiesta que con la implementación de la modalidad compartida de custodia se garantiza a las hijas la posibilidad de disfrutar la presencia de ambos progenitores en su vida personal, asimismo, este régimen de custodia permitirá a los padres ejercer sus derechos y deberes inherentes a la responsabilidad parental y de participar en igual de condiciones en la formación y desarrollo de sus hijas. De igual manera, si bien advierte sobre los inconvenientes que se pueden presentar en la aplicación de este sistema, como son la adaptación a nuevos núcleos familiares, la posible inestabilidad de los menores por los cambios de domicilio, o la falta de comunicación entre progenitores, su resolución se fundamenta en el requerimiento del representante del Ministerio Público y en el informe psicosocial.

En cuanto a las vacaciones de Navidad, Semana Santa y verano el régimen de comunicación será el que de forma libre y de común acuerdo convengan los progenitores y en su defecto las hijas pasaran la mitad de los períodos vacacionales con cada uno de los padres, con relación a los gastos ordinarios y extraordinarios cada progenitor deberá depositar mensualmente en una cuenta mancomunada la suma de trescientos cincuenta euros, por último, en lo que se refiere al uso de la vivienda familiar se dispone la atribución anual a cada uno de los padres, habida cuenta de que ambos trabajan y tienen un nivel de vida aceptable.

Esta resolución tiene un contenido *sui generis* por los siguientes

³⁸⁶ JUR 2007\276116, ponente: Ilma. Sra. D^a. Emilia Marta Sánchez Alonso, op. cit

motivos, en primer lugar, no existe petición expresa de ninguna de las partes para la aplicación de la custodia compartida, presumimos -aunque no lo dice expresamente la sentencia- que se opta por esta alternativa en interés del menor, en ese marco, la Jueza fundamenta su resolución en el requerimiento del Fiscal y en el informe técnico. Sobre la modalidad custodia compartida se contempla un régimen semanal, en cuanto al ejercicio de la patria potestad se mantiene el sistema compartido. Asimismo, con referencia al uso de la vivienda familiar se dispone su uso anual a favor de cada progenitor, ésto significa que los progenitores cada uno a su turno tendrán que cambiar periódicamente de domicilio.

En lo que refiere a los gastos ordinarios y extraordinarios, de manera acertada se dispone un monto equitativo, que debe ser erogado por los progenitores teniendo en cuenta su situación económica.

No obstante, la Jueza es consciente de que la implementación de la custodia compartida en este supuesto puede tener ciertos contratiempos relacionados con el periódico cambio de domicilio por parte del menor y por la falta de comunicación entre los progenitores.

En resumen, los fallos citados demuestran que la custodia compartida es una figura jurídica que puede ser aplicable para sobrellevar las crisis familiares, atendiendo siempre al interés supremo a tener en cuenta, que se traduce en el beneficio del menor. Sin embargo, es conveniente que tanto las sentencias como los convenios reguladores contemplen una relación detallada y sistemática sobre la modalidad de custodia compartida según el lugar donde se ejerza la alternancia, según se ejerza la patria potestad, y según el reparto de tiempo.

Por otra parte, se ha podido evidenciar que en la implementación de la custodia compartida no existe un criterio uniforme en cuanto a la asignación de las pensiones alimenticias, así como sobre el uso la vivienda familiar, a nuestro parecer, la diversidad de posturas de las Autoridades Judiciales se debe a que el legislador no ha contemplado estos aspectos en la reforma de 2005.

CAPÍTULO IV. EL INTERÉS DEL MENOR

1. DE LA PROTECCIÓN DEL MENOR AL INTERÉS DEL MENOR EN LA LEGISLACIÓN

A manera de breve introducción antes de afrontar el tema del “interés del menor” como criterio de atribución de la custodia de los hijos en función a la guarda compartida, debemos analizar su ámbito de aplicación en la legislación.

Es necesario aquí precisar ante todo en qué consisten los derechos del menor. Se define como la disciplina jurídica que comprende el conjunto de Derechos Fundamentales que tiene por objetivo principal la protección integral de todas las personas comprendidas desde que nacen hasta que cumplan dieciocho años como sujetos titulares de esos derechos con sus correspondientes deberes y obligaciones³⁸⁷.

Es decir, del concepto se desprende que el menor es considerado como sujeto autónomo y que la protección y ejercicio de sus derechos se encuentran relacionados íntimamente con los Derechos Fundamentales de la persona en general.

En ese sentido, se debe señalar que el ámbito de estudio de la protección integral contiene un aspecto netamente tuitivo, enfocado con preponderancia en satisfacer los intereses del menor³⁸⁸.

Dicha protección integral comprende una orientación tuitiva en función a que el menor se encuentra en periodo de formación y desarrollo.

³⁸⁷ Véase PACHECO DE KOLLE, S., *Derechos de la Niñez y Adolescencia...* op. cit., p. 19; VILLAZÓN, D. M., *Familia, Niñez y Sucesiones, curso sintético*, op. cit., p. 19.

³⁸⁸ Sobre el tema D' ANTONIO, D. H., *Derecho de Menores*, op. cit., p. 5, afirma que: “La particularidad del sujeto de esta disciplina, ser no plenamente desarrollado en sus aspectos biológico, psíquico y –por consecuencia- tampoco en lo social, hace que el derecho de menores se impregne de una orientación tuitiva que se muestra presente en todo momento y que se convierte, a la vez, en principio interpretativo. Queda consagrado así el criterio aplicable cuando hay duda en la dilucidación del sentido normativo, debiendo estarse a lo que sea más favorable o beneficioso para el menor de edad”.

Con referencia a ello, la profesora Torrelles³⁸⁹ nos brinda una orientación más genérica que implica al Estado como el encargado de procurar la satisfacción de la formación integral del menor y las esferas que ésta debe contener, así pues, señala que:

“La formación integral es la actividad que favorece el desarrollo intelectual, afectivo, social o moral del menor y al que deben contribuir... los poderes públicos... La educación y la formación integral del menor forma parte del estatuto jurídico del menor, de sus potestades, de las que el menor es el único destinatario”.

Así, en el proceso de formación integral del menor participan el Estado a través de los poderes públicos como responsable, los progenitores como intermediadores y el menor como sujeto beneficiario.

Ahora bien, la protección jurídica es un término utilizado asiduamente durante el desarrollo del presente trabajo, pero cabe preguntarse ¿En qué consiste dicha protección?

Al respecto, somos partidarios de adoptar el siguiente concepto: La protección jurídica consiste en el conjunto de leyes y procedimientos que tienen como finalidad la defensa de los niños y adolescentes en un marco de equidad, ya sea cuando éstos solicitan la reparación de sus derechos lesionados como también en el supuesto de ser presuntos infractores de una determinada acción en contra de la Ley³⁹⁰.

De este modo, creemos que la protección jurídica se constituye en el instrumento que modera y precautela la formación integral del menor³⁹¹. Con la única salvedad de utilizar el término “menor”, en lugar de

³⁸⁹ TORRELLES TORREA, E., “La tutela del menor y la habilitación de edad en el Código de Familia”, en *Actualidad Civil*, núm. 34, 17 al 23 de septiembre de 2001, Tomo 4, Edit. La Ley, Madrid, 2001, p. 1222.

³⁹⁰ Véase VILLAZÓN, D. M., *Familia, Niñez y Sucesiones, curso sintético*, op. cit., p. 235.

³⁹¹ Al respecto, MARTÍN HERNÁNDEZ, J., *La intervención ante el maltrato infantil, una revisión del sistema de protección*, op. cit., p. 94, sostiene que: “El objetivo de la protección se entiende, dependiendo de la perspectiva que se adopte, como la defensa y

los citados términos “niños y adolescentes”, con el objetivo de promover una visión integral sobre la protección integral de aquellas personas comprendidas hasta los dieciocho años, bien sea a nivel administrativo o en sede judicial.

1.1. Antecedentes del término “interés del menor”

Es conveniente recordar aproximadamente desde cuando se comienza a utilizar el término “*interés del menor*”.

Hay quien afirma que esta expresión es utilizada periódicamente como principio jurídico general en el Derecho Privado de España y en el mundo occidental desde hace veinticinco o treinta años aproximadamente³⁹².

Es decir, es un término relativamente nuevo en el espectro jurídico, en función a ello, es que puede comprenderse la insatisfacción que existe respecto de su concreción, y que además ha llevado demasiado tiempo en ser regulado.

En esa consideración, hay que señalar que el término “interés del

protección individual del niño frente a las agresiones externas (normalmente las que proceden de sus padres), o bien, como la capacitación de los adultos para que pueda asumir el cuidado de sus hijos. En cualquiera de los dos casos, las medidas que se utilizan para la consecución de estos objetivos no son necesariamente excluyentes; tanto las medidas de control como las de apoyo son instrumentos que pueden utilizarse de forma simultánea”.

³⁹² Siguiendo a RIVERO HERNÁNDEZ, F., *El interés del menor*, op. cit., p. 23. Sobre el tema, es conveniente mencionar que ya en la Declaración de los Derechos del Niño de 1959 (principios segundo y séptimo) se prevé que se debe preponderar la satisfacción del interés del menor. Asimismo, en el seno de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado, el interés del menor aparece expresamente mencionado en los siguientes Convenios: de 5 de octubre de 1961, sobre competencia de las autoridades y ley aplicable en materia de protección de menores (art. 4); de 15 de noviembre de 1965, sobre competencia de autoridades, ley aplicable y reconocimiento de decisiones en materia de adopción (art. 6); de 25 de octubre de 1980, sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores (Preámbulo), y de 29 de mayo de 1993, relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional (Preámbulo, arts. 1, 2, 16, 21, 24, etc.), todos ellos ratificados por España, a excepción del de 1965, sobre adopción”, Cfr. DURÁN AYAGO, A., *La protección internacional del menor desamparado: régimen jurídico*, op. cit., p. 90. De igual manera, en el Consejo de Europa se prevé expresamente la satisfacción del interés del menor en el Convenio Europeo sobre adopción de menores de 24 de abril de 1967 (art. 8), en el Convenio Europeo sobre repatriación de menores de 28 de mayo de 1970 y en el Convenio Europeo sobre el estatuto jurídico de los niños nacidos fuera del matrimonio de 15 de octubre de 1975 (art. 8).

menor” se utiliza desde dos formas diferentes: en un aspecto positivo, que busca el provecho del menor, y en un aspecto negativo, que procura evitarle daño al menor³⁹³.

Así, se deduce que en general se emplea esta expresión con la finalidad de proteger al menor en todas las actividades donde participe como sujeto activo o pasivo.

En ese sentido, el “interés del menor” adquiere especial relevancia a partir de la promulgación de la Convención sobre los derechos del Niño de 1989.

1.2. La Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989 (CDN)

El acontecimiento histórico de mayor relevancia en el siglo pasado relativo a la protección del menor es, sin duda, la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989³⁹⁴. Es el punto de partida de un nuevo ciclo en el enfoque a nivel internacional sobre la protección del menor y el ejercicio de sus derechos.

Una prueba de ello es que su contenido refleja una nueva perspectiva con relación al menor en el ámbito de las relaciones paterno-filiales. Los niños por ser descendientes de sus progenitores no pueden considerarse como propiedad de éstos, son seres humanos con

³⁹³ Vid. ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRRIAGA, L., “Reflexiones en relación con la guarda y custodia de los hijos...”, op. cit., p. 28. En ese mismo sentido, debemos destacar en la Jurisprudencia la STS de 12 de febrero de 1992 (RJ, 1992, p. 1271), y STS de 22 de mayo de 1993 (RJ 1993, p. 3977).

³⁹⁴ BOE núm. 313, de 31 de diciembre de 1990, (ratificada por España el día 30 de noviembre de 1990). Bolivia firma este documento el 8 de marzo de 1990, y lo ratifica el 14 de mayo del mismo año, mediante ley Nº 1152, y entra en vigencia el 2 de septiembre de 1990. Con relación a la CDN de 1989, ÁLVAREZ VÉLEZ, M^a. I., “La política de protección de menores en el ámbito internacional”, en RODRÍGUEZ TORRENTE, J., *El menor y la familia: conflictos e implicaciones*, Edit. UPCO, Madrid, 1998, p.105, señala que surge con el objetivo principal de subsanar el problema de la eficacia y utilidad jurídica de los instrumentos internacionales vigentes hasta esa fecha concernientes a la protección del menor. A nuestro criterio, no surge como complemento a esos Documentos, llámese Carta de los Derechos del Niño de 1924 y Declaración de los Derechos del Niño de 1959 puesto que la vinculación y obligatoriedad de los Estados hacia esos Documentos fue mínima.

necesidades propias y por lo tanto con derechos autónomos³⁹⁵.

Ésto no quiere decir que exista un conflicto de intereses con los adultos, sino que los niños son personas independientes y, por eso, son también titulares de derechos como establece el ordenamiento jurídico³⁹⁶.

Con la única peculiaridad de que el menor es representado por sus padres, desde su nacimiento hasta que alcance la mayoría de edad a los 18 años en lo que atañe a la defensa de sus derechos. Al menos, ésto siempre ocurre en el ámbito legal, específicamente en temas procesales, salvo contadas excepciones, como por ejemplo en el caso de tramitarse una adopción donde tiene una participación activa³⁹⁷.

Lo que implica que el menor si bien goza de capacidad jurídica tiene una autonomía limitada, al encontrarse su capacidad de obrar restringida, pues, sus actos siempre se encuentren supervisados y

³⁹⁵ DURÁN AYAGO, A., "La protección de menores en la era de la globalización: del conflicto de leyes a las técnicas de flexibilización", en CALVO CARAVACA, A. L. y BLANCO-MORALES LIMONES, P. (Coords.), *Globalización y Derecho*, Edit. Colex, Madrid, 2003, p. 217. Véase, también MALUQUER DE MOTES Y BERNET, C. J., "Medidas jurídicas de protección del menor en nuestro derecho", en VILLAGRASA ALCAIDE, C. (Coord.), *Explotación y protección jurídica de la infancia*, Edit. Cedecs, Barcelona, 1998, p.155.

³⁹⁶ Al respecto, ÁLVAREZ VELEZ, M^a. I., *La protección de los derechos del niño...* op. cit., p. 100, dice que: "Ciertamente la nueva Convención establece normas que abarcan el descuido y el abuso al que se enfrentan los niños, siendo, por ejemplo, innovador el reconocimiento de la protección al niño incluso frente a sus propios padres. No por ello, podemos considerar que los derechos de los niños se presentan en oposición o conflicto con los derechos de los adultos, sino como una parte integrante del derecho internacional en materia de derechos humanos". Por su parte, LÁZARO GONZÁLEZ, I., *Los menores en el Derecho Español-Práctica Jurídica*, op. cit., p. 77, afirma que: "(el interés del menor)...debe referirse necesariamente a la consideración del respecto máximo al libre desenvolvimiento, libre y total de la personalidad, entendiéndose como comprensible de todo aquello que le sea beneficioso para su desarrollo, ya sea físico, mental, educativo, cultural o ético, y quedando siempre en un segundo término, cualquier consideración de interés del padre y de la madre, tutor, curador o guardador de hecho". Véase también MALUQUER DE MOTES Y BERNET, C. J., "Medidas jurídicas de protección del menor en nuestro derecho", op. cit., p.155.

³⁹⁷ Sobre el tema, DECKER MORALES, J., *Código de Familia*, op. cit., p. 311, sostiene que: "La representación legal... tiene carácter necesario, porque sin ella los actos del menor no serían válidos. Este puede ser titular de un derecho sustancial (legitimation ad causam), pero no tiene capacidad para defenderlo (legitimation ad processum), en estos casos y otros que el hijo menor requiere de la representación de sus padres". De igual forma, ÁLVAREZ VÉLEZ, M^a. I., "La política de protección de menores en el ámbito internacional" op. cit., p.138, afirma que: "...mientras no se alcanza la mayoría de edad, la persona no tiene disponibilidad sobre sus derechos. El niño es titular, por ejemplo, del derecho a la enseñanza o del derecho a saber quienes son sus padres, pero carece de capacidad para su defensa, actuando por medio de aquellos que le representen, bien sean sus padres o sus tutores".

controlados por sus progenitores. En esa consideración, debemos señalar que la autonomía del menor es *sui generis*, es decir, tiene una libertad controlada lo que no acaba siendo una libertad total.

Ahora bien el problema radica en la dificultad de determinar el límite entre el ejercicio de control y la autonomía del menor. Este problema es un tema pendiente que debe ser resuelto, especialmente a nivel interno por parte de los Estados.

Al respecto, se debe procurar encontrar un equilibrio, por una parte, no se debe fomentar el ejercicio sin control de los derechos del menor, y por otro lado, su desarrollo no debe estar condicionado a la entera voluntad arbitraria de los padres.

Desde luego, no queremos desconocer que la Convención consagra un nuevo paradigma al convenir el derecho del niño a ser titular de su formación, formular sus opiniones y hacerlas valer en la adopción de decisiones referentes a su existencia y que en función a su progresivo desarrollo pueda formarse juicio³⁹⁸.

La consideración del menor como sujeto autónomo en la CDN no significa que se encuentre aislado de la sociedad y la familia, por lo que se debe enfocar al menor como principal destinatario de la Convención con relación a la estructura familiar de la cual forma parte, y respecto a la sociedad civil que le rodea.

Si bien la Convención reconoce plenamente el carácter único de la estructura familiar como entidad fundamental, ésta debe interactuar con la sociedad y entorno cultural del menor. En ese sentido, la familia; mediante progenitores e hijos, deben asumir sus responsabilidades con sus correspondientes derechos y deberes. Siendo el Estado, como ente tuitivo el que tiene que adoptar las medidas pertinentes para posibilitar que la familia permanezca unida en situaciones normales de convivencia, como también en casos de separación o divorcio precautelando el beneficio del menor, sin dejar de lado el respeto que deben tener los descendientes

³⁹⁸ PACHECO DE KOLLE, S., *Derechos de la Niñez y Adolescencia...* op. cit., p. 202.

con sus progenitores, claro esta dependiendo de la edad, porque no podemos concebir, por ejemplo de que forma un menor de uno o dos años puede ser irrespetuoso con sus padres³⁹⁹.

En ese marco, hacemos nuestra la postura doctrinal que sostiene que en virtud de la Convención sobre los Derechos del Niño, la familia debe asumir un rol protagónico en la atención y satisfacción de las necesidades de la infancia comprometiendo a los Estados a brindar el apoyo necesario para cumplir dicho cometido de manera que los menores permanezcan con sus progenitores, reservándose el derecho de actuar subsidiariamente en los supuestos en que la permanencia junto a la familia de los menores vaya contra su propio interés⁴⁰⁰.

Es decir, la unión de la estructura familiar se constituye en el nexo que utiliza el Estado para procurar la satisfacción del beneficio del menor, en los supuestos de crisis familiares, la unión de la familia debe prevalecer con respecto a los hijos, por lo que, si se rompe el vínculo conyugal no debe ocurrir lo mismo con la relación paterno-filial. Por otra parte, el Estado se reserva un rol subsidiario para su participación dependiendo del trato que haya entre progenitores e hijos, de evidenciarse que el interés del menor no se encuentra en el seno familiar, el Estado asume un rol protagónico mediante instituciones jurídicas como el acogimiento y la guarda por ejemplo, debiendo para ello facilitar los medios y la infraestructura en su caso para que dichas instituciones cumplan su finalidad.

En lo que concierne a los derechos del menor en la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, nos adherimos a la clasificación que comprende cinco categorías: civiles, políticos sociales, culturales y

³⁹⁹ Sobre el tema véase MOERMAN, J., "Identificación de algunos obstáculos a la aplicación de la Convención sobre los derechos del niño; en particular, ciertas objeciones sobre los derechos de los padres y el reconocimiento de las familias", en VERDUGO ALONSO, M. y SOLER-SALA, V. (Eds.), *La convención de los derechos del niño hacia el siglo XXI*, Edit. Universidad de Salamanca, 1996, p. 152.

⁴⁰⁰ Véase por todos GASSÓ PERALTA, R., "La pobreza y la explotación infantil en el mundo, marco general de análisis", en VILLAGRASA ALCAIDE, C. (Coord.), *Explotación y protección jurídica de la infancia*, Edit. Cedecs, Barcelona, 1998, p. 49.

económicos⁴⁰¹. Ésto significa que el contenido normativo tiene una visión integral sobre las distintas esferas de las cuales forma parte el menor durante su formación y desarrollo.

Con el objetivo de que se entienda mejor, para su correcta interpretación y consecuente aplicación de los derechos que abarcan la protección del menor, se tiene que afirmar que éstos se encuentran interrelacionados. Así pues, con relación al tema objeto de estudio cuando hablamos de la custodia –bien sea monoparental o bien compartida- y el interés del menor en situaciones de crisis matrimoniales o de uniones de hecho, si bien se parte de un problema intrínseco de la familia, necesariamente debemos contemplar las consecuencias económicas y la repercusión social que tiene en el menor la separación o divorcio de sus progenitores⁴⁰².

Asimismo, la Convención proclama y estatuye cinco principios normativos que son; el de protección universal, el de primacía del interés superior del menor, el de subsidiariedad y el principio procesal de vigilancia, evaluación y exigencia de responsabilidades y sanciones⁴⁰³.

Sobre las directrices contenidas en la CDN de 1989 hay quien le otorga un diferente enfoque identificando los siguientes principios⁴⁰⁴: el interés superior del menor, la integralidad, la no discriminación, la

⁴⁰¹ ÁLVAREZ VÉLEZ, M^a. I., *La protección de los derechos del niño...* op. cit., p. 100, Pone sus reparos a esta clasificación cuando sostiene que: “Los derechos de los niños contenidos en la Convención son susceptibles... de ser clasificados en cuatro categorías: civiles, sociales, culturales y económicos, sin incluir en lo que sería una clasificación más tradicional, derechos de carácter político”.

⁴⁰² Criterio que comparte PICADO, S., “Los derechos de los Niños son Derechos Humanos”, en VERDUGO ALONSO, M. y SOLER-SALA, V. (Eds.), *La convención de los derechos del niño hacia el siglo XXI*, Edit. Universidad de Salamanca, 1996, p. 70, afirmando que: “Otro elemento de no menor importancia en el marco general de la interpretación de estos derechos es la visión integral de los mismos. Esto quiere decir que no se escinden los llamados derechos civiles y políticos, de los derechos económicos, sociales y culturales. Y que el ejercicio de aplicación de uno de los derechos a la situación concreta no puede hacerse prescindiendo del análisis del conjunto de todos los derechos que pueden ser también aplicados allí”.

⁴⁰³ Cfr. RUIZ-GIMÉNEZ CORTÉS, J., “La Convención de los derechos del niño hermosa sinfonía incompleta (luces, sombras y horizontes de esperanza)”, en VERDUGO ALONSO, M. y SOLER-SALA, V. (Eds.), *La convención de los derechos del niño hacia el siglo XXI*, Edit. Universidad de Salamanca, 1996, pp. 86-88.

⁴⁰⁴ Siguiendo a PACHECO DE KOLLE, S., *Derechos de la Niñez y Adolescencia...* op. cit., pp. 16-20.

autonomía progresiva, el niño como sujeto de derecho, la participación, la unidad familiar⁴⁰⁵, y la proporcionalidad.

Se evidencia así que no existe uniformidad en cuanto al señalamiento de los criterios rectores de la CDN de 1989.

Sin embargo, debemos señalar que esos principios se encuentran vinculados entre sí. Es más, deducimos que cuando analizamos custodia compartida y el interés del menor, éstos forman parte directa del beneficio de éste, en ese sentido, dentro de lo que son los derechos del menor consideramos que el principio rector se constituye en la concreción del *bonus filii*.

1.2.1. Contenido Normativo

Con relación al contenido de la CDN, conviene resaltar la parte más novedosa del Preámbulo donde se señala que:

“El niño debe estar plenamente preparado para una vida independiente en sociedad y ser educado en el espíritu de los ideales proclamados en la carta de las Naciones Unidas y, en particular, en un espíritu de paz, dignidad, tolerancia, libertad, igualdad y solidaridad”.

Así, se establece que el niño como sujeto autónomo debe ejercer progresivamente sus derechos, ello al tiempo que vaya adquiriendo capacidad volitiva y de obrar.

Pudiera ser oportuno considerar que la CDN, prevé expresamente que el interés superior del menor⁴⁰⁶ debe primar por encima de otros

⁴⁰⁵ Sobre el tema, debemos señalar que en una situación de crisis matrimonial o de unión de hecho, se precautela este principio de diferente manera, por las siguientes razones; primero, porque los progenitores no permanecerán unidos al no existir la afectio maritalis, y segundo, porque muchas veces de acuerdo a las características intrínsecas de la situación de separación o divorcio, los menores puede ser que sean confiados a un solo progenitor, o bien se puede dar que inclusive los hijos menores no permanezcan juntos, porque se distribuye la guarda y custodia entre ambos padres.

⁴⁰⁶ A través de esta Convención se mundializan principios de tanta importancia como el

intereses, textualmente el artículo 3.1 señala que:

“En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”.

A la fecha, el problema radica en que no se ha podido definir de forma concreta, en que consiste el interés del menor⁴⁰⁷ lo que dificulta su efectiva aplicación y se constituye en un tema pendiente de solución.

Se puede evidenciar, que el interés superior del menor en la CDN adquiere otra connotación, se constituye en el eje principal sobre el cual deben girar todas las decisiones que le atañe, independientemente de la situación en que se encuentre.

Así, en cuanto a la situación del menor cuando sus padres se encuentran separados, el artículo 9.3 prevé que:

“Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que este separado de uno o ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño”.

Ésto revela que el menor de edad, indistintamente de la situación por la que atraviesen sus progenitores, tiene el derecho de permanecer en contacto con ambos, extremo que puede ser satisfecho si en caso de separación o divorcio se aplica la custodia compartida como modalidad de guarda.

interés superior del niño. DURÁN AYAGO, A., “La protección de menores...”, op. cit., p. 218.

⁴⁰⁷ Así, en situaciones de crisis matrimoniales o de uniones de hecho, en interés del menor a momento de decidir la custodia de los hijos, se otorgaba la guarda unilateral, ahora ésta concepción ha sufrido un cambio significativo por cuanto se recomienda en ese mismo interés del menor procurar mantener una relación fluida con ambos progenitores.

Es más, del contenido del artículo se desprende que el mantenimiento de las relaciones personales con ambos progenitores de modo regular no puede limitarse al derecho de visita, porque como su nombre lo indica mediante “*las visitas*” –así sean periódicas- que realice el progenitor no custodio a su hijo o hijos, la relación en muchas ocasiones tiende a convertirse ajena a una relación paterno-filial que debe primar entre ascendientes y descendientes.

En ese mismo sentido, el artículo 18.1 establece que los Estados partes deben garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en la crianza, formación y desarrollo de los hijos, promoviendo el interés superior del menor como criterio fundamental.

Conviene destacar aquí, que el Estado delega en los padres la responsabilidad por la educación de sus hijos, procurando preservar el interés superior del niño. Sin que las obligaciones citadas en el artículo 18.1 deban sufrir ningún cambio en caso de que los padres se encuentren separados judicialmente o de hecho.

De una visión conjunta de los artículos 3, 9 y 18 de la CDN se prevé que los derechos de los padres están limitados, o si se quiere se encuentran enmarcados o subordinados en satisfacer el *bonus filii*. Igualmente, se debe tomar en cuenta que los derechos de los progenitores no permanecen estáticos, sino que de acuerdo a lo que estipulan los artículos 5 y 14 de la citada Convención se tiene que tomar en cuenta la evolución de las facultades de los niños, es decir, fomentar el ejercicio progresivo y paulatino de los derechos del menor⁴⁰⁸.

⁴⁰⁸ El artículo 5 señala que: “Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención”.

Por su parte, el artículo 14. 1. prevé que: “Los Estados Partes respetarán el derecho del niño a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión”.

2. “Los Estados Partes respetarán los derechos y deberes de los padres y, en su caso, de los representantes legales, de guiar al niño en el ejercicio de su derecho de modo conforme a la evolución de sus facultades”.

De ello, se debe afirmar que no tiene el mismo significado ni contenido la protección y los cuidados especiales que requiere un menor hasta los siete u ocho años, que la atención y orientación que necesita durante la etapa de la adolescencia⁴⁰⁹. No obstante, en términos generales la protección debe ser similar en todos los periodos de la minoría de edad.

Asimismo, de conformidad al artículo 20 con relación a los casos en que el menor se encuentra privado de su ambiente familiar, se prevé como alternativa la aplicación de la figura jurídica de la guarda -en sentido amplio-, así como también la adopción en virtud al artículo 21, del mismo modo, en el artículo 37. c) con referencia a los niños privados de libertad, se establecen preceptos relativos a precautelar como principio rector el interés superior del niño.

De todos los artículos hasta aquí mencionados se puede observar que se utiliza excesivamente el término “niño”, sin tomar en cuenta que sus necesidades evolucionan al ritmo de su edad, lo que le permite progresivamente ir adquiriendo mayor madurez⁴¹⁰.

Esta situación demuestra que la Convención no ha tratado eficazmente, ni suficientemente las diferencias que existen entre niño y joven⁴¹¹.

Si bien es cierto que existen diferencias considerables entre los términos “niño y joven”, debió haberse previsto la utilización genérica del término “menor” para evitar controversias al momento de aplicar la norma⁴¹².

Con referencia a este tema, es oportuno considerar la diferencia

⁴⁰⁹ ÁLVAREZ VÉLEZ, M^a. I., *La protección de los derechos del niño...* op. cit., p. 100.

⁴¹⁰ ÁLVAREZ VÉLEZ, M^a. I., *La protección de los derechos del niño...* op. cit., p. 104.

⁴¹¹ PICADO, S., “Los derechos de los Niños son Derechos Humanos”, op. cit., p. 73.

⁴¹² En contra de ello, GONZÁLEZ SOLER, O. E., “Maltrato familiar, la victimización del niño”, en *Estudios sobre violencia familiar y agresiones sexuales I-2002, Jornadas sobre violencia doméstica*, Edit. Solana e Hijos, Madrid, 2002, pp. 373 y 374, sostiene que la utilización del término “menor” denota una forma de victimizar a los niños, por reflejar un sentido negativo de comparación al caracterizarlos como personas aún no adultas.

entre niño e hijo, punto sobre el cual, Álvarez Vélez⁴¹³ textualmente manifiesta que:

“La condición de hijo acompaña a la persona durante toda su vida, pero no va necesariamente unida a la de niño, puesto que esta segunda condición comprende un periodo de tiempo limitado”.

Desde este punto de vista, la condición de hijo es un término imperecedero, a diferencia de la condición de niño, que le faculta a ser sujeto de especial protección hasta tanto no alcance la mayoría de edad. Nosotros somos partidarios de utilizar el vocablo “menor”, prescindiendo entre otros, de los términos; niño y adolescente por cuanto, estas nociones tienen un concepto más cercano a otras ciencias como la psicología, pedagogía o ciencias naturales por ejemplo, así como también de la expresión hijo, que da a entender una percepción netamente familiar, limitando el espectro de su aplicación.

Es más, ni siquiera en las ciencias antes citadas se ha llegado a un criterio uniforme sobre el desarrollo del menor, sumado a esto que en el ámbito jurídico existen excepciones como es el caso de la dispensa para contraer matrimonio, o para ser contratado en un empleo, antes de cumplir dieciocho años de edad, o siendo menor de edad que es lo mismo⁴¹⁴.

Dejando de lado estas excepciones de manera genérica la Convención tiene como principal referencia el ámbito jurídico, y es en ese

⁴¹³ ÁLVAREZ VÉLEZ, M^a. I., *La protección de los derechos del niño...* op. cit., p. 152.

⁴¹⁴ En esa consideración, BONET PÉREZ, J., “La protección del menor contra la explotación y las organizaciones internacionales”, en VILLAGRASA ALCAIDE, C. (Coord.), *Explotación y protección jurídica de la infancia*, Edit. Cedecs, Barcelona, 1998, p. 86, manifiesta que: “...la Convención sobre los Derechos del Niño evidencia otro problema que incide en la protección de los derechos del menor: la definición de los sujetos que han de ser objeto de la especial protección que se pretende otorgar. Así mientras en la Convención se identifica como niño a aquel ser humano que tiene menos de 18 años o que no ha alcanzado todavía legalmente la mayoría de edad (art. 1), lo cierto es que: primero, ni desde el prisma estrictamente fisiológico ni psicológico todo menor de edad puede ser entendido como un niño; segundo, que no es posible un tratamiento homogéneo de los menores en todos los aspectos del ejercicio de sus derechos, ya que por ejemplo la edad mínima laboral o la edad mínima para contraer matrimonio suelen fijarse por debajo de los 18 años”.

sentido, que se ha estimado conveniente determinar el límite entre la minoría y la mayoría de edad partiendo de un criterio netamente jurídico, dejando de lado criterios pedagógicos, fisiológicos, biológicos o sociológicos⁴¹⁵.

Continuando con el desarrollo normativo, una forma de subdividir el articulado de la CDN sin desglosar su contenido, es la que se denomina las cuatro “P”, que a continuación citamos:

-Participación del niño en todas las decisiones concernientes a su futuro;

-Protección contra todas las formas de discriminación, abandono y explotación;

-Prevención de los peligros;

-Previsión de ayudas para satisfacer sus necesidades⁴¹⁶.

Esta subdivisión refleja la síntesis del contenido de la Convención sobre los Derechos del Niño y de sus objetivos; promueve la protección integral del menor, su autonomía y el ejercicio de sus derechos. Sin embargo, no contempla el interés superior del menor cuando hemos constatado anteriormente que es el eje central de la norma.

1.2.2. Balance de la implementación de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989

A la hora de realizar un balance sobre los logros de la Convención

⁴¹⁵ Cfr. MOERMAN, J., “Identificación de algunos obstáculos a la aplicación de la Convención sobre los derechos del niño...”, op. cit., p. 148.

⁴¹⁶ MARZATICO, F., “Las garantías constitucionales de los derechos de los niños”, en MARTÍNEZ GALLEGU, E. M^a. (Coord.), *Menores: Instituciones de protección y responsabilidad*, Edit. Fund. Diagrama, Murcia, 2004, p. 354. Otra forma de subdividir la Convención para describir su contenido, se realiza con apoyo de un tríptico que se denomina de las tres “P”: Proveer (bienes y servicios); Proteger (contra la tortura, detención arbitraria por ejemplo); Participar (en las decisiones que incidan en sus propias vidas, o en la sociedad en general). PACHECO DE KOLLE, S., *Derechos de la Niñez y Adolescencia...* op. cit., p. 192.

sobre los Derechos del Niño de 1989, debemos manifestar de manera fehaciente, que debe ser considerada como la máxima expresión en lo que respecta a la protección de menores⁴¹⁷.

En ese ámbito, destaca la participación de la comunidad internacional que a través de diferentes organismos ha presionado para que las disposiciones contenidas en la CDN se efectivicen, al actuar como interlocutores con los Estados en busca de encontrar soluciones que permitan una visión integral sobre la problemática del menor⁴¹⁸.

Es a partir de la promulgación de la CDN de 1989 que los Estados comienzan a instituir cambios en sus legislaciones internas, con el fin de que los derechos establecidos en dicho documento se hagan efectivos⁴¹⁹. En la actualidad si bien la mayoría de los Estados contemplan normas que prevén la protección del menor, creemos que dichas disposiciones se encuentran muy teorizadas, por lo que se encuentra pendiente la concreción práctica de los mismos, la pregunta es ¿Cómo?

Cuando nos referimos al Estado como ente es necesario e ineludible la participación de los tres Poderes; por una parte, el Legislativo elaborando normas, por otra, el Ejecutivo ejecutando políticas activas y por ultimo el Poder Judicial, aplicando en estricta sujeción la Ley y actuando con celeridad en los procesos, y todos los poderes con la

⁴¹⁷ Criterio que comparte PACHECO DE KOLLE, S., *Derechos de la Niñez y Adolescencia...* op. cit., p. 191, cuando dice que la CDN: "...vincula a todos los Estados que la aceptan y rompe con toda la tradición legislativa existente hasta entonces basada en la Situación Irregular, supera la política del control social y conceptualiza la llamada Doctrina de la Protección Integral...".

⁴¹⁸ En ese sentido, BONET PÉREZ, J., "La protección del menor contra la explotación y las organizaciones internacionales", op. cit., p. 82, sostiene que: "La cooperación internacional supone el intento de gestión colectiva de intereses comunes a los Estados –en la medida en que éstos comparten ciertos problemas difícilmente solucionables de manera exclusiva, desde una perspectiva puramente interna-, y de intereses comunitarios, que proyectan las necesidades de la humanidad en su conjunto, de modo que éstas son asumidas y asimiladas como propias de la Comunidad internacional".

⁴¹⁹ Criterio compartido por MARZATICO, F., "Las garantías constitucionales...", op. cit., p. 355, quien afirma que: "La Convención de los Derechos del Niño ha supuesto el inicio de un movimiento mundial en pro de una legislación dedicada a la protección de menores de edad,...". Por su parte, VERDUGO ALONSO, M., "Perspectivas actuales en la protección y promoción de los derechos del niño", en VERDUGO ALONSO, M. y SOLER-SALA, V. (Eds.), *La convención de los derechos del niño hacia el siglo XXI*, Edit. Universidad de Salamanca, 1996, p. 19, hace énfasis en la importancia que tiene la participación del Estado.

participación activa de la sociedad civil –desde el lugar en que cada individuo se encuentre-.

Ahora bien, la mejor forma de que la protección de los derechos del menor, tengan eficacia a partir de su regulación, versa porque exista una correspondencia entre las normas a partir de la Constitución Política y las disposiciones contenidas en los Códigos sustantivo y procesal⁴²⁰. Hecho que lastimosamente no ha ocurrido con la reforma de la Ley 15/2005, de 8 de julio, en materia civil, tal como se analizó en el capítulo II referente a la custodia compartida.

De manera concreta refiriéndonos a la legislación española, hasta el momento se puede observar que todavía no existe una uniformidad de criterio, no sólo en las normas sustantivas, sino también en lo que concierne a temas procesales⁴²¹ ¿Cuál es el motivo? Pensamos que se debe a una falta de planificación y coordinación en la elaboración de las leyes, no existe una visión panorámica de las leyes a nivel sustantivo y procesal.

Se tiene la percepción, a nuestro modesto entender, de que a más leyes mejor protegido se encuentra el menor y ésto dista mucho de la realidad, el legislador debe promover una compilación de leyes que sea efectiva, que exista una correlación entre teoría y práctica.

Sin desmerecer los logros obtenidos por la CDN de 1989, debemos ser ecuanimes y mencionar algunos de sus desaciertos, indudablemente encontrar uniformidad de criterios en sociedades con diferentes costumbres, con diferentes visiones sobre la vida y con diferente grado de

⁴²⁰ En ese marco, PICADO, S., “Los derechos de los Niños son Derechos Humanos”, op. cit., p. 74, señala que “..., desde la perspectiva del derecho interno de los Estados, no sólo por medio de las legislaciones específicas sobre menores sino más bien desde la raíz del sistema en la constitución política, deben facilitarse todos los medios para garantizar esta protección...debe favorecerse la posibilidad de que los niños y las niñas puedan utilizar recursos rápidos y eficientes en beneficio de su propia protección”.

⁴²¹ Así, BACHS ESTANY, J. M., “La actuación de los poderes públicos en el ámbito autonómico”, en VILLAGRASA ALCAIDE, C. (Coord.), *Explotación y protección jurídica de la infancia*, Edit. Cedecs, Barcelona, 1998, p.144, afirma que: “...es necesario dotarnos de un procedimiento más ágil que solucionen rápidamente los expedientes relacionados con la materia que nos ocupa, la reforma procesal vendría a consolidar el ordenamiento jurídico compacto y homogéneo existente en la actualidad”.

desarrollo es un tema complejo. Por eso precisamente se ha dejado sin protección al concebido, o mejor dicho se ha ignorado su existencia⁴²². Es lamentable, pero consideramos que en la actualidad tampoco se podría encontrar una uniformidad de criterio sobre el tema, por los mismos motivos.

También, se observa una falta de orden en el contenido normativo, propiamente en la disposición de los artículos, lo que se atribuye a que el texto tiene un carácter político⁴²³. Aspecto, que es comprensible si tomamos en cuenta que cada Estado responde a una forma de gobierno, con contenido ideológico diferente, con distinto grado de desarrollo, con inclinaciones religiosas heterogéneas, que si bien no debe ser limitativo en lo que atañe a la protección del menor, tiene una influencia que gravita de forma significativa y se constituye en un obstáculo infranqueable⁴²⁴.

En ese marco, lo importante es que más allá del orden sobre el contenido normativo - lo que a nuestro criterio es una cuestión más de forma que de fondo- del articulado de la Convención, es que esos derechos que ya están previstos en las legislaciones de los diferentes Estados se hagan efectivos.

La CDN siempre generará críticas, pues, es de suponer que si existen problemas para consensuar en la promulgación de una Ley interna en un Estado concreto, mucho más aún existirán divergencias para tener una percepción hegemónica sobre diversos temas a nivel internacional, lo grave hubiera sido que no existiera hasta el momento un

⁴²² A criterio de ÁLVAREZ VÉLEZ, M^a. I., *La protección de los derechos del niño...* op. cit., p. 101: "...el hecho de que no aparezca en el articulado la protección al niño antes de su nacimiento, se debió a un compromiso de carácter político al que llegaron los miembros de la Comisión de Derechos Humanos, enfrentando a la circunstancia de que muchos Estados no podrían ratificar la Convención si en ella aparecía esa defensa, puesto que sus legislaciones internas reconocen la posibilidad del aborto en mayor o menor medida".

⁴²³ Cfr. ÁLVAREZ VÉLEZ, M^a. I., *La protección de los derechos del niño...* op. cit., p. 102.

⁴²⁴ Según BONET PÉREZ, J., en "La protección del menor contra la explotación y las organizaciones internacionales", op. cit., p. 81: "...se evidencia aun hoy la heterogeneidad de los Estados, que presentan entre sí sensibles diferencias ideológicas, políticas, económicas y culturales, y, muy especialmente, diferentes grados de desarrollo social y económico -lo que les lleva a mantener enfoques muy distantes ante los problemas existentes a escala mundial".

documento que proteja integralmente a los menores⁴²⁵. En la actualidad no se puede imaginar la protección del menor, ya sea en el ámbito interno o internacional, sin tomar en cuenta la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989⁴²⁶.

Así pues, las críticas que genera el tema de protección de menores, generalmente, siempre se encuentran relacionadas con el contenido de la CDN, lo que demuestra su importancia y actualidad, pese a que en el mundo se han producido diferentes acontecimientos sociales y políticos desde el momento de su promulgación⁴²⁷.

En ese sentido, hay quien sostiene de forma acertada que se encuentra pendiente el desarrollo de mecanismos eficaces de protección tanto a nivel interno como internacional, como por ejemplo la denuncia individual en temas de Derecho Humanos o la elaboración de un sistema de informes sobre el cumplimiento de la CDN⁴²⁸.

Si bien estamos de acuerdo con esta opinión, los legisladores deben ser más realistas y tomar conciencia de la importancia del tema en cuestión, no es posible que después de más de 17 años de haberse promulgado la CDN se continúe dando vueltas sobre lo mismo, nos referimos a la repetición constante de la expresión “se debe”. Es imprescindible, concretar la regulación de recursos efectivos que solucionen las carencias que tiene el sistema de protección al menor.

Es lamentable que los legisladores de los países internos, -en este caso nos referimos a España y Bolivia- no acaben de encontrar el mecanismo adecuado que facilite la aplicación eficiente de las normas,

⁴²⁵ Otro problema a la vista, es el fenómeno de la multiculturalidad e integración que será motivo para que no haya uniformidad de criterios en algunos temas relacionados al Derecho de Familia, basados especialmente en creencias religiosas.

⁴²⁶ En ese marco, MOERMAN, J., “Identificación de algunos obstáculos a la aplicación de la Convención sobre los derechos del niño...”, op. cit., p. 143, afirma que: “...los argumentos a favor de la existencia de ese instrumento internacional son claramente más válidos que aquellos otros que surgen en su contra”.

⁴²⁷ Lo que no quiere decir que en la actualidad no sea necesario realizar un balance sobre los logros y las tareas pendientes que quedan por realizar en temas relativos a la protección del menor, al haber transcurrido 17 años de la promulgación de la Convención.

⁴²⁸ PICADO, S., “Los derechos de los Niños son Derechos Humanos”, op. cit., pp. 67 y 74.

previa visión integral del problema y únicamente actúan sobre el problema con soluciones parciales, que muchas veces en lugar de lograr la efectiva protección de los derechos del menor, no hacen más que sembrar más dudas al respecto, como ocurre en la normativa española con la reforma de 2005, concretamente con el tema de la custodia compartida.

Bien puede ser el momento oportuno, al haber transcurrido 17 años desde la promulgación de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, de plantearse la siguiente pregunta ¿En virtud de los cambios acaecidos en éste tiempo acaso no es necesario introducir enmiendas al Documento promulgado en 1989 acorde con los movimientos sociales actuales? O en vista de que la situación mundial atraviesa problemas ideológicos de diversa índole es preferible dejar la normativa con el texto actual.

1.3. La protección del menor y el interés del menor en la legislación de España

A continuación realizaremos un breve análisis de la Constitución Española prescindiendo del estudio de los antecedentes históricos.

1.3.1. Constitución Española de 1978

En principio el contenido del texto constitucional de 1978 es generoso en lo que concierne a la previsión de derechos en general, no obstante, comprende la protección de la persona como tal sin considerar específicamente al menor⁴²⁹. A nuestro modesto entender, el hecho de no haber previsto de manera sistemática los derechos del menor se constituye en el primer desacierto de la Constitución⁴³⁰.

⁴²⁹ ÁLVAREZ VÉLEZ, M^a I., *La protección de los derechos del niño...* op. cit., p. 137, afirma que: “La Constitución de 1978 incluye una extensa tabla de derechos y libertades. Las referencias que encontramos en ella a los derechos de la infancia, son, sin embargo, escasas. Tanto, que consideramos que, con la única excepción del derecho a la educación, los niños constituyen más bien un objeto de protección constitucional”.

⁴³⁰ Coincide al respecto, GARCÍA MAS, F. J. “Panorama general de la Ley 1/1996 de 15

De manera genérica el menor es titular de los derechos comprendidos en el título I, comprendidos desde el artículo 10 hasta el artículo 52 de la CE de 1978, por el simple hecho de ser persona, con los límites relacionados a la minoría y mayoría de edad⁴³¹.

Desde esa perspectiva, la familia se convierte en el ente que al aglutinar a progenitores e hijos es objeto de protección por parte del Estado, que a su vez utiliza a la estructura familiar para hacer posible que se hagan efectivos los derechos del menor mediante el ejercicio de la autoridad parental⁴³².

En ese marco, la protección del menor y de la familia se encuentran desarrollados en artículos dispersos a lo largo del texto constitucional, los cuales comentaremos a continuación:

1.3.1.1. El libre desarrollo de la personalidad

De conformidad al artículo 10. 1 de la Constitución Española de 1978, se prevé el libre desarrollo de la personalidad conjuntamente a la dignidad de la persona y los derechos inviolables del ser humano, como fundamento del orden político y de la paz social, ésto debe tomarse en

de enero de protección jurídica del menor”, en *Actualidad Civil* núm. 34, 22 a 28 de septiembre de 1997, Tomo 3, Edit. La Ley, Madrid, 1997, p. 808, quien sostiene que el hecho de que la palabra menor aparezca en una norma significa que la sociedad reconoce a esta persona como sujeto de derechos y obligaciones.

⁴³¹ Con referencia a este tema ÁLVAREZ VÉLEZ, M^a I., ul. loc. cit., manifiesta que: “Los ordenamientos reconocen a cualquier persona la capacidad para ser sujeto de derechos y obligaciones, aún cuando se encuentre incapacitado para obrar por sí mismo, como es el caso de los menores de edad. Por nuestra parte, entendemos que el niño es titular, y por tanto, sujeto de todos los derechos del Título I de nuestra Constitución, salvo de aquellos derechos, que por su naturaleza excluyen tal posibilidad, al estar expresamente establecido un titular distinto y concreto. Así, carece del derechos de sufragio, para cuyo ejercicio queda exigido como requisito previo tener la mayoría de edad, esto es, los dieciocho años cumplidos, o del derecho al trabajo, para el que se necesita, también, una edad determinada...Por el contrario, en todos aquellos derechos en que la Constitución emplea el término <todos> (toda persona, los españoles, los ciudadanos, etc.), son derechos de los que el niño es titular, en cuanto que es persona”.

⁴³² En esa consideración, ÁLVAREZ VÉLEZ, M^a I., *La protección de los derechos del niño...* op. cit., p. 150, señala que: “...todo desarrollo legislativo que realice el Estado, que afecte a la familia, queda orientado a garantizar y asegurar su máxima protección...la protección constitucional ha de entenderse referida a los miembros de una familia, como individualidades integradas en una forma de vida colectiva”.

cuenta como punto de inflexión para la determinación; primero, de los derechos de la persona en general, segundo, de los derechos del menor y finalmente en la concreción del interés del menor.

Así, se puede desprender del contenido de la Sentencia del Tribunal Constitucional número 53/1985⁴³³, que señala expresamente al libre desarrollo de la personalidad: "como punto de arranque, como un prius lógico y ontológico para la existencia y especificación de los demás derechos". Lo que nos induce a pensar que los derechos del menor y específicamente la satisfacción de sus intereses tienen que ser considerados a partir de su formación personal.

En ese sentido, hay autores que sostienen de forma acertada que el libre desarrollo de la personalidad tiene como fundamento la libertad individual de cada persona y está orientado al desarrollo de sus potencialidades psíquicas, morales, culturales económicas y sociales con el objetivo de convertirse en un miembro activo dentro de una sociedad determinada, con la particularidad de que el ejercicio de estas cualidades se encuentran limitadas por el respeto a la Ley y a los derechos de los demás personas que integran la sociedad⁴³⁴.

1.3.1.2. La protección integral del menor

El artículo 39 prevé que los poderes públicos deben asegurar la protección integral de los hijos que se ha previsto en los acuerdos internacionales, haciéndose efectiva esta protección mediante la familia y dentro de esta estructura son los progenitores quienes deben asumir el rol protagónico, prestando asistencia a sus hijos en todas sus necesidades de acuerdo al desarrollo progresivo que vayan adquiriendo con el transcurso del tiempo hasta alcanzar la mayoría de edad.

⁴³³ RTC 1985\53, ponente: D. Rafael Gómez-Ferrer Morant.

⁴³⁴ Véase entre otros, GARRIDO FALLA, F., *Comentarios a la Constitución*, Edit. Civitas, Madrid, 1985, (Segunda Edición), p. 186; RUIZ-GIMÉNEZ CORTÉS, J. y RUIZ-GIMÉNEZ ARRIETA I., "Derechos fundamentales de la persona", en ALZAGA VILLAMIL, O., (Director), *Comentarios a la Constitución española de 1978*, Tomo II, Edit. Cortes generales de Derecho reunidas, Madrid, 1997, p. 73.

Ésto significa, que dicho artículo establece una norma de carácter tuitivo, de conformidad al inciso primero del artículo 39, que de forma general garantiza "la protección social, económica y jurídica de la familia" por parte de los estamentos públicos.

Hay quien sostiene que con relación a la protección del menor, el contenido de los apartados segundo y cuarto del artículo 39 son reiterativos⁴³⁵, sin embargo, se debe señalar que de la lectura inicial de los párrafos en cuestión, es difícil precisar esta reiteración.

Este artículo también determina una serie de reformas legislativas e institucionales, donde se toma como parámetro el interés superior del menor, en función al reconocimiento de la titularidad de sus derechos y de la existencia de una capacidad progresiva para ejercerlos de acuerdo al grado de madurez, que incluye su participación en procesos judiciales. Ésto con la finalidad de ser escuchado por el Juez antes de dictaminar decisiones que le afecten, cuando tenga al menos 12 años o suficiente juicio⁴³⁶.

En el análisis de la reforma de Ley 15/2005, de 8 de julio, del Código Civil en materia de separación y divorcio, se pudo observar que se prescinde de la edad de 12 años, para que el menor sea escuchado ante Autoridad Judicial, circunscribiéndose a señalar que la facultad de ser oído es un derecho que asiste al menor.

Asimismo, si bien es cierto que expresamente no se menciona, el interés del menor en el artículo 39, implícitamente mediante el apartado 4º

⁴³⁵ Siguiendo a ALZAGA VILLAMIL, O., *La Constitución Española de 1978 (comentario sistemático)*, Edit. Del Foro, Madrid, 1978, p. 311. Para comprender mejor dicha postura transcribimos el Artículo 39. 2. Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales estos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad.

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

Asimismo, debemos afirmar que el inciso 2 del citado artículo 39 de la CE está concordado con el artículo 3, apartado 3, de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor de 1996, que ha reforzado el rol de la Administración en esta esfera, cuando prevé que "Los poderes públicos garantizarán el respeto de los derechos de los menores y adecuarán sus actuaciones a la presente Ley...".

⁴³⁶ MARZATICO, F., "Las garantías constitucionales...", op. cit., p. 356.

podemos concebir que la protección del menor se debe guiar por hacer prevalecer el interés superior del menor, mediante la Convención de los Derechos del Niño de 1989.

Al respecto, Maluquer de Motes⁴³⁷ coincide con ello, cuando sostiene que el interés superior del menor como criterio rector de la protección del menor se materializa en el artículo 39. 4 de la Constitución Española.

Este precepto requiere un desarrollo legislativo posterior para incorporar a nuestro ordenamiento jurídico los derechos del menor⁴³⁸.

Es así, que uno de los textos que específicamente contiene preceptos relativos a la protección del menor es la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor de 1996.

A nuestro juicio, al haber transcurrido más de veinticinco años desde la promulgación de la Constitución de 1978 y once de la LOPJM de 1996, si bien existe una extensa gama de derechos que comprende la protección del menor, aun así, creemos que dichas normas no han conseguido en su totalidad los objetivos planteados en lo que concierne el tema de la protección del menor.

Además de ello, las reformas emprendidas en torno a la problemática del menor y la familia como es el caso de la Ley de 15/2005, de 8 de julio, únicamente han abordado la situación de forma parcial, a lo que se suma la falta de voluntad por parte de algunos sectores de la población, nos referimos específicamente a las instituciones que están en contra por ejemplo de la implementación de la custodia compartida⁴³⁹.

⁴³⁷ MALUQUER DE MOTES Y BERNET, C. J., "Medidas jurídicas de protección del menor en nuestro derecho", op. cit., p.154.

⁴³⁸ Criterio compartido por ALZAGA VILLAMIL, O., *La Constitución española de 1978*, op. cit., p. 313.

⁴³⁹ RETUERTO, M., "La protección constitucional del menor a través del defensor del pueblo", en VERDUGO ALONSO, M. y SOLER-SALA, V. (Eds.), *La convención de los derechos del niño hacia el siglo XXI*, Edit. Universidad de Salamanca, 1996, p. 410, sostiene que: "..., no podemos dejar de ser conscientes de que se parte de una todavía baja sensibilización de buena parte de la opinión pública española. Se puede decir que para muchos, los Derechos de los Niños y Niñas son una cuestión de "alto consenso y baja intensidad", es en esta línea de mejora donde debemos actuar".

De lo expuesto, se debe rescatar el espíritu de adaptabilidad que ha tenido la CE de 1978, en lo que se refiere el interés del menor, tomando en cuenta que la CDN data de 1989, es decir, once años después de la promulgación de la norma fundamental española.

Decimos ésto, porque los cambios en el desarrollo de la legislación en un Estado se deben realizar a partir de la norma fundamental, para de esta manera uniformizar las leyes especiales. Por todo ello, la Constitución Española tiene que ser revisada.

1.3.1.3. La libertad de expresión y sus límites

El artículo 20 con relación al reconocimiento del derecho de expresión respecto a sus límites, en el punto 4 señala que:

“Estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia”.

Así, el menor de edad, tiene una protección especial en lo que concierne al derecho de expresión.

No obstante, si bien se debe fomentar la libertad de expresión mediante la participación activa del menor proclamando su autonomía, ésta tiene que estar condicionada al respeto y protección de valores intrínsecos a la persona humana detallados en dicho artículo.

De conformidad al tema que tratamos, en una situación de separación o divorcio se debe precautelar la intimidad de los menores de edad, frente a los atropellos que pueden ser objeto por parte de terceras personas –especialistas, familiares del menor- o de los progenitores, aspecto que debería ser motivo en algunos casos, dependiendo de la

magnitud del problema, inclusive para pensar en la suspensión o privación de la patria potestad⁴⁴⁰.

Creemos que se pueden presentar este tipo de abusos, por el hecho de que el menor no se puede defender por si mismo y necesariamente necesita del auxilio primario de sus progenitores y en caso de ser éstos quienes infringen su derecho a la intimidad con el objetivo de satisfacer sus aspiraciones personales, se debe recurrir a instituciones administrativas, judiciales o al defensor de la niñez, dependiendo de la magnitud y gravedad del problema.

En estas circunstancias la importancia de la normativa radica en la simplicidad y efectividad de los recursos y para que esto ocurra se debe pensar en mecanismos que coadyuven a una rápida solución de las contingencias, porque si abordamos la problemática del menor, dilatando el desarrollo de los procesos se puede presentar el caso de que el menor se convierta en mayor de edad a la conclusión de la causa, no siendo aplicable, ni útil el dicho de que “la justicia aunque tarda pero llega”, o bien se puede presentar el caso de que esa ayuda resulte insuficiente, con el correspondiente perjuicio irremediable para el menor.

1.3.1.4. La educación del menor

En lo que se refiere a los fines de la educación como Derecho Fundamental, el artículo 27 establece que:

“Todos tienen el derecho a la educación y que ésta tiene por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana bajo el marco del respeto de los Derechos Humanos, además, que los poderes públicos deben garantizar el derecho que asiste a los padres para que sus hijos reciban la formación

⁴⁴⁰ Sobre el tema véase ÁLVAREZ VÉLEZ, M^a I., *La protección de los derechos del niño...* op. cit., pp. 158-159.

*religiosa y moral de acuerdo a sus creencias*⁴⁴¹.

Ésto significa que en base a la educación se pretende lograr el desarrollo progresivo de la personalidad del menor de edad y en esa tarea deben estar presentes tanto los padres como los poderes públicos y las instituciones de enseñanza, sean éstas de carácter público o de carácter privado.

La educación es una tarea compleja de desarrollar en toda su extensión, principalmente porque el Estado en primer lugar garantiza el acceso de todos los menores a la educación hasta los 16 años, siendo deber de los progenitores tener escolarizados a sus hijos⁴⁴². Ahora bien, el problema no se resuelve con la existencia de instituciones de enseñanza, se requiere la voluntad y compromiso de los padres de permitir que los menores accedan a ella después de los 16 años. Por ello, la educación no tiene que terminar con la formación primaria o secundaria, es obligación de los progenitores influir en los menores para que éstos concluyan sino es una formación académica profesional, si debe ser al menos una formación técnica que les permita acceder a un puesto laboral cualificado.

Creemos que el deber de control, seguimiento, vigilancia y orientación por parte de los progenitores concluye de dos maneras; primero, de forma positiva cuando el menor –para ese tiempo convertido seguramente en mayor de edad- culmina su formación superior, y segundo, de manera negativa cuando el menor no accede por lo menos a una formación especializada así sea a nivel técnico⁴⁴³.

⁴⁴¹ Al respecto, ÁLVAREZ VÉLEZ, M^a. I., *La protección de los derechos del niño...* op. cit., p. 138, manifiesta que: “El derecho a la educación, garantizado en el artículo 27, incluye el ámbito de la infancia, y en el se recoge, como objetivo de la misma, el pleno desarrollo de la personalidad humana, así como el derecho de los padres de elegir para sus hijos la formación religiosa y moral que crean adecuada”.

⁴⁴² www.la-razon.com/versiones/20061018_005698/C_246.htm, fecha de consulta, 18 de octubre de 2006. MONTERO, R., “Empresa”, en la edición de 18 de octubre de 2006 del periódico *La razón de Bolivia*, en su sección “columnistas” sostiene que en España hasta mediados de los años setenta no se consiguió la plena escolarización.

⁴⁴³ Con referencia a ello, ÁLVAREZ VÉLEZ, M^a. I., *La protección de los derechos del niño...* op. cit., p. 168, afirma que: “Aún cuando nuestra Constitución establece que la mayoría de edad se adquiere con los dieciocho años, y la obligación de los padres con

Al respecto, se dirá que el menor en virtud de que es titular de sus derechos y que puede ejercerlos progresivamente, tiene la libertad de decidir si culmina su formación o no, después de los 16 años, con lo que estamos de acuerdo, pero al mismo tiempo debemos tener en cuenta que la orientación en los primeros años que brindan los progenitores es vital para el futuro del menor. Por esta razón, es importante que el menor mantenga una relación periódica con ambos progenitores en esta etapa y en situaciones de crisis familiares se puede conservar dicha relación mediante la implementación de la custodia compartida.

A pesar de que es complicado en la práctica, a medida que transcurren los años es aconsejable que exista entre progenitores y menores una relación basada en el diálogo y en el consenso, es cierto y no puede ser de otra manera que en los primeros años, son los padres los que toman la batuta en lo que concierne a la formación y desarrollo del menor, pero una vez entrada la pubertad tiene que existir mayor comunicación y por ende el menor debe tener más participación en lo que significa su futuro, en ese sentido, no se puede obligar al mismo a ser educado en un centro escolar que tenga una determinada orientación religiosa por ejemplo, o que acuda a un centro de enseñanza donde el menor no se sienta cómodo, pero no por capricho sino porque no se fomenta su desarrollo personal ya sea por disputas con sus amigos o por falta de entendimiento con el personal docente⁴⁴⁴.

Es cierto que en toda sociedad existirán personas con diferente grado de formación, pero mientras más alto sea el nivel de educación, existirá mayor probabilidad de que los derechos del menor sean respetados. Por ello, se debe promover que este respeto sea consagrado no por la obligatoriedad de las leyes sino por convicción de todos los

respecto a sus hijos, termina en ese momento, se aprecia un retraso en el acceso a la vida adulta que necesariamente pospone la llegada de la madurez y por lo tanto, la continuación de esa protección y amparo...”.

⁴⁴⁴ Acertadamente ÁLVAREZ VÉLEZ, M^a. I., *La protección de los derechos del niño...* op. cit., p. 167, señala que: “...hay que establecer que el desarrollo de la personalidad humana debe ser el principio fundamental, que determina la posición del escolar en el sistema educativo. Por ello, el alumno tiene derecho a que su conciencia sea respetada, y a que el centro elegido le facilite las oportunidades para lograr ese desarrollo”.

actores sociales que forman parte de un Estado.

Por otro lado, no hay que olvidar que el ámbito de la educación no comprende únicamente como sujetos; al menor y progenitores, de igual forma, se debe tomar en cuenta al plantel docente de las instituciones de enseñanza, lo que hace más compleja la relación por cuanto, la tarea de los profesores no se circunscribe a transmitir los conocimientos de su especialidad como paradigma de la educación, sino que éstos pueden influir positiva o negativamente en la futura formación del menor⁴⁴⁵. En ese sentido, debemos tener presente que éstos como personas son también en la mayoría de los casos progenitores por lo que tienen una visión propia sobre la forma de educar a sus hijos, al respecto, es conveniente que los profesores articulen un enfoque intermedio entre las posturas conservadoras y liberales que existen sobre la educación.

1.3.1.5. La intimidad del menor, la familia y los poderes públicos

Existen artículos que de manera indirecta se refieren a la protección del menor y de la familia, tales como el artículo 18 de la CE, donde el menor se encuentra protegido como parte integrante de la familia en lo que concierne a la intimidad personal.

Por ello, se puede aseverar que la familia se constituye en el pilar sobre el cual se forma el desarrollo del menor, sin embargo, no podemos ser ilusos y pensar que todas las familias conviven en armonía, es por eso precisamente que la normativa vigente en materia civil prevé el divorcio y una regulación dual de modalidades de custodia. En esa consideración, se debe tratar de buscar situaciones equiparables a una familia en casos

⁴⁴⁵ En esa consideración, ÁLVAREZ VÉLEZ, M^a I., *La protección de los derechos del niño...* op. cit., p. 163, manifiesta que: "...es necesario plantear la existencia de diversos sujetos con derechos, que aún estando entrecruzados tiene(n) todos la máxima importancia. Encontramos, en primer lugar, el derecho de los niños a la educación, íntimamente relacionado con la libertad de los padres para elegir el tipo de educación que desean dar a sus hijos. En segundo lugar, encontramos la libertad de éstos, para la creación de los centros de enseñanza, así como una conexión clara con la libertad de expresión establecida en el artículo 20 del texto constitucional. Hay que tener en cuenta, además, que en el ámbito educativo confluyen los intereses y los derechos de alumnos, padres, profesores, titulares de centros, y de los poderes políticos, todos ellos con posibilidades reales de conflicto".

de crisis matrimoniales o de uniones de hecho, lo que sin duda es una tarea compleja, circunscribiéndose esta actividad a procurar por todos los medios posibles a satisfacer el bienestar del menor desde una aproximación casuística.

Si bien es innegable que la estabilidad de la familia se encuentra relacionada con la armonía, hay que advertir que cuando ésta se encuentra sumida en una situación de crisis, la inestabilidad puede afectar de igual manera tanto a progenitores que ostentan la guarda unilateral, como compartida, independientemente de la modalidad de custodia que se adopte⁴⁴⁶.

En lo que concierne a los poderes públicos⁴⁴⁷ el artículo 48 señala que *“Los poderes públicos promoverán las condiciones para la intervención libre y eficaz de la juventud en el desarrollo político, social, económico y cultural”*, con ello, se pretende garantizar que los jóvenes no se encuentren capitidisminuidos de entre las personas de mayor edad a la hora tomar parte en las actividades de la colectividad⁴⁴⁸. Ésto tiene relación con el progresivo ejercicio de sus derechos que debe realizar el menor para promover su autonomía.

De todos los artículos citados de la Constitución Española de 1978, se deduce que si bien es cierto que el interés del menor no se encuentra previsto expresamente, éste subyace en toda la legislación, teniéndose que tomar en cuenta además que el Derecho Internacional forma parte de nuestro ordenamiento positivo⁴⁴⁹.

⁴⁴⁶ En ese sentido, GROS ESPIELL, H., “Los derechos de niño en América Latina”, en VERDUGO ALONSO, M. y SOLER-SALA, V. (Eds.), *La convención de los derechos del niño hacia el siglo XXI*, Edit. Universidad de Salamanca, 1996, p. 120, sostiene que: “Si no hay vida familiar fundada en la convivencia armónica y en el amor no hay estabilidad de la vida familiar, sino solo una márcena, una mera ficción. Y esa pseudo-estabilidad familiar, puede llegar a ser terriblemente negativa para el niño”.

⁴⁴⁷ Sobre el tema, ÁLVAREZ VÉLEZ, M^a I., *La protección de los derechos del niño...* op. cit., p. 159, dice: “En nuestra opinión, situar la protección a la familia como primera pauta de actuación de los poderes públicos, no supone minusvalorarla, y menos cuando, al establecerse que esa protección tendrá un alcance social, económico y jurídico, debe relacionarse este precepto, con otros muchos que aparecen en el texto constitucional”.

⁴⁴⁸ ALZAGA VILLAMIL, O., *La Constitución Española de 1978*, op. cit., p. 334.

⁴⁴⁹ España ha ratificado diversos Tratados Internacionales que avalan la participación del Derecho Internacional en el ordenamiento positivo de España, entre los que podemos

Para concluir, a nuestro juicio, hubiera sido preferible que el texto constitucional contuviera los preceptos relativos a la protección del menor de edad de forma concentrada en un capítulo concreto, para que de esta manera tengan mayor receptividad y eficacia.

1.3.2. La Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor⁴⁵⁰

Como no podía ser de otra manera, la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor⁴⁵¹, de 15 de enero de 1996, toma como modelo la Convención de los Derechos del Niño de 1989, además de mencionarlo expresamente en el contenido del artículo 3. 1 y 2 en la referencia a Instrumentos Internacionales⁴⁵²

En lo que respecta a los derechos contenidos en la Ley, éstos suponen la concreción de Derechos Fundamentales inherentes a la condición humana que están previstos en la Constitución Española, con la particularidad de reconocer la titularidad y el ejercicio de esos derechos

citar:

- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ambos de 1966, ratificados el 13 de abril de 1977.
- Convenio de la Haya de 1961, sobre competencia de las autoridades y la Ley aplicable en materia de protección de menores, ratificado el 29 de abril de 1987.
- Convenio de la Haya de 1980, sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, ratificado el 28 de mayo de 1987.
- Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, ratificado el 30 de noviembre de 1990.
- Convenio de la Haya de 1993, relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, ratificado el 30 de junio de 1995.
- Convenio europeo relativo al reconocimiento y la ejecución de decisiones en materia de custodia de menores, así como al restablecimiento de dicha custodia de 1980, ratificado el 9 de mayo de 1984.

⁴⁵⁰ Sobre el tema véase ALONSO PÉREZ, M., “La situación jurídica del menor en la Ley orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación al Código civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil: Luces y sombras”, en *Actualidad Civil*, núm. 2, 6-12 de enero de 1997, Tomo I, pp. 17-40.

⁴⁵¹ BOE núm. 15, de 17 de enero de 1996.

⁴⁵² Los incisos 1 y 2 del artículo 3 de la CDN textualmente señalan que “Los menores gozarán de los derechos que les reconoce la Constitución y los Tratados Internacionales, especialmente de la Convención de las Naciones Unidas de 1989, sin discriminación de ninguna clase.

La presente Ley se interpretará de conformidad con los Tratados Internacionales de los que España sea parte y principalmente de acuerdo con la Convención sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas de 1989”. A nuestro criterio su contenido es reiterativo con relación a la CDN de 1989.

con relación a la protección de los menores de edad⁴⁵³.

A nuestro juicio, los Derechos Fundamentales se concretan en el respeto por la vida, salud y educación del menor, por otro lado, estos derechos deben servir como base para la formación integral del menor.

En ese sentido, la Ley profundiza en los principios de protección integral e interés superior del menor, de acuerdo con la filosofía surgida en la Convención de los Derechos del Niño de 1989, además de que los derechos de los menores engloban aquellos que pueden subsumirse en la categoría de “ciudadano”⁴⁵⁴.

Igualmente, la LOJPM de 1996 se puede calificar de innovadora, en el ámbito del contexto de la desprotección social del menor al distinguir situaciones de riesgo y de desamparo, lo que motiva a un distinto grado de intervención de las entidades públicas⁴⁵⁵.

También, es importante resaltar que en su Exposición de Motivos se afirma que los menores de edad tienen que ser tomados en cuenta como sujetos activos con capacidad para participar en la búsqueda y satisfacción de sus necesidades, así pues, desde esa perspectiva se debe promover su autonomía. Siendo oportuno destacar aquí, que el menor de edad ante todo es persona.

En lo que respecta al interés del menor el primer párrafo del artículo 2 (principios generales) señala que:

“En la aplicación de la presente Ley primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir. Asimismo, cuantas medidas se adopten al amparo de la presente Ley deberán tener un carácter educativo...”

Es concluyente el contenido del artículo 2. 1. del que se desprende

⁴⁵³ LÁZARO GONZÁLEZ, I., *Los menores en el Derecho Español-Práctica Jurídica*, op. cit., pp. 81-82.

⁴⁵⁴ Vid. PICONTO NOVALES, T., *La Protección de la infancia (aspectos sociales y jurídicos)*, op. cit., p. 137.

⁴⁵⁵ Vid. MORENO MANSO, J. M., *Maltrato infantil*, op. cit., p. 107.

que el interés del menor es el eje principal de toda la Ley, aspecto que debe ser considerado en toda determinación.

En el marco de actuación de los poderes públicos el artículo 11. 2. señala que se debe preponderar la satisfacción del interés del menor⁴⁵⁶. Así, se vincula a los órganos del Estado con el objetivo de tomar en cuenta y hacer prevalecer el *bonus filii*.

Por otra parte, la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor ha sido también objeto de diversas críticas desde su promulgación. Así, hay quien sostiene que esta Ley se caracteriza por presentar ambigüedades y dar la apariencia de ser un postulado de principios, sin soluciones concretas, ni características propias al ser una reminiscencia de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989. Con referencia al interés del menor se afirma que no es nada nuevo y que siempre ha sido una norma obligada para el aplicador del derecho⁴⁵⁷.

Nosotros disentimos con esta postura, toda vez que al no estar considerado en una norma específica como es en este caso la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor de 1996 en la normativa española, su aplicación estaba sujeta a la discrecionalidad de los Administradores de Justicia en detrimento y perjuicio del menor.

El profesor Alonso Pérez es crítico cuando afirma que es una Ley que está llena de derechos pero que carece de deberes, si bien señala que pretende que la sociedad adopte una nueva mentalidad ante el menor. Asimismo, manifiesta que la mayoría de los preceptos tienen mucho de aprovechable y con relación al interés superior del menor, indica que se constituye en el centro de gravedad de la Ley⁴⁵⁸.

⁴⁵⁶ Expresamente el artículo 11. 2. prevé que: “Serán principios rectores de la actuación de los poderes públicos los siguientes: La supremacía del interés del menor,…”.

⁴⁵⁷ Siguiendo a GULLÓN BALLESTEROS, A., “Sobre la Ley 1/1996, de protección jurídica del menor”, en *La Ley*, XVIII, núm. 3970, febrero de 1996, Tomo I, pp. 1690-1693.

⁴⁵⁸ Vid. ALONSO PÉREZ, M., “La situación jurídica del menor en la Ley orgánica 1/1996... op. cit. p. 23; Discrepa también MARTÍN HERNÁNDEZ, J., *La intervención ante el maltrato infantil...* op. cit., p. 38, cuando señala que: Mientras a los padres se les exigen crecientes deberes y se les restringen poderes legítimos, en esa misma medida se atribuyen derechos a los hijos, sin exigirles compromisos.

En definitiva, la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor de 1996, ha generado polémica desde que se encuentra en vigencia, sin embargo, independientemente de la existencia de diferentes normas en el Derecho sustantivo, era necesaria su promulgación como norma especial, destinada a regular la protección de menores.

1.4. La protección del menor y el interés del menor en la legislación de Bolivia

1.4.1. Constitución Política del Estado

En la legislación boliviana, como norma fundamental tenemos que referirnos a la Constitución Política del Estado (CPE) reformada y aprobada por Ley núm. 3089, del 6 de julio de 2005, es así que en primer lugar debemos señalar el artículo 6 que señala que todo ser humano tiene personalidad y capacidad jurídica, de acuerdo a las leyes y goza de los derechos, libertades y garantías reconocidos por ella.

De este artículo se evidencia una referencia indirecta hacia el menor, por cuanto se hace mención a la persona en general como sujeto de derechos.

Asimismo, en el capítulo referente al régimen familiar se incluyen los siguientes preceptos:

En el artículo 193 se prevé que el matrimonio, la familia y la maternidad se encuentran bajo la protección del Estado.

Ésto significa, que el Estado asume un carácter tuitivo que contempla la protección a la familia y por ende de los hijos que componen dicha estructura.

De igual manera, el artículo 194. I. señala que en el matrimonio ambos cónyuges se encuentran en igualdad de derechos y deberes.

Esta situación promueve que ambos progenitores se encuentren en igualdad de condiciones respecto a ellos y por lo tanto con las mismas

obligaciones en lo que concierne a la formación de los hijos⁴⁵⁹. No obstante, dicha igualdad debería ser extensiva a situaciones de separación o divorcio.

Del mismo modo, en el artículo 195. I. se establece que los hijos, sin distinción de origen, tienen iguales derechos y deberes con relación a sus progenitores.

Este precepto deja de lado la absurda distinción que existía entre hijos matrimoniales e hijos producto de uniones de hecho o relaciones informales.

De igual forma, en el artículo 196 se señala que en casos de separación de los cónyuges, la situación de los hijos se definirá teniendo en cuenta el mejor cuidado e interés moral y material de éstos. Asimismo, se prevé que los acuerdos o proposiciones que realicen los progenitores pueden aceptarse por la Autoridad Judicial siempre que no atenten contra dicho interés.

Así pues, se debe procurar encontrar un punto de equilibrio entre la satisfacción del interés moral y material del menor en situaciones de crisis familiares, bien sea por acuerdo entre progenitores o en sede judicial⁴⁶⁰.

Igualmente, el artículo 197. I. establece que la autoridad de los progenitores, así como la tutela, deben tomar en cuenta el interés de los de los menores, en concordancia con los intereses de la familia y de la sociedad.

De ello, se puede colegir que en una situación de separación o divorcio, se tiene que preponderar en satisfacer el interés del menor sin dejar de lado los intereses de los progenitores.

Por otro lado, el artículo 199. I. prevé que el Estado protegerá y defenderá la salud física y moral de los menores así como también su

⁴⁵⁹ Criterio compartido por PACHECO DE KOLLE, S., *Derechos de la Niñez y Adolescencia...* op. cit., p. 76, cuando sostiene que el ejercicio de la autoridad que se confiere a ambos progenitores los coloca en el mismo plano, pues a los dos les competen no sólo las mismas obligaciones sino también los deberes referidos a prestar sustento, guarda, protección y educación a sus hijos.

⁴⁶⁰ En Bolivia dada la situación económica, el problema radica en que muchas veces es difícil satisfacer las necesidades materiales básicas del menor.

derecho a un hogar y a la educación.

En ese marco, se debe señalar que este artículo guarda concordancia con el artículo 193. Asimismo, hay quien acertadamente sostiene que al contemplarse al menor como parte de la familia, se hace necesario modificar la CPE, y reconocer de manera concreta los derechos y obligaciones de los menores como sujetos de derecho⁴⁶¹.

En lo que concierne al hogar y la educación del menor en una situación de crisis familiar, creemos que la custodia compartida es una alternativa que puede resultar atractiva en su beneficio, siempre y cuando las circunstancias así lo permitan.

Por su parte, el inciso II) del artículo 199 prevé la protección del menor en armonía con la legislación general mediante un Código especial, que procure una uniformidad de criterios y regulación de los derechos del menor a partir de la norma fundamental.

Disposición que se ha cumplido mediante la implementación del Código del Niño, Niña y Adolescente que se encuentra vigente desde el 27 de octubre de 1999.

Es importante realzar la validez de este Código puesto que así, existe mayor probabilidad de que la protección de sus derechos se encuentren garantizados, en ese sentido, apropiadamente se afirma que es aconsejable no limitarse al plano constitucional, sino extender su desarrollo a un marco legislativo posterior específico⁴⁶².

A manera de síntesis debemos señalar que el texto constitucional boliviano, contiene normas de acuerdo a la estructura vigente en el contexto internacional, pero el problema radica en que muchas de esas normas no se han hecho efectivas, siendo éste el principal inconveniente por resolver. ¿Cuáles son los motivos? Al respecto, existe una diversidad de razones, entre otras; se acusa una falta de planificación en las políticas

⁴⁶¹ PACHECO DE KOLLE, S., *Derechos de la Niñez y Adolescencia...* op. cit., p. 21.

⁴⁶² Vid. ÁLVAREZ VÉLEZ, M^a I., *La protección de los derechos del niño...* op. cit., p. 133.

gubernamentales, igualmente, existe una fragilidad institucional de las instituciones dedicadas a la protección del menor, sumado ello, a la falta de voluntad de los actores políticos.

1.4.2. El Código Niño, Niña y Adolescente de 1999⁴⁶³

Fruto del mandato constitucional del artículo 199. II. de la Constitución Política del Estado de Bolivia, se promulga por Ley N° 2026, de 27 de octubre de 1999, el Código Niño, Niña y Adolescente⁴⁶⁴

Antes de abordar el contenido del presente Código, debemos de forma ineludible referirnos a los términos “niño, niña y adolescente”, si analizamos la postura del legislador, nos imaginamos que utiliza estas expresiones con la finalidad de que no existan criterios de desigualdad entre los menores.

Nosotros somos partidarios de una igualdad plena en todo nivel, sin distinción o prerrogativa alguna en razón de sexo, pero en el ámbito jurídico consideramos que es preferible utilizar únicamente el término “menor” de manera genérica, para referirse a la protección de todas aquellas personas con menos de dieciocho años de edad, prescindiendo de los vocablos “niño, niña y adolescente”⁴⁶⁵.

Una vez dilucidada la dualidad de términos, en lo que respecta el

⁴⁶³ Sobre la evolución del sistema legal boliviano sobre protección de menores véase JIMÉNEZ SANJINÉS, R., *Lecciones de Derecho de Familia y Derecho del Menor*, Edit. Presencia S.R.L., La Paz-Bolivia, 2002, (Tomo II), pp. 607-610; PACHECO DE KOLLE, S., *Derechos de la Niñez y Adolescencia...* op. cit., pp. 25 a 27; VILLAZÓN, D. M., *Familia, Niñez y Sucesiones, curso sintético...* op. cit., pp.169-171.

⁴⁶⁴ Como antecedente previo a la promulgación del CNNA de 1999, se debe mencionar que la legislación del menor en Bolivia se inicia con la promulgación del primer Código del Menor, por Decreto Supremo núm. 7760, de 1 de agosto de 1966, luego el segundo Código del Menor, se promulga por Decreto Ley núm. 12538, de 30 de mayo de 1975, por último el tercer Código del Menor de 1992, se promulga por Ley núm. 1408, de 18 de diciembre de 1992.

⁴⁶⁵ Al respecto, GARCÍA MÉNDEZ, E. y CARRANZA, E. (Coords), *Infancia, Adolescencia y control social en América Latina*, Edit. Depalma, Buenos Aires-Argentina, 1990, p. 1, señalan que: “...interesa especialmente poner de relieve que el término “infancia-adolescencia” está cargado de ambigüedades, que sólo un uso ingenuo o interesado permitiría ignorar. Más que referido realmente a elementos de carácter biológico-cronológico, el uso que la literatura tradicional hace de las expresiones “niño”, “adolescente” o “joven”, resulta por lo general de un carácter ideológico altamente mistificante”.

interés del menor, el texto normativo en el artículo 6 (interpretación) textualmente prevé que:

“Las normas del presente Código deben interpretarse velando por el interés superior del niño, niña y adolescente, de acuerdo con la Constitución Política del Estado, Las Convenciones, Tratados Internacionales vigentes y las leyes de la República”.

A nuestro juicio, de la redacción de este artículo si bien se prevé expresamente la satisfacción del “interés del menor”, el legislador no ha previsto en que consiste dicho término, lo que sin duda afecta a la determinación del *bonus filii* en una situación de crisis familiar, concretamente, en nuestro caso, en la valoración que se debe hacer respecto a la posibilidad de aplicar la custodia compartida.

En cuanto al ámbito de aplicación del Código Niño, Niña y Adolescente, de conformidad al primer párrafo del artículo 2 se señala que:

“Se considera niño o niña a todo ser humano desde su concepción hasta cumplir los doce años y adolescentes desde los doce a los dieciocho años de edad cumplidos”.

Tal como expresamos, para no generar controversia entendemos que era preferible no distinguir entre niños y adolescentes, puesto que el Código Civil boliviano, prevé que son considerados menores de edad todas las personas que tengan menos de 18 años de edad, sin hacer mayores distinciones⁴⁶⁶.

Si bien la protección y el interés del menor se encuentran previstos en la legislación boliviana, creemos que a la hora de realizar un balance sobre la efectividad de los preceptos contenidos en este Código, debemos

⁴⁶⁶ El artículo 4.1 del Código Civil boliviano prevé que: “La mayoría de edad se adquiere a los dieciocho años cumplidos”.

señalar que no han sido implementados de manera positiva⁴⁶⁷.

Ahora bien nos preguntamos ¿Qué hacer para solucionar el problema?

De acuerdo a la normativa interna en la legislación boliviana existe la figura jurídica del “defensor del pueblo”, que por lo visto no resulta suficiente en lo que se refiere a la protección del menor, por ello, tal como acontece en la legislación española somos partidarios de la introducción en la normativa interna de una institución concreta, en este caso el “defensor del menor” para que realice un seguimiento y garantice el cumplimiento de sus derechos y deberes que están contemplados en la Constitución Política del Estado y en la legislación especial⁴⁶⁸.

Es decir, el “defensor del menor” debe ser la Autoridad encargada de promover la concreción del interés del menor en todas las situaciones que sean de su conocimiento.

1.5. Semejanzas y diferencias en las legislaciones de España y de Bolivia, con relación a la protección y el interés del menor

En lo que concierne a similitudes respecto a la tarea de velar por la protección de los menores, se tiene a las siguientes:

- Ambas Constituciones disponen que el Estado debe ser el principal –sino el único- encargado supervisar y garantizar esta labor.
- Tanto la Constitución Española como la Boliviana protegen sin discriminación a todos los hijos, sin diferenciar si son habidos dentro o fuera del

⁴⁶⁷ Sobre los motivos que han impedido la aplicación de las normas referidas a la familia y el menor JIMENEZ SANJINÉS, R., *Lecciones de Derecho de Familia y Derecho del Menor*, op. cit., pp. 611-612, sostiene que se debe principalmente a una falta de voluntad política de los sucesivos gobiernos de turno que ha tenido Bolivia.

⁴⁶⁸ Al respecto, RETUERTO, M., en “La protección constitucional del menor a través del defensor del pueblo”, op. cit., p. 407, afirma que: “... como todo jurista bien conoce, los derechos no sólo hay que definirlos sino protegerlos; las garantías son el instrumento más eficaz para que un derecho sea considerado como realmente efectivo”.

matrimonio.

- Las dos Constituciones establecen a la familia como la institución que debe velar por la protección de los menores.
- Tanto la Constitución Española como la Boliviana, prevén que los cónyuges se encuentran en igualdad de condiciones respecto a los hijos.
- La educación en ambas Constituciones se encuentra configurada como el pilar que debe contribuir a la formación integral del menor, que además debe ser promovida por el Estado y ejecutada por los progenitores.
- Ambas legislaciones prevén la protección del menor en un Código especial.
- Tanto la LOPJM en la legislación española como el CNNA en la normativa boliviana, no definen en que consiste el interés del menor.

Asimismo, en cuanto a las diferencias que existen en las normas fundamentales de ambos Estados podemos señalar entre otras:

- Que la Constitución Española no contempla expresamente la referencia al término “interés del menor”, a diferencia de la Constitución Política del Estado de Bolivia que si contempla la utilización de dicha locución.
- Que los temas referentes a la familia y los menores en la Constitución Política del Estado de Bolivia se encuentran concentrados en un capítulo, lo que no ocurre en la Constitución Española donde las disposiciones relativas a la familia y el menor se encuentran de forma dispersa en el texto normativo.

- Que la norma fundamental española data de 1978, ésto significa que su vigencia ha sido anterior a la promulgación de la CDN de 1989, en cambio, la Constitución Boliviana ha sido objeto de modificaciones periódicas después de la implementación de este Documento en 1967, -la última del año 2005⁴⁶⁹- introduciendo cambios en lo que atañe a la protección del menor.
- Que en el ámbito de la regulación específica sobre la protección del menor, en la Constitución Boliviana se prevé expresamente la creación de un Código especial, lo que no ocurre en la Constitución Española que no contiene ninguna disposición al respecto.
- Que la LOPJM en la legislación española utiliza el término “menor” en su contenido, en cambio, el CNNA en la normativa boliviana emplea los “vocablos niño, niña y adolescente” en su regulación.

En definitiva, señalar que ambas legislaciones prevén disposiciones que protegen al menor y preponderan su interés, no obstante, todavía no existe una aproximación uniforme que permita afrontar de manera efectiva la concreción de este tema.

2. EL CONCEPTO DEL INTERES DEL MENOR COMO CRITERIO DE ATRIBUCIÓN DE LA CUSTODIA COMPARTIDA

Una vez examinado el contexto en el que se desarrolla el tema del interés del menor en la CDN de 1989, así como en las legislaciones de España y de Bolivia, en el desarrollo del presente apartado nos abocaremos a su estudio de forma puntual con sus correspondientes

⁴⁶⁹ Reformas introducidas por Ley N° 3089, del 6 de julio de 2005.

implicaciones y connotaciones en lo que atañe a la custodia compartida de los hijos.

Estimamos que, en la implementación de esta figura jurídica en situaciones de crisis matrimoniales o de uniones de hecho el criterio fundamental a ser tomado en cuenta es el interés del menor, por consiguiente, merece un análisis exhaustivo, sin embargo, durante su tratamiento encontraremos diferentes enfoques que no coadyuvan a determinar en que consiste exactamente este término, por ello, nos centraremos en esbozar nuestro criterio con relación a las aproximaciones que existen sobre el tema.

2.1. Interés o beneficio del menor en el ámbito jurídico

El Diccionario de la Lengua Española, señala que “*interés*” significa lo que a uno le afecta por el provecho o utilidad que le reporta; mientras que “*beneficio*” es el bien que se hace o se recibe, o también, utilidad y provecho⁴⁷⁰.

De la semántica de los dos términos nos encontramos ante una situación con una estructura parecida sin diferencias esenciales.

Así, hay quien prefiere utilizar el término beneficio, por cuanto parece contemplar aspectos espirituales o morales, que están menos presentes en el término interés⁴⁷¹.

En cambio, hay autores que sostienen que el término “beneficio” da la impresión de tener una insinuación económica⁴⁷².

No existe pues uniformidad en cuanto a la utilización de un solo término, pese a ello, se debe destacar que en la doctrina prima la acepción de los vocablos “interés del menor”, lo mismo que acontece en

⁴⁷⁰ *Diccionario Manual Ilustrado de la Lengua Española*, Edit. Bibliograf, Barcelona 1989, Décima tercera edición, pp. 162-642.

⁴⁷¹ Siguiendo a ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRRIAGA, L., “Reflexiones en relación con la guarda y custodia de los hijos...”, op. cit., p. 28.

⁴⁷² Ver por todos DÍEZ-PICAZO, L., *Familia y Derecho*, Edit. Civitas, Madrid, 2004, p. 176.

los Tratados Internacionales.

A nuestro modo de ver, nos adherimos al célebre Ihering⁴⁷³ para quien el interés:

“En el sentido subjetivo, designa el sentimiento que se tiene de las condiciones de la vida. Si me intereso por una persona, por un objeto, por una situación, es porque yo siento que dependo de ella, desde el punto de vista de mi existencia o mi bienestar, de mi satisfacción o de mi felicidad. Los intereses son, pues, las condiciones de la vida en su sentido lato”.

Se desprende así que el término “*interés*” contempla tanto el ámbito espiritual como el material, que es lo que nos interesa en función a proteger y velar por la formación y desarrollo del menor⁴⁷⁴.

Durante el desarrollo del presente tema utilizaremos prioritariamente el término “interés del menor”, no obstante, en virtud a las semejanzas de carácter semántico, cuando sea conveniente se empleará también el vocablo “beneficio”.

2.2. Preeminencia del interés del menor sobre otro tipo de interés

En cuanto al interés del menor como criterio prevalente sobre cualquier otro, se concreta en aquello que, atendidas las circunstancias de un caso concreto, sea más favorable para él, proporcionándole las mejores condiciones para su desarrollo personal⁴⁷⁵.

De ello se deduce que en caso de existir intereses opuestos, previa valoración casuística, debe prevalecer el interés del menor en una

⁴⁷³ VON IHERING, R., *3 estudios jurídicos, del interés de los contratos, la posesión la lucha por el derecho*, Edit. Atalaya, Buenos Aires, 1947, p. 68.

⁴⁷⁴ Criterio compartido por RIVERO HERNÁNDEZ, F., *El interés del menor*, op. cit., p. 55, quien sostiene que el interés comprende tanto los bienes materiales, patrimoniales como los espirituales o ideales

⁴⁷⁵ LÁZARO GONZÁLEZ, I., *Los menores en el Derecho Español-Práctica Jurídica*, op. cit., p. 215.

situación de crisis familiar⁴⁷⁶.

Es así, que parte de la doctrina apunta a que la cláusula del beneficio del menor prevalece al interés de los progenitores en la suposición de existir un conflicto⁴⁷⁷. En el tema que analizamos ésto se refleja, en el supuesto de que el menor en una situación de crisis matrimonial prefiera la aplicación de la custodia compartida, a diferencia de los padres, quienes a su turno soliciten para bien de ellos la implementación de la custodia unilateral.

De la misma manera, se sostiene que el interés del menor tiene que ser tomado en cuenta con preeminencia sobre otros criterios previstos en la norma como consecuencia de lo establecido en la legislación vigente⁴⁷⁸.

Concretamente, en la legislación española el artículo 2 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor de 1996, prevé el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir.

Como crítica a ello, otra parte de la doctrina sostiene que es dable que entre intereses semejantes prevalezca el del menor, y es contrario a la legislación vigente que el interés del menor se considere superior al de una persona mayor de edad con más valor⁴⁷⁹.

⁴⁷⁶ Criterio que comparte SALANOVA VILLANUEVA, M., "Aproximación al Derecho de visita", en *Actualidad Civil*, núm. 24/ 12-18 de junio de 1995, Tomo II, p. 511, cuando sostiene que: "Se configura como interés preeminente ante el que en todo caso deberá claudicar el de cualquier otro sujeto que se le oponga".

⁴⁷⁷ En ese sentido, Díez-Picazo, L., *Familia y Derecho*, op. cit., p. 175, manifiesta que: "La cláusula de beneficio de los hijos supone una regla, en virtud de la cual en caso de conflicto el interés de los hijos prepondera y el interés de los padres se sacrifica y cede". De la misma forma, TORRELLES TORREA, E., "La filiación", en MALUQUER DE MOTES, C. J., (Coord.), *Derecho de Familia*, Edit. Bosch, Barcelona, 2005, p. 280, afirma que el principio de *favor filii* debe prevalecer sobre el interés de los progenitores.

⁴⁷⁸ Sobre el tema, CALDERÓN CUADRADO, M. P., *Medidas provisionales en nulidad, separación y divorcio (La aplicación práctica de los artículos 102 a 106 del CC y 771 a 773 de la LEC)*, Edit. Tirant lo blanch, Valencia, 2002, p. 135, sostiene que: "El interés de los hijos es, o debe ser, atendido incluso por encima de otros criterios establecidos por el legislador".

⁴⁷⁹ Con relación a ello ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRRIAGA, L., "Reflexiones en relación con la guarda y custodia de los hijos...", op. cit., p. 27, dice que: "Lo categórico de la afirmación parece excluir toda ponderación entre los intereses o principios en juego, lo que es evidentemente erróneo. Una cosa es que entre intereses iguales o al

A nuestro juicio, disentimos con esta postura, toda vez que en el supuesto conflicto de intereses, el menor está protegido en función a la minoría de edad determinada en la normativa vigente.

En esa consideración, se afirma que en un conflicto de intereses debe triunfar el del menor por mandato legal, lo cual no significa una discriminación positiva, sino que los derechos que éste tiene, deben ser protegidos en adecuación a su persona⁴⁸⁰.

Así, pues, en una situación de separación o divorcio, se tiene que desterrar la discriminación positiva, puesto que no se le está concediendo ninguna prerrogativa al menor, sino que en función a su condición y en vista de que la estructura familiar funcional no ha cumplido su objetivo resulta necesario precautelar su interés.

En ese marco, hay autores que de forma acertada señalan que el principal motivo de la defensa prevalente del interés del menor se encuentra relacionada con su minoría de edad, aspecto que el legislador estima como susceptible de mayor vulnerabilidad, por lo que requiere una protección jurídica especial, No obstante, ésto no significa que la condición de persona de un menor se diferencie de aquellas personas que han adquirido la mayoría de edad⁴⁸¹.

Ésto demuestra que el interés del menor debe primar con respecto al de una persona mayor de edad, precisamente por su condición de ser menor de edad, situación que le convierte en una persona vulnerable con capacidad limitada para actuar por si sola.

Asimismo, en lo que atañe a situaciones de crisis matrimoniales o de uniones de hecho, creemos que tiene que prevalecer el beneficio del menor, en razón de que los progenitores desaprovecharon su oportunidad

menos, semejantes, prime el del menor sobre otro cualquiera, y cosa bien distinta y contraria al ordenamiento jurídico, sería que el interés del menor, por insignificante que fuera, se antepusiera al de un mayor de edad, de muy superior valor”.

⁴⁸⁰ Sobre el tema véase RIVERO HERNÁNDEZ, F., *El interés del menor*, op. cit., p. 90.

⁴⁸¹ Ver por todos, CASTILLO MARTÍNEZ, C. DEL C., “El Interés del Menor como Criterio Prevalente en la Mediación Familiar”, en www.monografias.com/trabajos30/menores-criterio-prevalente-mediacion-familiar/menores-criterio-prevalente-mediacionfamiliar.shtml, fecha de consulta, 6 de marzo de 2006.

de conservar una estructura familiar funcional en armonía.

Así, cuando los cónyuges deciden finalizar su relación, tienen que aunar esfuerzos en adoptar una modalidad de custodia que resulte eficaz para el cuidado de los menores y su respectiva protección⁴⁸².

Por consiguiente, lo que resta es intentar promover que el interés del menor sea garantizado como parte de esa familia que no se pudo conservar, y la custodia compartida se presenta como una posibilidad viable.

Hay quien afirma que el interés superior del menor, al ser un principio jurídico, universal y abstracto, se constituye en el criterio principal para determinar la modalidad de custodia a aplicarse. Inclusive prevaleciendo al interés de los progenitores⁴⁸³.

Sin duda, el interés del menor es un tema que tiene un ámbito espacial y temporal de aplicación diverso, pero, en el desarrollo del presente trabajo existe una delimitación en el tema a la factibilidad de la aplicación de la custodia compartida, aspecto que convierte dicho principio universal en una situación concreta.

Se debe tomar en cuenta que por encima de los deseos personales de los progenitores o terceros se configura el interés superior del menor desde la perspectiva del desarrollo independiente e integral de su personalidad que comprende su crecimiento físico, formación intelectual y protección de la salud, criterios que influyen en la determinación del beneficio del menor de forma vivencial, dejando de lado la percepción

⁴⁸² Criterio compartido por DURÁN AYAGO, A., "El interés del menor en el conflicto de civilizaciones: elementos para su concreción en un contexto intercultural", en CALVO CARAVACA, A. L. y CASTELLANOS RUIZ, E. (Directores), *El Derecho de familia ante el siglo XXI: aspectos internacionales*, Edit. Colex, Madrid 2004, p. 315, quien manifiesta que en caso de que una relación de pareja haya llegado a su fin y existan descendientes directos –lo cual generalmente ocurre-, lo primordial se circunscribe a garantizar un régimen de protección que favorezca en primera instancia a los menores como principales afectados.

⁴⁸³ Por ejemplo, PAGÉS I CRIVILLÉ, M., *Hijos y Divorcio*, op. cit., p. 85. De igual forma PASTOR VITA, F. J., "Algunas consideraciones sobre la Ley de reforma del Código Civil en materia de separación y divorcio", op. cit., pp. 40-41, sostiene que en lo que atañe la patria potestad y la custodia de los hijos debe prevalecer el interés del menor frente al interés de los progenitores.

racional⁴⁸⁴.

Por este motivo, quienes participen en la determinación y concreción del interés del menor tienen que precautelar su formación integral, procurando que éste tenga una adecuada forma de vida. En nuestro caso, esto se realizará a través de la correcta elección de la modalidad de custodia a implementarse.

En lo que atañe a la determinación de la custodia y el ejercicio de la autoridad parental en la esfera de la educación los padres deben habilitar al menor para su inserción social, lo que significa asumir una tarea laboriosa y compleja de determinar y hacer eficaz el interés de sus hijos que implica a veces sacrificio y renuncia a sus propios intereses⁴⁸⁵.

Por lo tanto, -sin el ánimo de propiciar criterios de desigualdad-, ante un supuesto conflicto de intereses en la relación padres-hijos, a nuestro juicio, la empatía de los progenitores a favor del menor, tiene un rol preponderante en la concreción del interés de éste último.

Todo ello y sin olvidar, que conviene respetar el interés del menor siempre que las tareas familiares impulsen racionalmente la autonomía del menor de manera responsable, procurando interrelacionar derecho y deber⁴⁸⁶. Es decir, en la concreción del interés del menor tiene que propiciarse su independencia sin vulnerar el equilibrio que debe existir entre derechos y obligaciones.

Además, la concretización de éste interés no significa la

⁴⁸⁴ Posición asumida por el profesor ALONSO PÉREZ, M., "La situación jurídica del menor...", op. cit., p. 24, cuando sostiene que: "Sin duda, el *interés superior del menor* debe referirse al desenvolvimiento libre e integral de su personalidad... a la supremacía de todo lo que le beneficie más allá de las apetencias personales de sus padres, tutores, curadores o administraciones públicas, en orden a su desarrollo físico, ético y cultural. La salud corporal y mental, su perfeccionamiento educativo, el sentido de la convivencia, la tolerancia y la solidaridad con los demás sin discriminación de sexo, raza, etc., la tutela frente a las situaciones que degradan la dignidad humana (droga, alcoholismo, fundamentalismos, sectas, etc.) son otros tantos aspectos que configuran el concepto más vivencial que racional del *interés del menor*".

⁴⁸⁵ Cfr. LÁZARO GONZÁLEZ, I., *Los menores en el Derecho Español-Práctica Jurídica*, op. cit., p. 118.

⁴⁸⁶ Una vez más el profesor ALONSO PÉREZ, M., "La situación jurídica del menor...", op. cit., p. 24, acertadamente señala que: "El *interés del menor* se respeta en la medida en que las funciones familiares o parafamiliares fomentan equilibradamente la libertad del menor y el sentido de la responsabilidad, la armonía inescindible entre derecho y deber".

consagración de ningún *favor minoris*, entendido como una condición de gracia hacia un sujeto débil⁴⁸⁷.

Ésto hace evidente que en el momento de decidir si es factible la implementación de la custodia compartida, el interés del menor se constituye en el centro de gravedad en una situación de crisis matrimonial o de unión de hecho. Es así que se manifiesta que en las relaciones privadas donde participe el menor, su interés será el criterio fundamental y tendrá una consideración primordial⁴⁸⁸.

Sin duda, debe primar el beneficio del menor, por cuanto éste no tiene motivo alguno para tener que soportar las desavenencias conyugales de sus progenitores, lo que significa que tiene derecho a mantener el vínculo con ambos padres por igual, de forma independiente a la relación que exista entre la pareja. Ésto, al amparo de los instrumentos internacionales actuales que resaltan la preponderancia del principio del interés superior del menor como principal criterio de decisión, con relación a otros intereses⁴⁸⁹.

En la Jurisprudencia, se adopta un criterio generalizado de preponderar el interés del menor en situaciones de crisis familiares. Así, el Auto de la Audiencia Provincial de Badajoz (Sección 2ª), de 30 de junio de 1994⁴⁹⁰, resuelve que en los supuestos de disparidad de intereses entre los padres e hijos sobre el derecho de guarda y visita prepondera el beneficio del menor, en función a que el legislador ha puesto de relieve que se tiene que proteger al desvalido y desamparado haciendo prevalecer el *favor filii*.

Asimismo, la SAP de Huesca, de 13 de octubre de 1994⁴⁹¹,

⁴⁸⁷ IGLESIAS REDONDO, J. I., *Guarda Asistencial tutela ex lege y acogimiento de menores*, Edit. Cedecs, Barcelona, 1996, p. 64.

⁴⁸⁸ Postura que comparte DURÁN AYAGO, A., "El interés del menor en el conflicto de...", op. cit., p. 306.

⁴⁸⁹ Vid. VELÁZQUEZ SÁNCHEZ, Mª., "Evolución de las instituciones protectoras de menores en la normativa convencional de Derecho Internacional Privado", en MARTÍNEZ GALLEGO, E. Mª. (Coord.), *Menores: Instituciones de protección y responsabilidad*, Edit. Fund. Diagrama, Murcia, 2004, p. 170.

⁴⁹⁰ AC 1994\969, ponente: Ilmo. Sr. D. Fernando Paumard Collado.

⁴⁹¹ AC 1994\1710, ponente: Ilmo. Sr. D. Ramiro Solans Castro.

declara que en una situación de adopción debe primar el interés del adoptado en detrimento del adoptante. Extremo que refleja la preponderancia del interés menor por encima del interés en éste caso del padre biológico o del futuro adoptante.

En la misma línea, la SAP de Castellón núm. 471 (Sección 1ª), de 27 de noviembre de 1997⁴⁹², desestima la acción de filiación materna extramatrimonial, al considerar improcedente dicha petición en función a que debe prevalecer el interés de la menor que en su momento fue entregada en adopción y que en la actualidad goza de un ambiente familiar adecuado, que precautela el cuidado de su salud tomando en cuenta que requiere cuidados necesarios para atender su enfermedad.

Por otra parte, en lo que concierne a la normativa boliviana existe una dualidad de posiciones con referencia a las normas sustantivas respecto del conflicto de intereses que se presentan entre los hijos y padres.

Así, el Código de Familia protege al menor como parte de la estructura familiar, no obstante, en caso de conflicto de intereses se deben respetar también los intereses de los padres. En cambio, el Código Niño, Niña y Adolescente prepondera y realza el interés del menor en la suposición de un conflicto con los progenitores⁴⁹³.

A nuestro criterio, si bien dentro de la estructura familiar tiene que primar el equilibrio entre sus integrantes, aspecto que se plasma en iguales derechos y obligaciones, tiene que preponderarse el interés del menor por su condición de sujeto vulnerable, por este motivo, es aconsejable que el legislador boliviano adopte una postura unívoca al respecto.

En síntesis, creemos que no debe prevalecer el interés del menor bajo capricho del mismo, sino que de la valoración de la situación de crisis

⁴⁹² AC 1997\2543, ponente: Ilmo. Sr. D. José Manuel García-Simón Vicent.

⁴⁹³ Vid. PACHECO DE KOLLE, S., *Derechos de la Niñez y Adolescencia...* op. cit., p. 23.

familiar, se tiene que apreciar si la implementación de la custodia compartida es lo mejor y más beneficioso para su formación y desarrollo, tomando en cuenta su estado de minoría.

2.3. Interés moral y material

En la determinación del *interés del menor* en la custodia compartida en situaciones de separación o divorcio corresponde analizar si debe prevalecer el interés moral que consiste en la satisfacción de las necesidades espirituales y afectivas, o bien tiene que preponderarse en la concreción del interés material que se refiere al bienestar económico⁴⁹⁴.

Sobre ello, la doctrina no es homogénea, por una parte, se señala que el interés del menor se debe atender con preponderancia en el ámbito espiritual sobre el material⁴⁹⁵.

Criterio sostenido en la Jurisprudencia a través de entre otras resoluciones, de la SAP de Tarragona (Sección 1ª), de 30 de abril de 1998, así, como también en la SAP de Granada (Sección 4ª), de 3 de marzo de 1999⁴⁹⁶, fallos donde se prepondera el interés del menor, como único principio legal rector a valorar al tiempo de su acuerdo, haciendo mención como fundamentos para su concreción a la estabilidad emocional y el bienestar psicológico del menor imprescindibles para que exista integración en la estructura familiar.

De igual manera, prevalece el interés del menor desde el punto de vista emocional en la resolución de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 1ª), de 4 de julio de 1997⁴⁹⁷, que declara la procedencia del

⁴⁹⁴ Sobre el tema, MARTÍNEZ LÓPEZ, A. J., *El menor ante la norma penal y delitos contra el menor y la familia*, Edit. Librería del profesional, Bogota, 1986, Primera edición, p. 101, sostiene que la formación integral del menor debe estar complementada tanto por la asistencia moral como material.

⁴⁹⁵ Siguiendo a RIVERO HERNÁNDEZ, F., *El interés del menor*, op. cit., p. 197. En el mismo sentido, SALAZAR BORT, S., *La tutela especial de los hijos en la atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales: El interés protegido*, op. cit., p. 66, sostiene que debe prevalecer el interés espiritual sobre el material, por cuanto, considera a este último como secundario.

⁴⁹⁶ AC 1999\4732, ponente: Ilmo. Sr. D. Carlos José de Valdivia y Pizcuela.

⁴⁹⁷ AC 1997\2603, ponente: Ilmo. Sr. D. Eloy Mendaña Prieto.

reintegro de los menores a su padre en su país de origen, al considerar que el menor no se compenetra e integra al nuevo medio familiar, lo que resulta perjudicial para su desarrollo.

Ésto significa, que prevalece el ámbito espiritual, lo cual conlleva a que las cosas materiales pasen a segundo plano. A nuestro modo de ver, desde una aproximación jurídica corresponde promover la interrelación de ambas esferas, tomando en cuenta el rol del ejercicio de la autoridad parental, además que la determinación del interés del menor depende del ámbito espacial y temporal en el que haya ocurrido la ruptura matrimonial o de unión de hecho.

Es decir, si se opta por atender con preferencia el ámbito espiritual se corre el riesgo de afectar la esfera material con los perjuicios que puede acarrear este extremo, como puede ser el descuido en la alimentación, salud y educación respectivamente, deberes que tienen obligación de satisfacer ambos progenitores.

En ese sentido, otro sector de la doctrina es proclive a sostener que en lo que concierne a la posesión de riquezas materiales o disfrute de bienes espirituales, las dos esferas deben equilibrarse⁴⁹⁸.

Por consiguiente, nos adherimos a esta postura, puesto que en una situación de crisis matrimonial o de unión de hecho, la custodia compartida se presenta como una alternativa para concatenar el interés moral y material del menor con relación a los progenitores por las siguientes razones:

- El menor conserva una relación estable, amplia y periódica con ambos progenitores, lo que equivale a preservar su interés moral.
- Los progenitores al compartir la custodia, deben satisfacer directamente el interés material del menor, por cuanto el régimen de asignación de pensión

⁴⁹⁸ Siguiendo a DÍEZ-PICAZO, L., *Familia y Derecho*, op. cit., p. 176.

alimenticia será distinto al previsto en una custodia monoparental⁴⁹⁹.

A este respecto, la legislación boliviana en el Código de Familia en el capítulo referente a los efectos del divorcio, en el artículo 145 (situación de los hijos) prevé que el Juez debe motivar la sentencia tomando en cuenta tanto el interés moral como material de los hijos.

Ésto quiere decir que se tiene que encontrar un punto de equilibrio entre el interés moral y material del menor sin que exista preferencia o inclinación por ninguno de los criterios señalados.

En cambio, en la legislación española, los artículos 92, 154, 159 y 170 del Código Civil abarcan genéricamente el beneficio o interés del menor sin especificar si se refiere al ámbito moral o material, en esa perspectiva no se puede presuponer si el silencio del legislador al respecto, representa la protección de ambas esferas o que una prime sobre la otra. Creemos que el legislador debe modificar dichos artículos con el objetivo de velar por la formación integral del menor, disponiendo de manera expresa la protección del interés moral y material.

2.4. Interés del menor. ¿Presente o futuro?

Con referencia al tema de la preeminencia del interés presente o futuro del menor en una situación de crisis matrimonial o de unión de hecho existen posturas que ponen de relieve el futuro sobre el presente o la combinación de ambas esferas.

Así, hay quien sustenta que por ser personas de corta edad tiene que prevalecer el beneficio futuro antes que el beneficio presente, recordando que una infancia feliz es el requisito indispensable para un desarrollo ideal y libre de la personalidad individual⁵⁰⁰.

⁴⁹⁹ En situaciones de crisis matrimoniales o de uniones de hecho ocurre que existen progenitores que argumentan todo tipo de pretextos con el fin de otorgar una cantidad mínima que no satisface el interés material del menor, especialmente cuando no solicitan o presuponen que no les otorgarán la custodia del menor.

⁵⁰⁰ Entre otros, DÍEZ-PICAZO, L., *Familia y Derecho*, op. cit., p. 176.

Se sostiene así, que el interés del menor se debe realizar en función al futuro, desde el ámbito de su situación personal⁵⁰¹.

Por lo tanto, lo óptimo es satisfacer el futuro del menor, enfocado desde un punto de vista de una planificación concertada y precautelando la formación integral que debe tener el menor.

Por nuestra parte, creemos que antes de pronunciarse por el presente o futuro del menor, se debe ubicar el proceso de separación o divorcio en el ámbito espacial y temporal, y sólo así se determinará si es aconsejable la aplicación de la custodia compartida.

En ese sentido, con relación al presente trabajo en España es más realista pensar en el futuro antes que en el presente del menor, por cuanto, el Estado brinda mayor cobertura y protección a las personas -aun cuando exista insatisfacción al respecto-. En cambio, en Bolivia por la inexistencia de una protección real de parte del Estado y por los problemas económicos que tiene una gran parte de la población y por ende las estructuras familiares lo primordial es garantizar el presente del menor, pasando a un segundo plano el futuro del menor.

Sin embargo, hay que tomar en cuenta el interés presente del menor con relación a su futuro desde el ámbito personal como parte de la sociedad de la cual formará parte⁵⁰².

En ese marco, se adopta una postura híbrida que si bien considera el presente del menor prevalece el interés futuro, no obstante, es conveniente señalar que es el menor quien debe adaptarse a la sociedad y no la sociedad al menor individualmente.

Así también, un sector de la doctrina afirma que el interés del

⁵⁰¹ En ese sentido, DURÁN AYAGO, A., *La protección internacional del menor desamparado: régimen jurídico*, op. cit., p. 92, sostiene que: "El concepto del interés del menor estriba, en fin, en la mayor suma de ventajas, de cualquier género y especie, y del menor número de inconvenientes que le reporta una situación perfectamente determinada respecto de otra, siempre en proyección de futuro, desde el exclusivo punto de vista de su situación personal".

⁵⁰² En esa línea RIVERO HERNÁNDEZ, F., *El interés del menor*, op. cit., p. 115, sostiene que: "El interés actual del menor debe ser considerado no en atención al futuro de la sociedad en la que se integrará como adulto, sino al futuro de esa persona en su doble condición (inescindible) individual y social".

menor se tiene que analizar con una visión de presente y futuro, en función a que es primordial para los hijos menores de edad mantener una relación estable con ambos padres durante estos dos periodos⁵⁰³. Postura que compartimos, por cuanto, es prudente buscar un equilibrio entre presente y futuro, en función al bienestar del menor.

Sin embargo, no hay que olvidar que, durante la tramitación del proceso contencioso de separación o divorcio, tiene importancia relevante el presente del menor, puesto que en base a los antecedentes de conducta de la relación de pareja se decidirá, que régimen de custodia se adoptará provisionalmente hasta tanto no se resuelva la causa de manera definitiva.

En esas circunstancias la implementación de la custodia compartida en interés del menor se presenta como una alternativa en situaciones de crisis matrimoniales o de uniones de hecho, así, pues, los cambios con respecto a la convivencia matrimonial serán mínimos, siempre que las causas de separación o divorcio no obedezcan a violencia o malos tratos por ejemplo.

2.5. Diferentes acepciones del término “interés del menor”

Ahora bien, en lo que concierne al término *“interés del menor”* para tener una concepción más amplia citaremos algunas definiciones.

Así, se debe manifestar que el interés del menor encierra una acepción vaga e imprecisa, principalmente porque su contenido es variable en función del sujeto que realice la interpretación concibiéndose diferentes posturas, desde la perspectiva del legislador, de los progenitores, de los Administradores de Justicia y desde el punto de vista

⁵⁰³ Siguiendo a GARCÍA PASTOR, M., “El Derecho de visita en circunstancias excepcionales”, *Actualidad Civil*, núm. 37/ 9-15 de octubre de 1995, Tomo IV, p. 764, quien sostiene que: “... no hay que olvidar que el interés del hijo ha de ser analizado teniendo en cuenta tanto el interés presente del menor como su interés futuro, entendiendo que para un niño, y para el adulto que más tarde será, es fundamental haber mantenido relaciones con sus dos progenitores”.

del menor en función a su edad⁵⁰⁴.

La diversidad de posturas, sin duda, no contribuye a aunar criterios en función a la satisfacción de las necesidades básicas con referencia a su formación y desarrollo.

En ese sentido, se afirma que el término “interés superior del niño” se constituye en un nuevo paradigma, que se puede sintetizar como lo más bueno y sano para el niño tanto en su vida privada como en el trato con quienes lo rodean⁵⁰⁵.

Al respecto, señalar que de acuerdo a la percepción que tenga cada persona, habitualmente se quiere lo mejor para el menor, pero cabe preguntarse ¿En que consiste lo mas bueno y sano para el niño?

También se sostiene que el término comprende desde la protección de los derechos del menor hasta el desarrollo autónomo de su personalidad⁵⁰⁶.

Ésta es una acepción genérica del término con limitaciones, puesto que generaliza el contenido de la definición, sin especificar las funciones que contempla el interés del menor.

De ello se puede destacar, que en el ámbito vivencial los principales componentes de la formación integral del menor⁵⁰⁷ se encuentran compuestos por el desarrollo físico, la protección de la salud, y la educación.

Ésto nos lleva a sostener que, el término “interés del menor” tiene

⁵⁰⁴ Vid. GUILARTE MARTIN-CALERO, C., “Comentarios del nuevo artículo 92 del Código Civil”, op. cit., p. 147.

⁵⁰⁵ VILLAZÓN, D. M., *Familia, Niñez y Sucesiones, curso sintético*, op. cit., p. 168.

⁵⁰⁶ Criterio compartido por SANTOS URBANEJA, F., “¿Qué significa el interés del menor?”, en *Revista de Derecho de Familia*, Edit. Lex Nova, Valladolid, 2001, núm. 15, de abril de 2002, p. 271, quien manifiesta que el interés del menor comprende: “Todo aquello que favorezca el libre y pleno desarrollo de su personalidad o todo aquello que redunde en respeto y protección de sus derechos”.

⁵⁰⁷ Por formación integral debe entenderse no sólo educación escolar o profesional, sino también formación cultural, social, moral y religiosa, respetando la opinión del hijo si éste fuese lo suficientemente maduro. PAGÉS I CRIVILLÉ, M., *Hijos y Divorcio*, op. cit., p. 25.

un componente social que cobra notable influencia al momento de determinar su concreción desde el ámbito jurídico.

De este modo se evidencia que el contenido conceptual del interés del menor tiene a nuestro modo de ver muchas interrogantes, no obstante, existe la percepción generalizada de considerar a dicho término como un concepto jurídico indeterminado, situación que podremos apreciar más adelante.

2.5.1. Concepto jurídico indeterminado⁵⁰⁸

De manera general, en una situación de separación o de divorcio el legislador ha previsto que el interés del menor debe centrarse en la elección de la modalidad adecuada de custodia a implementarse, y de manera específica, los Administradores de Justicia tienen que determinar el *iter* del contenido conceptual de este término, campo que se encuentra inexplorado antes del conocimiento de la causa, por parte de las Autoridades Judiciales.

Hay autores que afirman que la técnica del concepto indeterminado se refiere a un ámbito de la realidad donde los límites no se encuentran determinados, pero que se intenta precisar ante un hecho concreto, por tanto, la aplicación del concepto solamente permite una solución⁵⁰⁹.

Nosotros consideramos que la técnica de dicho concepto tiene un margen de apreciación que para ser precisado por las personas que participan en la determinación requiere de un componente axiológico que será estimado del análisis del caso concreto previa adecuación al ámbito jurídico. En una situación de separación o divorcio ello se traduce en la valoración que se le otorga a la factibilidad de la implementación de la custodia compartida o monoparental en interés del menor.

⁵⁰⁸ Sobre el concepto jurídico indeterminado véase WARDA, G., *Dogmatische Grundlagen des Richterlichen Ermessens in Strafrecht*, Edit. Carl Heymanns Verlag KG, Berlin, 1962, p. 25.

⁵⁰⁹ Entre otros, GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T. R., *Curso de Derecho Administrativo I*, Edit. Civitas, Madrid, 1995, Séptima edición, p. 446.

Ésto significa que la indeterminación del interés del menor en la práctica tiene una doble labor, por una parte, se tiene que determinar en que consiste dicho interés y luego se debe precisar lo que más le conviene al menor en cuanto a la modalidad de custodia a implementarse⁵¹⁰.

Asimismo, hay que reconocer que la formula del concepto jurídico indeterminado ofrece ventajas y desventajas, en lo que atañe al aspecto positivo se debe rescatar el hecho de que ofrece la posibilidad de adaptar el problema en cuestión al caso específico que se pretende resolver, contexto que no impone al encargado de aplicar la norma a actuar bajo parámetros determinados, sino que posee un campo de acción flexible que le permite valorar de acuerdo a las circunstancias la concreción del interés del menor, en función a las características intrínsecas de cada persona. En contrapartida, el aspecto negativo radica en la sujeción de la determinación a criterio del intérprete, lo que induce a que la solución se realice desde una perspectiva personal, extremo que se traduce en la existencia de inseguridad jurídica⁵¹¹.

Sin duda, el contenido abierto que ofrece el término “interés del menor” y su concepción como concepto jurídico indeterminado trae consigo la existencia de ventajas y desventajas. Siendo lo ideal que la normativa determine con exactitud la forma de concretar el interés del menor, de manera específica y concreta, sin embargo, tal como se encuentra configurada la legislación española y boliviana se debe aprovechar la flexibilidad de la norma en la concreción de una situación dada, en nuestro caso, la crisis familiar y la custodia.

En ese marco, hay quien sostiene que los conceptos jurídicos

⁵¹⁰ MARTÍN HERNÁNDEZ, J., *La intervención ante el maltrato infantil, una revisión del sistema de protección*, op. cit., p. 24.

⁵¹¹ Vid. CASTILLO MARTÍNEZ, C. DEL C., “El Interés del Menor como Criterio Prevalente en la Mediación Familiar”, op. cit. En ese mismo sentido, MARTÍN HERNÁNDEZ, J., *La intervención ante el maltrato infantil, una revisión del sistema de protección*, op. cit., p. 24, sostiene que: “...esa misma imprecisión plantea el inconveniente de que su aplicación concreta precisa de criterios personales y subjetivos, en función de las convicciones, ideología, sensibilidad, concepción de vida y del mundo, etc., de quien hace la valoración”.

indeterminados se suelen denominar también normas flexibles⁵¹².

Desde esta consideración el campo de aplicación de los conceptos jurídicos indeterminados puede abordarse desde una concepción positiva o negativa, según se encuentre planteada la problemática del menor.

A nuestro modo de ver, la flexibilidad de la norma adquiere importancia cuando se encuentra relacionada a la adecuación de un problema a una situación concreta, es decir, en una situación de crisis matrimonial o de unión de hecho se debe establecer si el interés del menor se satisface con el establecimiento de la custodia monoparental o compartida.

A este respecto, hay que decir que es la Autoridad Judicial quien determina su contenido progresivamente, mediante los testimonios que los progenitores presentan con ayuda de razonamientos lógicos de sentido común, conocimiento y experiencia que obtiene durante el desarrollo de la *litis*⁵¹³.

Para que el Juez determine el *interés del menor* en un caso concreto de manera objetiva, debe tener en cuenta no sólo el ámbito jurídico, sino también disciplinas como la psicología infantil, o en su defecto acudir al auxilio de especialistas con la finalidad de determinar lo mejor para el menor.

Sin duda, los datos que los progenitores presenten tendrán un alto componente social, debiendo ser la Autoridad Judicial la persona encargada de adecuar dichos criterios al ámbito jurídico.

Por otra parte, se concibe al *interés del menor* como un concepto jurídico indeterminado abstracto, pero que se determina en situaciones concretas mediante el análisis de la persona –menor- y su entorno, con sujeción a ser aprobado por el Juez⁵¹⁴.

⁵¹² Por ejemplo, LÁZARO GONZÁLEZ, I., *Los menores en el Derecho Español-Práctica Jurídica*, op. cit., p. 108.

⁵¹³ SEIJAS QUINTANA, J. A., “Consecuencias de la separación y el divorcio”, en *Actualidad Civil*, núm. 29/ 14–20 de julio de 1997, Tomo III, p. 642.

⁵¹⁴ En ese sentido, VARELA GARCÍA, C., “Comentarios a la Ley Orgánica 1/ 1996, de

Ello implica que el interés del menor, además de indeterminado, es abstracto, a nuestro juicio, con relación a la custodia en supuestos de crisis matrimoniales o de uniones de hecho, ese interés tiene un periodo de abstracción provisional e inicial que debe ser identificado por el mismo menor –siempre que tenga una participación activa-, los progenitores o en todo caso por el Juez respectivamente, de acuerdo a todas las circunstancias que rodean la separación o divorcio.

Así, es inconcebible admitir el interés del menor como concepto jurídico indeterminado abstracto si se considera que en esta materia todo se encuentra regido por lo provisorio⁵¹⁵.

Parte de la doctrina señala también que desde la perspectiva de la abstracción, el concepto jurídico indeterminado solamente concibe una solución acorde a la situación⁵¹⁶.

Concretamente, lo abstracto se circunscribe al momento de situar en la práctica la definición teórica del concepto, puesto que el interés del menor no es el mismo en todos los casos, además que la vida de cada menor en una situación de crisis matrimonial o de unión de hecho tiene matices propios.

Por lo tanto, del análisis de cada situación de separación o divorcio el interés del menor en lo que respecta la custodia, únicamente admite una modalidad apropiada como solución, es decir o se implementa la guarda unilateral o la custodia compartida.

Asimismo, se considera que si el interés del menor es abstracto y

15 de enero de Protección Jurídica del Menor: principios programáticos y normas de conflicto”, en *Actualidad Civil*, núm. 12/ 17-23 de marzo de 1997, Tomo I. p. 264, sostiene que: “El interés superior del menor se configura como un concepto jurídico abstracto, indeterminado pero determinable en cada caso según las circunstancias de hecho. Es un concepto cambiante en relación con la persona y sus condiciones o situaciones, con las que mantiene una relación dialéctica, permitiendo el margen de la apreciación judicial”.

⁵¹⁵ BUITRAGO, S., "Convención sobre los derechos del niño comparación y recepción en las leyes de adopción y el régimen de identificación para el recién nacido", en www.salvador.edu.ar/buitrago.htm, fecha de consulta, 6 de marzo de 2006.

⁵¹⁶ Siguiendo a GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T. R., *Curso...*, op. cit., p. 449, quienes sostienen que: “Es claro que abstractamente el concepto indeterminado no admite más que una sola solución justa en su aplicación a un supuesto de hecho determinado”.

genérico, su determinación tiene que concretarse en función al respeto de los Derechos Fundamentales que están previstos en la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989⁵¹⁷.

Ésto corrobora el hecho de que la abstracción del término interés del menor se circunscribe a la etapa inicial de configuración de la concreción de dicho término.

En ese sentido, el contenido de la determinación del interés del menor se tiene que concretar en función a los Derechos Humanos inherentes a todas las personas, por cuanto, el menor ante todo es persona.

Igualmente, en la determinación del *bonus filii* es importante considerar la estructura del concepto jurídico indeterminado⁵¹⁸ que está compuesta de la siguiente manera:

- Un núcleo fijo o zona de certeza, configurado por unos datos previos y seguros.
- Una zona intermedia o de incertidumbre.
- Una zona de certeza negativa segura, con relación a la exclusión del concepto.

Esta composición permite configurar una situación concreta de crisis matrimonial o de unión de hecho mediante acontecimientos conocidos, para así determinar exactamente donde radica el beneficio del menor en lo que concierne al establecimiento de la modalidad de custodia.

⁵¹⁷ Postura que asume LINACERO DE LA FUENTE, M., "La protección del menor en el Derecho civil español. Comentario a la Ley Orgánica 1/ 1996, de 15 de enero", en *Actualidad Civil*, núm. 48, 27 de diciembre de 1999 al 2 de enero de 2000, Tomo IV, pp. 1585-1586, cuando afirma que: "La noción del interés del menor –partiendo de su carácter abstracto y genérico- debe determinarse poniendo en relación dicho principio con el respeto a los derechos fundamentales del niño consagrados en la Convención de 1989". Por su parte, ROCA, E., *Familia y cambio social (De la "casa" a la persona)*, Edit. Civitas, Madrid, 1999, p. 212, sostiene que: "La cláusula del interés del menor está centrada en el respeto de sus derechos fundamentales y en consecuencia, cualquier actuación pública debe, como finalidad esencial, evitar la correspondiente lesión".

⁵¹⁸ Sobre el tema véase GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T. R., ul. loc. cit.

Específicamente, a partir de la estructura del concepto jurídico indeterminado, el interés del menor en una situación de crisis familiar en lo referente a la custodia, se debe situar, a nuestro entender de la siguiente forma:

- El núcleo fijo viene a ser el interés del menor.
- La zona de certeza negativa se encuentra en el conflicto de intereses que se presenta entre el menor y los progenitores.
- La zona intermedia se presenta en la elección que se debe realizar en interés del menor, entre la custodia monoparental o custodia compartida.

Hay quien sostiene que en la zona intermedia tiene que concentrarse el juicio de valor referido a los hechos y circunstancias concretos del proceso⁵¹⁹. Es decir, la zona intermedia es determinante para definir la posibilidad de contemplar la figura jurídica de la custodia compartida en interés del menor en una situación tanto de separación como de divorcio judicial, adecuando el componente axiológico a la realidad jurídica del caso en cuestión.

Por consiguiente, en la aplicación de este principio se tiene que realizar una valoración completa de toda la realidad que rodea al menor para que la solución encontrada consista en lo que más le beneficie⁵²⁰. De esta forma, se determinará si la custodia compartida es aplicable en función al *bonus filii*.

2.6. Técnicas de determinación del interés del menor

Las técnicas de determinación del interés del menor que a continuación analizaremos, resultan imprescindibles para concretizar el *bonus filii* en una situación de crisis familiar como criterio de atribución de

⁵¹⁹ Por ejemplo, RIVERO HERNÁNDEZ, F., *El interés del menor*, op. cit., p. 193.

⁵²⁰ Criterio compartido por LÁZARO GONZÁLEZ, I., *Los menores en el Derecho Español-Práctica Jurídica*, op. cit., p. 109.

la custodia compartida.

Así pues, en primera instancia se conciben los siguientes sistemas para reconocer el interés del menor⁵²¹:

- Por medio de la introducción de una cláusula general.
- Por medio de una lista de situaciones, que proporcionan al Juez una guía en el momento de tomar decisiones que afecten al menor. Rivero Hernández⁵²² interpreta este sistema como “*la técnica legislativa de la concreción del interés del menor según criterios normativos preestablecidos*”.

No obstante, debemos manifestar que en realidad son pseudos sistemas, por cuanto, adolecen de criterios específicos que aporten seguridad a la concreción del interés del menor desde el ámbito jurídico.

Su descripción y análisis serán abordados en los siguientes apartados del presente capítulo.

2.6.1. Técnica de la cláusula general

Esta técnica consiste en la realidad jurídica de trasladar a cada caso específico la determinación *in concreto* del interés del menor⁵²³. Significa que en cada caso de crisis matrimonial o de unión de hecho será diferente el interés del menor, por lo tanto no puede ser absoluto, sino al contrario será relativo⁵²⁴.

⁵²¹ Siguiendo a ROCA, E., *Familia y cambio social*, op. cit., p. 211.

⁵²² RIVERO HERNÁNDEZ, F., *El interés del menor*, op. cit., p. 60.

⁵²³ RIVERO HERNÁNDEZ, F., *El interés del menor*, op. cit., p. 59; No obstante, a nuestro juicio, hubiera sido preferible denominar a este sistema como técnica de cláusula individual por ejemplo.

⁵²⁴ Postura que adopta HERRANZ BALLESTEROS, M., *El interés del menor en los Convenios de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado*, Edit. Lex Nova, Valladolid, 2004, p. 52, afirmando que: “Uno de los elementos más destacados del

En esa lógica la relatividad del interés del menor tiene dos aproximaciones; primero, con relación a la concreción de casos específicos, y segundo, con referencia a la determinación de dicho interés que a medida que transcurre el tiempo sufre variaciones correlativas al desarrollo del menor en función a su edad.

La aplicación de esta técnica se justifica en virtud a la dificultad de una determinación precisa de la realidad a la que se refiere la norma⁵²⁵.

Es decir, existe un proceso de deducción de casos generales al asunto específico que posibilita la concreción del interés del menor en una situación dada de separación o de divorcio⁵²⁶.

Con la utilización de esta técnica si partimos de la lógica de que las situaciones de crisis matrimoniales o de uniones de hecho son diferentes, es más factible la implementación de la figura jurídica de la custodia compartida en términos de igualdad y relatividad.

Sin embargo, el inconveniente de la técnica de la cláusula general en la concreción del interés del menor radica en la utilización de criterios sociales estereotipados que muchas veces pueden dejar en un segundo plano el ámbito jurídico⁵²⁷.

Para que esto no ocurra, en una situación de separación o divorcio con respecto a la modalidad de custodia se debe anteponer el ámbito jurídico a través de la protección del menor en primer término como parte

interés del menor es su relativismo”.

⁵²⁵ HERRANZ BALLESTEROS, M., *El interés del menor en los convenios...*, op. cit., p. 48.

⁵²⁶ En ese sentido, DÍEZ-PICAZO, L., *Familia y Derecho*, op. cit., p. 177, señala que: “Para llenar las cláusulas generales y los conceptos jurídicos con un amplio halo de indeterminación hay que recurrir a los usos sociales generalizados o según estos, el beneficio de cada uno consiste en disfrutar de una posición similar o parecida a la de los demás, lo que puede encontrar su fundamento último en la idea de igualdad”. Así, pues, se deduce que mediante la utilización de las cláusulas generales, se pretende identificar el interés del menor en términos de equidad respecto a los demás.

⁵²⁷ Así, MARTÍN HERNÁNDEZ, J., *La intervención ante el maltrato infantil, una revisión del sistema de protección*, op. cit., p. 24, sostiene que: “Respecto a los criterios, valores y objetivos que se aducen para elegir circunstancias concretas que más conviene al menor, no son sino criterios y valores personales de quien invoca dicho interés. Las predicciones acerca de los efectos que pueden suponer las decisiones actuales, en el futuro de un niño, son necesariamente especulativas y no existe consenso acerca del valor inherente a una elección determinada, entre las opciones posibles”.

de la estructura familiar disuelta⁵²⁸.

Sin duda, la importancia de la técnica de la cláusula general con referencia a la custodia compartida radica en la habilidad que tenga el encargado de determinar el interés del menor –generalmente el Juez o los padres- para realizar una aproximación individual que no contemple criterios preconcebidos de manera general, en la práctica dudamos de que ello ocurra, puesto que muchas veces el interprete consciente o inconscientemente puede dejarse guiar por criterios subjetivos que en un momento dado dificultarán la concreción del *bonus filii*.

Por último, señalar que la técnica de la cláusula general guarda una estrecha relación con la casuística, tal como podremos apreciar en el siguiente subtítulo.

2.6.1.1. Determinación del interés del menor por medio de la casuística

Es indudable que la situación del menor tiene connotaciones particulares en cada proceso de separación o divorcio, por esta razón, la dualidad de opciones que establece con relación a la custodia el Derecho sustantivo, presuponemos que facilita la elección de una modalidad apropiada a través de la casuística.

Así, un sector de la doctrina afirma que la casuística permite adaptar el pronunciamiento judicial a las peculiaridades del caso a diferencia de la cláusula general⁵²⁹.

⁵²⁸ En ese marco, HENKE HORST-EBERHARD, *La cuestión de hecho, el concepto indeterminado en el derecho civil y su casacionabilidad*, traducido por BANZHAF, T. A., Edit. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1979, p. 59, sostiene que la Ley y las decisiones de las Autoridades Judiciales se tienen que adaptar a las características de cada caso concreto, y al ámbito que rodea al asunto en cuestión, es decir, a los factores externos o exógenos, en ese sentido, la aplicación de los conceptos jurídicos indeterminados se sintetiza en el deseo de someter al derecho bajo la perspectiva de la axiología en detrimento de la decisión técnico jurídica.

⁵²⁹ Entre otros, HENKE HORST-EBERHARD, *La cuestión de hecho, el concepto indeterminado en el derecho civil y su casacionabilidad*, op. cit., pp. 60 y 62. También UTRERA GUTIÉRREZ, J. L., "Protección de menores: Acogimiento, adopción y tutela",

A nuestro juicio, la técnica de la cláusula general y la casuística, no son dos polos opuestos, pues, en la concreción del interés del menor, la cláusula general es el instrumento que promueve una aproximación casuística de una determinada situación de separación o divorcio considerada de manera puntual como caso específico.

Con relación a la custodia compartida, hay quien sostiene que en abstracto esta modalidad presenta ventajas que pueden hacer posible su aplicación, debiéndose realizar para ello un análisis casuístico de la crisis familiar⁵³⁰.

Es decir, la posibilidad de implementar la custodia compartida en una situación de crisis matrimonial o de unión de hecho en interés del menor a través de este sistema, se encuentra supeditado a la valoración individual de un caso concreto.

A nuestro juicio, significa que la casuística se convierte en un factor decisivo al momento de determinar este concepto jurídico que *a priori* es indeterminado en lo que concierne al interés del menor⁵³¹.

Entendemos que, a través de la casuística se puede establecer concretamente si es viable la custodia compartida en interés del menor, tomando en cuenta que si partimos de la lógica de que las situaciones de crisis matrimoniales o de uniones de hecho son diferentes no se puede optar por la custodia monoparental como única solución.

Ésto no quiere decir que la única solución positiva para los menores en una situación de crisis familiar sea la custodia compartida, sino que la casuística puede determinar lo más beneficioso para los hijos

en GONZÁLEZ POVEDA, P. y GONZÁLVEZ VICENTE, P. (Coordinadores), *Tratado de Derecho de Familia, Aspectos sustantivos y procesales*, Edit. Sepín, Madrid, 2005, pp. 293-294. De igual forma, SALANOVA VILLANUEVA, M., "Aproximación al Derecho de visita", op. cit., p. 511, sostiene que: "El interés del menor se presenta como una noción de contornos harto difusos: el "bonum filii" no parece definido en ningún lugar –lo que en sí mismo no es reprochable si atendemos al carácter eminentemente casuístico de algo inherente a una persona concreta por definición- pero tampoco se proporcionan criterios para su indagación y determinación".

⁵³⁰ Vid. GUILARTE MARTIN-CALERO, C., "Comentarios del nuevo artículo 92 del Código Civil", op. cit., pp. 156-157.

⁵³¹ Al respecto, LINACERO DE LA FUENTE, M., "La protección del menor en el...", op. cit., p. 1585, dice que solamente la casuística puede concretar el concepto indeterminado del interés del menor.

de manera generalizada⁵³².

En ese sentido, hay autores que afirman que para resolver las diferencias en materia de patria potestad, custodia y régimen de visitas, las Autoridades Judiciales tienen que concretar ese principio abstracto, realizando una valoración de cada caso particular a los menores, tomando en cuenta sus circunstancias personales, con la ayuda de preceptos jurídicos, y de otras ciencias⁵³³.

Respecto a ello, creemos que resulta evidente que la abstracción deja de ser tal con la concreción del interés del menor previa determinación a través de una aproximación casuística, sin embargo, para que ésto ocurra en términos de igualdad en el ámbito jurídico los datos sociológicos y psicológicos del proceso deben constituirse en criterios de apoyo subyacentes al espectro jurídico.

No obstante, hay quien sostiene que el problema de la casuística radica en la existencia de casos dudosos que se encuentran situados en una zona de penumbra y que son difíciles de resolver, por cuanto, las reglas no dan las pautas para la solución, a diferencia de los casos claros comprendidos por el núcleo del significado central de las reglas, cuya solución no ofrece problemas⁵³⁴.

A nuestro juicio, la utilidad de la casuística debe valorarse en la solución de casos difíciles, toda vez que los casos fáciles no generan mayor controversia, -en el tema que analizamos estos supuestos se

⁵³² Sobre el tema, DÍEZ-PICAZO, L., *Familia y Derecho*, op. cit., p. 176, señala que: "Como en tantos otros conceptos y cláusulas generales se produce aquí una fórmula de gran ambigüedad, en la que sólo la casuística puede ir perfilando las líneas del dibujo".

⁵³³ Siguiendo a PAGÉS I CRIVILLÉ, M., *Hijos y Divorcio*, op. cit., p. 89. De igual forma, VILLAGRASA ALCAIDE, C., "El derecho del menor a relacionarse con abuelos, parientes y allegados", en *Revista de Derecho de Familia*, Edit. Lex Nova, Valladolid, núm.14, enero de 2002, p. 41, manifiesta que: "Resulta complejo, <a priori> y en abstracto, la determinación sobre cuál sea efectivamente el interés del menor, y resulta inevitable remitirse a cada caso particular, relacionando dicho principio con la situación del menor de que se trate en concreto y de acuerdo con sus circunstancias personales; ya que evidentemente, lo que puede ser de interés para un determinado caso puede no resultar conveniente para otro, e incluso, en cuanto a un mismo menor, unas vicisitudes personales u objetivas cambiantes pueden determinar intereses diversos en momentos distintos de su vida".

⁵³⁴ Ver por todos, CARRIÓ GENARO, R., *Algunas palabras sobre las palabras de la ley*, Edit. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1971, p. 25.

presentan cuando existe acuerdo entre las partes para la implementación de la custodia compartida-

2.6.2. Técnica legislativa de la concreción del interés del menor según criterios normativos preestablecidos

Esta técnica, se presenta como alternativa al establecimiento del interés del menor mediante la cláusula general y los riesgos que conlleva la determinación judicial⁵³⁵.

Describe una serie de criterios entre los que se destacan principalmente los deseos y necesidades del menor que tienen que ser tomados en cuenta en la determinación de su interés, tal como se podrá apreciar más adelante.

Estos criterios sirven a la Autoridad encargada, es decir, al Juez como guía en su resolución, concretamente en el tema que tratamos para determinar si es aplicable la custodia compartida en interés del menor⁵³⁶.

Es así que la doctrina cita los siguientes criterios⁵³⁷:

- La satisfacción de las necesidades materiales básicas y las de tipo emocional.
- La atención de los deseos del menor de acuerdo a su estado de madurez.
- El mantenimiento -si es posible- del *status quo* material y espiritual del menor.

⁵³⁵ Con relación a ello RIVERO HERNÁNDEZ, F., *El interés del menor*, op.cit., p. 60, sostiene que: "Se presenta en cuanto técnica legislativa, como una reacción frente a la inconcreción de las normas abiertas y cláusulas generales y a los riesgos de inseguridad e injusticia que crea el arbitrio judicial que aquella determinación exige".

⁵³⁶ HERRANZ BALLESTEROS, M., *El interés del menor en los convenios...*, op. cit., p. 47.

⁵³⁷ Véase RIVERO HERNÁNDEZ, F., *El interés del menor*, op. cit., pp. 64, 67, 68, 203 a 205.

- La edad, sexo y personalidad del menor.
- Los riesgos que implica cambiar la situación presente del menor en el plano físico o psíquico.
- Las perspectivas del futuro del menor.
- La capacidad de los progenitores, para satisfacer las necesidades (del menor) y sus deseos con relación a la custodia.
- Se debe tener en cuenta la regla mínima de intervención judicial.
- La interacción e interrelación del niño con sus padres, hermanos y cualquier otra persona que pueda afectar manifiestamente al interés del menor.
- Salud mental y física de todas las personas implicadas en el desarrollo del menor.

A nuestro juicio, en primer lugar, el interés material y espiritual del menor son una constante que se tiene que satisfacer en todas las situaciones de crisis familiares, en cambio, los demás criterios deben ser contemplados de acuerdo al análisis concreto de cada situación para determinar si es factible adoptar como modalidad de custodia el sistema compartido. Así, por ejemplo, los deseos del menor pueden ser satisfechos siempre que sean racionales y no respondan a la voluntad de uno de los progenitores.

En lo que concierne a los deseos de los progenitores con relación a la implementación de la custodia compartida, creemos que el interés del menor no puede estar supeditado únicamente al deseo de éstos.

Con referencia al principio de la regla mínima de intervención judicial, se debe tener en cuenta que si los progenitores no han podido consensuar de forma voluntaria la aplicación de la custodia compartida en

una situación de separación o divorcio, y por ende concretar el interés del menor, la Autoridad Judicial cuando tenga conocimiento de la causa tiene que encontrarse facultada a intervenir y lograr con ayuda de todos los medios posibles si es viable el sistema compartido de custodia en beneficio del menor.

Asimismo, a nuestro entender estos criterios tienen un componente social que puede influir en la determinación del interés del menor, lo cual puede resultar contraproducente en el ámbito jurídico, con relación a las reformas que se aplican en las legislaciones de los diferentes Estados.

En ese sentido, en el momento de acordarse en una reforma la implementación de una nueva figura jurídica, en el caso que nos ocupa la custodia compartida, el legislador debe procurar que la sociedad se encuentre convencida de que estas modificaciones tienden a procurar la solución de las controversias suscitadas con relación a la crisis familiar y la custodia, por supuesto tomando como punto de referencia el interés del menor.

En otro orden de consideraciones, debemos resaltar que la diferencia entre la técnica de la cláusula general y la técnica según criterios normativos preestablecidos, radica precisamente en la utilización por parte de esta última de aproximaciones preconcebidas que guían al encargado de determinar el interés del menor a la concreción de dicho interés, a diferencia de la cláusula general que enfoca la determinación del beneficio del menor desde una aproximación individual.

Pese a ello, a nuestro modo de ver, en la práctica, la técnica de la cláusula general corre el riesgo de ser subsumida por la técnica de los criterios preestablecidos, en función a que dichos parámetros preconcebidos tienen los mismos componentes sociales que serán utilizados en un enfoque individual.

Por otro lado, se debe hacer hincapié en que tanto el enfoque mediante criterios preestablecidos como la aproximación individual tienen que aglutinar dicho proceso al espectro jurídico, concretamente al análisis

de la situación de crisis matrimonial o de unión de hecho de la pareja y la posibilidad de implementar la el régimen compartido de custodia, de forma independiente a la postura personal de los intérpretes.

Aparte de los sistemas analizados, existen otros métodos y técnicas que encauzan la forma de concretar el interés del menor, los cuales desglosamos en los siguientes subtítulos.

2.6.3. Los métodos de John Eekelaar⁵³⁸

Con referencia a los métodos de Eekelaar debemos señalar que son los siguientes:

- El de objetivización.
- El dynamic self-determinism.

2.6.3.1. Método de objetivización

Consiste en introducir de forma anticipada opiniones que señalan circunstancias y condiciones consideradas en interés del menor, en las decisiones inherentes que se tomen con relación al mismo.

Ello significa que el interés del menor se debe determinar a partir de criterios generales que están presentes en la sociedad⁵³⁹.

A nuestro juicio, el problema radica en determinar bajo que parámetros se introducen de forma antelada esos criterios para focalizar el interés del menor, puesto que se corre el riesgo de que esas opiniones

⁵³⁸ Sobre el tema véase EEKELAAR, J., "The interest of the Child and the Childs wishes: the role of the dynamic self-determinism", in *International Journal of Law Policy and the Family*, Oxford University Press, 1994 8(1): 42-61; doi: 10.1093/lawfam/8.1.42, <http://lawfam.oxfordjournals.org/cgi/content/abstract/8/1/42>, fecha de consulta, 13 de octubre de 2006. De igual manera, véase Jiménez Aybar, I., "Dialogo sobre el principio del interés superior del menor", en www.jimenez_aybar.com/pdf/publicaciones/familia/pdf, fecha de consulta, 13 de octubre de 2006, p. 10. Igualmente, en ROCA, E., *Familia y cambio social*, op. cit., pp. 213-215.

⁵³⁹ En ese sentido, DÍEZ-PICAZO, L., *Familia y Derecho*, op. cit., p. 176, sostiene que: "Habrán de ser las convicciones generalizadas en la sociedad o grupo humano las que determinen lo que haya de considerarse como más beneficioso".

influyan negativamente en la elección de la modalidad de guarda y custodia, por cuanto las situaciones de crisis matrimoniales o de uniones de hecho son heterogéneas.

Así, hay quien sostiene que no existen valoraciones generales con validez objetiva y universal del menor, toda vez que difieren según la persona que debe pronunciarse al respecto⁵⁴⁰.

En ese sentido, creemos que este método tiene una similitud con la técnica de la cláusula general, tomando en cuenta la influencia que puede tener la postura personal de quien determinará la concreción del interés del menor.

A nuestro entender, si bien en el proceso de determinación del interés del menor en la custodia compartida se toma como referencia en una primera fase criterios generales, para luego recurrir a un análisis específico, debe distinguirse dicho análisis de la percepción individual que pudiera realizar el interprete en detrimento del menor.

Al respecto, un sector de la doctrina afirma que en ausencia de criterios objetivos se corre el riesgo de atentar contra la seguridad jurídica⁵⁴¹.

Si bien los criterios generales objetivos coadyuvan en la determinación del interés del menor en la custodia compartida, no son definitivos, puesto que se debe tomar en cuenta también el contexto donde se desarrolla la crisis matrimonial o de unión de hecho.

Para finalizar, hay que advertir que este método también guarda estrecha relación con la técnica que determina el interés del menor según criterios normativos preestablecidos, con la particularidad de que el método de la objetivización como su mismo nombre indica considera como referentes criterios objetivos, que muchas veces pueden ser desaconsejables en una determinada situación de crisis familiar, puesto

⁵⁴⁰ Así, por ejemplo, RIVERO HERNÁNDEZ, F., *El interés del menor*, op. cit., p. 80.

⁵⁴¹ Siguiendo a ROCA, E., *Familia y cambio social*, op. cit., pp. 215-216, quien sostiene que: "Si no hay criterios objetivos, cualquier sistema jurídico se convierte en inseguro e incluso arbitrario".

que su contenido social difiere del ámbito jurídico.

2.6.3.2. Método del *dynamic self-determinism*

El *dynamic self determinism* surge como alternativa al método de objetivización y consiste en la auto-determinación por el propio menor de influir en los resultados de las decisiones que se adopten sobre su persona. Con la particularidad de que estos fallos pueden ser modificados a futuro.

De forma acertada, hay quien afirma que indiscutiblemente las decisiones sobre el menor deben ser temporales, por consiguiente, sometibles a revisión y actualización de forma periódica⁵⁴².

A nuestro modo de ver, el menor como sujeto independiente, tiene derecho a participar en la determinación de su propio interés, no obstante, se debe prevenir que sus deseos coincidan con lo más beneficioso para él⁵⁴³.

En lo que concierne a la elección de la modalidad de custodia, creemos que si durante la convivencia de la pareja, la relación de los hijos con los progenitores fue normal, -es decir, existió ternura, amor, comprensión- con la utilización de esta técnica es muy probable que el menor prefiera la implementación de la custodia compartida.

Sin duda, tanto los progenitores como los Administradores de Justicia deben fomentar que el menor participe activamente en la determinación de su propio interés, coadyuvando con la manifestación de sus deseos de acuerdo a su edad.

Para que ello ocurra, antes que nada a nivel de progenitores es conveniente que la posición del menor sea valorada al momento de determinar lo más apropiado para él, sin embargo, surge al respecto la

⁵⁴² Por ejemplo, RIVERO HERNÁNDEZ, F., *El interés del menor*, op. cit., p. 79.

⁵⁴³ Al respecto, DURÁN AYAGO, A., *La protección internacional del menor...* op. cit., p. 88, cuando sostiene que: "Por otro lado (la CDN), ha propugnado un nuevo papel de éste en la sociedad en la que vive y se desarrolla. Un papel activo que le permita ser artífice de su propia existencia".

siguiente interrogante ¿Cómo tomar en cuenta sus deseos si el menor no puede valerse por sí mismo especialmente a una corta edad? Pues, bien para dicho cometido se requiere que exista empatía por parte de ambos padres en función a precautelar el beneficio del menor antes que el interés propio.

En la esfera contenciosa dentro de un proceso familiar, las Autoridades Judiciales deben encontrar la manera idónea que propicie la participación del menor –directa o indirectamente- en el desarrollo del litigio de acuerdo a su edad y madurez⁵⁴⁴.

2.6.4. La técnica de la tónica jurídica de Wiehweg

La tónica no se considera propiamente un método, sino que es asimilable a un estilo, técnica o arte, sin que se pueda precisar con exactitud sus diferencias⁵⁴⁵. Este término viene del vocablo “*topoi*”, que son puntos de vista que permiten formular premisas para solucionar el problema⁵⁴⁶. Debiendo adecuarse su interpretación al ámbito jurídico, con la finalidad de promover la satisfacción del interés del menor.

Por su parte, Iturralde Sesma⁵⁴⁷ sostiene que:

“Los tópicos son una serie de argumentos aceptados entre los juristas, bien en sí mismos, bien en su aplicación al caso concreto y son muy diversos: principios del derecho, precedentes, postulados de justicia, normas jurídicas etc...”.

Es decir, esta técnica se sustenta en la argumentación jurídica, en situaciones de crisis familiares en la concreción del *bonus filii* el o los

⁵⁴⁴ Este tema que será tratado en el apartado 2.7.3. del presente capítulo.

⁵⁴⁵ Cfr. GARCÍA AMADO, J. A., *Teorías de la tónica jurídica*, Edit. Civitas, Madrid, 1988, pp. 95-103. Véase también WIEHWEG, T., *Tónica y jurisprudencia*, Edit. Taurus, Madrid, 1964, pp. 49, 121 y 124.

⁵⁴⁶ Vid. GARCÍA AMADO, J. A., *Teorías de la tónica jurídica*, op. cit., pp.119-121.

⁵⁴⁷ ITURRALDE SESMA, V., *Aplicación del derecho y justificación de la decisión judicial*, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 22.

argumentos deben ser valorados a partir de las características intrínsecas de cada relación, en función al ejercicio de la autoridad parental durante la relación conyugal o de hecho.

Asimismo, parte de la doctrina es proclive a esta técnica, tomando en cuenta que se adapta a la actividad jurídica de aplicar normas y conceptos indeterminados, que requieren una labor de interpretación y valoración de la periferia del concepto y de la comprobación empírica de la situación fáctica⁵⁴⁸.

A nuestro parecer, es acertada esta postura, toda vez que la labor de interpretación y valoración ante un concepto indeterminado requiere la formulación de criterios adecuados a una situación concreta.

Con referencia a la situación fáctica, de acuerdo al tema objeto de la presente investigación, ésta se circunscribe a la satisfacción del interés del menor mediante la aplicación de la custodia compartida en una situación de separación o divorcio, siempre y cuando las condiciones así lo aconsejen.

Sin embargo, hay que advertir que otro sector de la doctrina objeta la utilidad de la tónica por entender que de un modo funcional, brinda una orientación que sirve de guía al pensamiento y que solamente permite obtener conclusiones cortas⁵⁴⁹.

Nosotros creemos -de manera general- que al plasmarse las conclusiones en fallos judiciales no pueden ser cortas en el ámbito jurídico puesto que causan estado. Sin embargo, en el tema que analizamos las resoluciones referentes a la custodia pueden ser susceptibles de modificación en función al interés del menor, es en ese sentido, que ésta posición doctrinal adquiere relevancia.

2.6.5. Nuestra posición

De los sistemas, métodos y técnicas que han sido objeto de

⁵⁴⁸ Ver por todos RIVERO HERNÁNDEZ, F., *El interés del menor*, op. cit., p. 82.

⁵⁴⁹ Entre otros, ATIENZA, M., *las razones del derecho, teorías de la argumentación jurídica*, Edit. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, p. 54.

análisis, a nuestro modo de ver, la técnica de la tónica jurídica proporciona mayores elementos de razonamiento que coadyuvan en la concreción del interés del menor en la custodia compartida previa aproximación casuística.

En ese sentido, la argumentación jurídica se convierte en un factor decisivo para resolver una situación concreta, puesto que a partir de la utilización de premisas adecuadas a la normativa vigente se determinará si es factible la implementación del régimen compartido de custodia en interés del menor en una situación de crisis familiar. Para ello, se debe tener en cuenta el ejercicio de la autoridad parental durante la convivencia conyugal o de hecho.

La técnica de la tónica jurídica adquiere una importancia fundamental en lo que concierne a la asignación de la custodia compartida cuando el proceso de separación o divorcio adquiere un carácter contencioso, pues, son los abogados de las partes quienes deben sostener sus posturas mediante argumentos con la finalidad de procurar que la resolución judicial les sea favorable. De igual forma, el Juez al momento de dictaminar sentencia tiene que realizar una sucinta valoración de los hechos para argumentar su fallo desde el ámbito jurídico.

No obstante, esta técnica debe estar complementada por el método del “dynamic self determinism” que promueve la participación directa del menor en la determinación de su propio interés, extremo que a nuestro juicio, debería ser una regla en todas las situaciones de separación o divorcio, con la finalidad hacer posible el ejercicio autónomo y progresivo de sus derechos.

Asimismo, de los demás sistemas y métodos rescatamos lo siguiente:

- El sistema de la cláusula general realiza un análisis específico del caso concreto.

- El sistema de la determinación del interés del menor según criterios normativos preestablecidos, proporciona elementos de juicio que resultan útiles si se adecuan al espectro jurídico, tomando en cuenta que el tema familiar se encuentra influenciado por un alto componente social. El método de objetivización establece criterios generales que coadyuvan en la concreción del interés del menor si son analizados desde el ámbito jurídico.

2.7. Personas que participan en la determinación del interés del menor

Las personas o sujetos que participan en la determinación del interés del menor son en primer lugar; el -propio- menor, los progenitores y los Administradores de Justicia. A continuación, de manera pormenorizada analizaremos las connotaciones e importancia que tiene la participación de cada uno de éstos sujetos.

2.7.1. Participación del menor en la determinación de su propio interés⁵⁵⁰

Hay que partir del principio de participación del menor que el derecho le reconoce mediante la libertad de expresión en los temas que le atañen en función a su edad y madurez como ser la libre opinión de sus deseos, creencias, y sentimientos. De esta manera, el menor ante la sociedad es considerado como sujeto autónomo, con capacidad para ejercer sus derechos activamente de forma progresiva con el objetivo de

⁵⁵⁰ Véase la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor 1/96 de 15 de enero, donde se prevé la participación del menor en cualquier procedimiento donde se determinen cuestiones que le afecten.

contribuir a su formación⁵⁵¹.

En el ámbito de la protección del menor en general, el campo de estudio se encuentra lleno de subjetividad y relativismo, es imposible llegar a conclusiones universales o generalizables, por aquello de que cada persona y consecuentemente cada menor es un mundo diferente⁵⁵².

Es lógico que ésto suceda, puesto que así como cada persona tiene una vida propia, las situaciones de separación o divorcio pueden ser parecidas, pero son diferentes en cuanto a los sujetos que forman parte de la estructura familiar.

Por ende, la determinación del interés del menor ante la posibilidad de aplicar la custodia compartida en situaciones de crisis familiares, como todo fenómeno jurídico siempre será relativo⁵⁵³, toda vez que depende de factores jurídicos, axiológicos, intelectuales y sociales.

A nuestro modo de ver, el hecho de que cada situación de separación o divorcio judicial tenga sus propias connotaciones da origen a la relatividad del contenido del interés del menor.

Sin embargo, la relatividad no se debe confundir con arbitrariedad, por cuanto, se corre el riesgo de que cada persona piense que lo que hace es lo más apropiado y lo más justo⁵⁵⁴.

En esa percepción radica el problema esencial de la determinación del interés del menor, puesto que en una situación de crisis matrimonial o de unión de hecho, los progenitores o la Autoridad Judicial respectivamente, tienen o bien una concepción errada de autosuficiencia, que no les permite identificar correctamente lo más beneficioso para el

⁵⁵¹ PACHECO DE KOLLE, S., *Derechos de la Niñez y Adolescencia...* op. cit., pp. 19 y 88.

⁵⁵² Cfr. RUIZ-RICO RUIZ, J. M., DE LA FUENTE NÚÑEZ DE CASTRO, M. S. y LUQUE JIMÉNEZ, M. C., "Reflexiones sobre la protección de menores en el ordenamiento jurídico Español", en *Revista de Derecho de Familia*, Edit. Lex Nova, Valladolid, núm. 17, octubre, 2002, p. 54.

⁵⁵³ Cfr. RIVERO HERNÁNDEZ, F., *El interés del menor*, op. cit., p. 96.

⁵⁵⁴ Criterio compartido por RIVERO HERNÁNDEZ, F., *El interés del menor*, op. cit., p. 102, cuando sostiene que: "Cada persona se cree la medida de todas las cosas y contempla el mundo tomándose él mismo como parámetro y medida de todo".

menor, o sino los padres argumentan que el Juez no puede conocer lo más beneficioso para los hijos.

Por ello, nosotros creemos que la participación activa del menor en la determinación de su propio interés y la posibilidad de aplicar la custodia compartida se constituye en una alternativa que contribuye a la solución de este problema, además de que se fomenta su autonomía, y el desarrollo de su personalidad⁵⁵⁵.

Así, el menor tiene la oportunidad de ejercer sus derechos progresivamente y hacer valer su opinión en la concreción de su propio beneficio.

Por consiguiente, es conveniente determinar el concepto desde la perspectiva del interés del menor, considerado como persona individual y sociable que vive su problema en un tiempo y espacio determinado y no desde el punto de vista de los adultos que tienen sus propios prejuicios y convicciones⁵⁵⁶.

En ese sentido, es mejor que sea el propio menor quien coadyuve activamente a decidir si es factible la implementación de la custodia compartida precautelando su interés. Así, a partir de su capacidad natural puede decidir individualmente sobre su situación personal⁵⁵⁷.

Es cierto que el interés del menor no coincide siempre con sus deseos, por lo tanto, es aconsejable acceder a su voluntad siempre que esta actuación vaya en su beneficio, y para que ello ocurra es importante que se considere la edad y madurez del menor⁵⁵⁸.

En el supuesto de que la opinión del menor no sea satisfactoria

⁵⁵⁵ Véase SAN ANDRÉS DIÉZ, R., "Participación de los niños y las niñas en la sociedad: un derecho, un deber un valor a educar", en MARTÍN LÓPEZ, M. T. (Coord.), *La protección de los menores, Derechos y recursos para su atención*, Edit. Civitas, Madrid, 2001, p.112.

⁵⁵⁶ RIVERO HERNÁNDEZ, F., *El interés del menor*, op. cit., p. 92.

⁵⁵⁷ Sobre el tema véase LÓPEZ SAN LUIS, R., *Capacidad contractual del menor*, Edit. Dykinson, Madrid, 2001, p. 79.

⁵⁵⁸ Posición que también asume RIVERO HERNÁNDEZ, F., *El interés del menor*, op. cit., pp. 98-99.

para el Juez, esta Autoridad puede recurrir al dictamen de especialistas⁵⁵⁹, que por su formación tienen la posibilidad de identificar con mayor exactitud el *bonus filii* en un proceso de separación o divorcio.

Al respecto, se sostiene que la validez de la opinión del menor se encuentra condicionada a su aptitud, hecho que se demuestra si tiene condiciones de madurez⁵⁶⁰.

Por consiguiente, la participación del menor está supeditada a las condiciones de madurez, situación que se refleja principalmente por su edad⁵⁶¹.

A nuestro juicio, si el menor no tiene las condiciones de madurez requeridas, con el objeto de equilibrar la situación de quienes intervienen en la determinación de su interés, –Juez, progenitores- se debe acudir a especialistas para que mediante sus informes determinen y avalen lo más beneficioso para éste imparcialmente, de lo contrario existe el riesgo de que el menor se encuentre influenciado o sometido a la voluntad de los progenitores o bien que la decisión del Juez sea arbitraria, tal como manifestamos en el análisis de la Ley 15/2005, referente a la custodia compartida⁵⁶².

Por otro lado, insistimos en la labor de los especialistas, pues, así, la elección que realice el menor se encontrará respaldada por un informe

⁵⁵⁹ El último párrafo del artículo 92. 9 del Código Civil prevé que: El Juez, de oficio o a petición de los interesados, podrá recabar el dictamen de especialistas debidamente cualificados.

⁵⁶⁰ Cfr. ROCA, E., *Familia y cambio social*, op. cit., p. 240.

⁵⁶¹ De conformidad a los artículos 92. 2, 154. 5 y 159 del Código Civil de España a partir de los doce años se tiene la obligación de oír al menor.

⁵⁶² Al respecto, LÁZARO GONZÁLEZ, I., *Los menores en el Derecho Español-Práctica Jurídica*, op. cit., p. 114, manifiesta que “para determinar lo que es mejor para un niño hay que acercarse a disciplinas como la psicología evolutiva, la psicopedagogía, entre otras, para concretar las circunstancias que se consideren óptimas para el desarrollo del niño, tales como el hecho de que un niño necesita seguridad y estabilidad, o preservar su integridad física y moral”. Queremos aclarar que en el capítulo II del presente trabajo analizamos la participación de los especialistas desde la perspectiva de la aplicación de la custodia compartida, en cambio, ahora nos referimos a este tema desde el punto de vista de la participación del menor en la concreción de su interés. A nuestro juicio, Sin duda, es importante acudir a disciplinas como la psicología evolutiva y psicopedagogía en busca de concretar el interés del menor. No obstante, los Administradores de Justicia y los abogados litigantes tienen que enfocar el apoyo de dichas disciplinas a la esfera jurídica.

técnico, que además permitirá que no se sienta culpable por la expresión de sus deseos. Es decir, el trabajo de los especialistas se constituye en un factor decisivo a la hora de valorar las opiniones y los deseos del menor⁵⁶³.

Tras estas consideraciones, a nuestro entender, la opinión de estos profesionales si bien no debe ser vinculante para el Juez, se constituye en un argumento útil para descubrir la verdad material en un proceso de separación o divorcio, con la finalidad de satisfacer el interés del menor, además, que ésta es una forma para evitar que concurren fallos discrecionales –que si bien es cierto que son permitidos no ayudan a determinar con precisión en que consiste su interés en concreto- o arbitrarios que por ende afecten a la concreción del *bonus filii*. De esta manera, como acertadamente sostiene parte de la doctrina, el interés del menor será determinado por criterios generales de valoración de conformidad a principios jurídicos y ético-sociales y no por criterios personales⁵⁶⁴.

Es importante realizar una valoración general con participación multilateral, –menor, progenitores, especialistas y Juez- así, el riesgo a equivocarse en la determinación del interés del menor será mínimo.

Por lo tanto, a nuestro modo de ver, en situaciones de crisis matrimoniales o de uniones de hecho, si los padres han tenido una relación de convivencia normal con los menores, es muy probable que los hijos prefieran mantener una relación estable con ambos progenitores⁵⁶⁵, lo que quiere decir que la custodia compartida es la alternativa más acorde con el interés del menor.

Por último, señalar que en función a promover la participación del menor en situaciones de separación o divorcio cuando el proceso es

⁵⁶³ Con relación a ello, SALANOVA VILLANUEVA, M., "Aproximación al Derecho de visita", op. cit., p. 512, sostiene que: "La labor de estos profesionales será crucial a la hora de interpretar correctamente un elemento de juicio de esencial trascendencia en la decisión del Juez: las manifestaciones del propio menor".

⁵⁶⁴ Por ejemplo, RIVERO HERNÁNDEZ, F., *El interés del menor*, op. cit., p. 129.

⁵⁶⁵ Descartamos la custodia compartida cuando existen casos de maltrato o violencia intrafamiliar, aunque claro está el problema radica en su comprobación.

contencioso, además de la actuación del Fiscal se le debe nombrar un abogado de oficio para que le represente exclusivamente en el desarrollo de la causa procurando la efectiva la protección del menor.

2.7.1.1. Audiencia o exploración del menor

Antes de analizar el contenido de la reforma de 2005 con relación a este tema, hay que recordar que ya durante el debate parlamentario se sostenía que debía ser realizado únicamente cuando sea necesario, por cuanto, la audiencia misma produce efectos negativos en el menor⁵⁶⁶.

Al respecto, debemos resaltar que en algunos menores más que en otros se corre el riesgo de que su participación en el proceso conlleve secuelas negativas en su desarrollo, pero entonces como se debe actuar ¿Dejar que otros decidan por él?

Lastimosamente, éste es un tema álgido que la reforma de 2005, no ha resuelto, habiéndose limitado el legislador a dejar sin efecto el carácter obligatorio de la audiencia del menor y fijando su realización a casos estrictamente necesarios, que deben ser valorados por el Juez. Siendo así, que en procesos contenciosos será más frecuente su celebración que en los supuestos de acuerdo entre progenitores vía convenio regulador. Por otra parte, cabe preguntarse ¿Cuándo el menor tiene suficiente juicio? El hecho de que éste cuente con 12 años no es garantía para acreditar su madurez. Asimismo, tampoco el legislador ha previsto el modo en que la audiencia se llevará a cabo, existiendo diferentes posturas; primero, que la exploración sea tomada por un experto, y que tanto el Juez como las partes a través de espejos unidireccionales, o grabaciones de imagen y sonido puedan seguir su desarrollo, segundo, que el equipo de especialistas tenga a su cargo la audiencia, con participación excepcional del Juez, no obstante, ésto puede limitar la espontaneidad e intimidar al menor. Sumado a ello, otro

⁵⁶⁶ Vid. LORCA NAVARRETE, A. M. y DENTICI VELASCO, N. M., *La regulación de la separación y el divorcio en la nueva "Ley de Divorcio" de 2005 con especial ...* op. cit., p. 62.

tema de discordia se evidencia en la forma de constancia de la audiencia, aconsejándose una relación detallada que no inmiscuya a los hijos en los problemas de sus padres⁵⁶⁷.

A continuación, analizaremos cada uno de estos aspectos que generan controversia.

a) ¿Cuándo se debe oír al menor?

Con referencia a la sujeción por parte del legislador a oír al menor en casos estrictamente necesarios, éste adopta una posición intermedia, - no se obliga pero tampoco se rechaza la intervención del menor-, así, el inciso 2 del artículo 92 del CC, reconoce expresamente el derecho que éste tiene a ser oído, pero ni esta regulación, ni tampoco el inciso 6 del mismo artículo, citan el interés del menor como condición para tomar la determinación de oír al menor. Pese a ello, en caso de ser oído su intervención se constituye en un indicio que si bien no es vinculante, puede constituirse en la piedra fundamental que haga prevalecer su voluntad, especialmente cuando las partes no aporten suficientes pruebas que coadyuven a la solución del problema⁵⁶⁸.

Asimismo, Martínez Gallego⁵⁶⁹ con relación al inciso 6 del art. 92 del CC español, que establece que: “el Juez en todo caso antes de decidir la custodia de los hijos deberá oír a los menores que tengan suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio, a requerimiento del Fiscal, a petición de la partes, del propio menor o miembros del Equipo Técnico

⁵⁶⁷ Vid. ARANGUENA FANEGO, C. y RODRÍGUEZ MERINO, A., “Comentarios a la disposición final primera de la Ley 15/2005”, en GUILARTE GUTIÉRREZ, V. (Dir), *Comentarios a la reforma de la separación y el divorcio, Ley 15/2005, de 8 de julio*, Edit. Lex Nova, Valladolid, 2005, pp. 349-361. Las mismas deficiencias menciona SERRANO ALONSO, E., “De las relaciones paterno-filiales”, en SIERRA GIL DE LA CUESTA, I., (Coord.), *Comentario del Código Civil*, Edit. Bosch, Barcelona, Tomo II, 2006, Segunda edición, p. 446.

⁵⁶⁸ Vid. LORCA NAVARRETE, A. M. y DENTICI VELASCO, N. M., *La regulación de la separación y el divorcio en la nueva “Ley de Divorcio” de 2005 con especial...* op. cit., pp. 45, 46 y 49.

⁵⁶⁹ MARTÍNEZ GALLEGU, E. M^a., “Las recientes reformas del Derecho de Familia”, op. cit., pp. 264-265. De igual manera BERCOVITZ, RODRÍGUEZ-CANO, R., (Coordinador) *Comentarios al Código Civil*, Segunda edición, op. cit., p. 215, sostiene que: “Esta norma supone un importante paso atrás en comparación con el derecho anterior, pues antes había que oír necesariamente al mayor de doce años y al menor de esa edad si tenía juicio suficiente (viejo art. 92. II)”.

Judicial”, oportunamente sostiene que dicha redacción transgrede la LOPJM de 1996, pues, conculca el derecho que tienen los menores a ser oídos en el caso de que tengan más de doce años, al haberse condicionado por parte del legislador en la reforma de 2005 la celebración de la audiencia a casos estrictamente necesarios o a petición de los sujetos procesales que actúan como partes en el proceso judicial.

Si bien el hecho de tener doce años no garantiza que el menor tenga suficiente juicio, no se puede establecer otro criterio concluyente para determinar o limitar su participación en el proceso, a menos que tenga una enfermedad mental o impedimento físico que impida su desenvolvimiento normal ante una situación de separación o divorcio.

Sobre el tema, el profesor Alonso Pérez⁵⁷⁰ acertadamente señala que: “se ha convertido en un derecho inherente al menor, que le acompañara siempre, tanto en situaciones procesales que le impliquen indirectamente, como cuando se adopten decisiones que afecten a su esfera personal, familiar y social”.

En este caso hay que recordar que nos encontramos en una situación de crisis familiar que afecta directamente a la formación y desarrollo del menor, por lo tanto, la participación del menor se torna ineludible para valorar si es factible la aplicación de la custodia compartida.

Ésto no significa que el criterio del menor por el solo hecho de tener doce años tenga que ser cumplido, sino que sea tomado en cuenta previa valoración de los acontecimientos que propiciaron la ruptura de la estructura familiar funcional⁵⁷¹.

⁵⁷⁰ ALONSO PÉREZ, M., “La situación jurídica del menor en la LO 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación del código civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil: luces y sombras”, *Actualidad Civil*, op. cit., p. 25.

⁵⁷¹ En el mismo sentido se pronuncia la Sentencia de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, Sec. 4ª, S. 20 de marzo 1992. Por otro lado, la STS de 25 de junio de 1994 (RJ 1994, 6502, ponente: Excmo. Sr. D. Teófilo Ortega Torres) sostiene que el menor tiene derecho a ser oído siempre que tenga suficiente juicio, sin que se haga mención a una determinada edad.

Al respecto, en Cataluña en la actualidad existe un Anteproyecto de modificación al Código de Familia que prevé que antes de otorgar la custodia compartida el Juez debe tener en cuenta los deseos de los hijos⁵⁷², aspecto que sin duda debería ser adoptado por la legislación española.

Igualmente, el inciso 4 del artículo 770 de la LEC, establece que se tiene que oír al menor cuando tenga suficiente juicio y en todo caso cuando haya cumplido 12 años, en lo que concierne a la forma de realizar la audiencia se limita a señalar que deben existir condiciones idóneas y que no se presenten interferencias de otras personas, siendo conveniente recabar el auxilio de especialistas en casos estrictamente necesarios⁵⁷³. De igual forma, el inciso 5 del artículo 777 de la LEC, es reiterativo en lo que atañe a la facultad de oír al menor cuando tenga suficiente juicio o cuando se estime necesario, pero en ambas disposiciones el legislador se abstiene de hacer referencia al interés del menor.

Así pues, se aprecia que en lugar de haberse esclarecido las controversias, existen más dudas sobre el tema, pese a ello, a nuestro modo de ver, la audiencia de exploración al menor tiene vital importancia para decidir si es conveniente la implementación de la custodia compartida en interés del menor en un caso concreto⁵⁷⁴.

b) Forma de celebrar la audiencia

A nuestro parecer, *a priori* no se puede establecer una forma concreta para celebrar la audiencia de exploración, tomando en cuenta que los menores son personas diferentes uno del otro, del mismo modo

⁵⁷² Vid. <http://www.codigo-civil.net/blog/?p=22>, fecha de consulta, 30 de mayo de 2006.

⁵⁷³ Sobre el inciso 9 del artículo 92 del CC y el art. 770.4 III de la LEC, BERCOVITZ, RODRÍGUEZ-CANO, R., (Coordinador) *Comentarios al Código Civil*, Segunda edición, op. cit., p. 215, sostiene que en la exploración de los menores a diferencia del derecho de audiencia que a éste le corresponde, el menor interviene en el proceso judicial para ser sometido mediante un análisis material o psicológico a una prueba pericial.

⁵⁷⁴ En ese marco, la STC núm. 152 de 6 de junio de 2005, (RTC 2005/152), sostiene que la falta de audiencia del menor en un proceso judicial, en situaciones donde legalmente sea exigible dicho derecho vulnera la tutela judicial efectiva, en ese sentido, el Juez debió haber oído a los dos menores, antes de decidir la aplicación del régimen de custodia.

que las situaciones de separación y divorcio son heterogéneas. En ese marco, se tiene que preponderar exclusivamente en satisfacer el interés del menor, mediante una valoración y análisis individual de cada caso, y para que ésto ocurra se debe recurrir al ingenio y creatividad de los Administradores de Justicia y los equipos de especialistas adscritos a los juzgados.

La utilización de medios audiovisuales creemos que puede coadyuvar a descifrar la voluntad y sinceridad del menor en su declaración, sin que se corra el riesgo de violar su intimidad, por cuanto las grabaciones tienen que sujetarse a realizar únicamente una exploración en concordancia con el objetivo de la audiencia, y de ninguna manera debe consistir en someter al menor a un seguimiento constante sobre todas sus actuaciones.

En cuanto a la utilización de estos medios, dependiendo del ámbito espacial y del lugar de aplicación se puede tener problemas de tipo económico en lo que se refiere a la adquisición de dichos aparatos.

De ser así, las Autoridades Judiciales tienen que adecuarse a las circunstancias, sin que por ello esta limitación se convierta en pretexto para restringir la participación del menor en la audiencia.

No obstante, un sector de la doctrina señala las siguientes pautas básicas a tener en cuenta al momento de llevar a cabo la exploración del menor: establecer un buen contacto inicial con el menor, sondear lo que espera éste al acudir al Juzgado, mantener el secreto de ciertos contenidos de la exploración, especialmente si el menor lo ha solicitado, obtener una información general de su pensamiento, informarle sobre la neutralidad de la actuación del Juez, y evitar preguntas directas como por ejemplo con cuál de los padres prefiere vivir⁵⁷⁵.

Sin duda, son premisas necesarias que se deben tomar en cuenta al momento de la exploración del menor con la finalidad de lograr que el resultado de dicha audiencia sea positivo para determinar si mediante el

⁵⁷⁵ Siguiendo a PÉREZ SALAZAR-RESANO, M., "Patria Potestad", op. cit., p. 206.

régimen compartido de custodia se precautela el *bonus filii*.

c) Participación de varias personas en la audiencia de exploración

La presencia de varias personas en la audiencia de exploración al menor, si bien facilitaría la labor del Juez, también puede dificultar la participación del hijo al verse afligido por encontrarse en dicha situación. Lo aconsejable es que éste se encuentre durante la audiencia libre de presión. En ese marco, las Autoridades Judiciales de forma conjunta con los equipos psicoasistenciales deben procurar que la exploración se lleve a cabo de la manera más distendida posible, haciendo que el menor pueda expresar sus ideas y sus deseos sin que se sienta culpable de lo que está aconteciendo a su alrededor⁵⁷⁶.

Sobre el tema, Pedro Núñez⁵⁷⁷ defensor de la comunidad de Madrid considera que:

"Del mismo modo que los altos cargos tienen el fuero de que se les interroga en su domicilio, los niños deberían poder ser consultados en sus casas, mientras hablan de fútbol o cualquier otro tema. El Juez debería poder conocer la opinión del menor sin interrogarle. Y durante este trámite siempre debería estar presente un psicólogo".

Esta postura se constituye en una alternativa, tomando en cuenta que el menor tiene que sentirse relajado y en un ambiente de tranquilidad

⁵⁷⁶ En ese sentido, VARELA GARCÍA, R., "Comentarios a la Ley Orgánica 1/ 1996, de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor...", op. cit., pp. 78-79, sostiene que: "No existen reglas para la forma de la clase de prueba relativa a oír al hijo menor de edad. Es apropiado el rompimiento de cualquier molde solemne para su práctica: nada de pliegos de preguntas, fuera las formulas arcaizantes, evitación terminante de togas, olvido de vocablos forenses. Se impone una circunstancia de confianza, por lo que se eliminarán los rigorismos formales. Para facilitar la comunicación, es idóneo que el Juez y el explorado se encuentren en idéntico plano: sobra la separación impuesta por la mesa del despacho. Lo ideal sería la presencia dual; el Juzgador y el entrevistado... Los padres nunca deben observar el desarrollo de la diligencia; tampoco los abogados y los procuradores de los tribunales. Conviene la máxima discreción en la misma mediación del secretario judicial".

⁵⁷⁷ www.entesa.com/documents/doc066.htm, fecha de consulta, 7 de febrero de 2006. En la misma línea BANDERA, M., "opinión del menor", en el magazine del periódico *La Vanguardia* de 17 de octubre de 2004.

cuando se lleve a cabo la audiencia, en este supuesto el domicilio familiar es el lugar adecuado para reemplazar al recinto judicial y en caso de ser desaconsejable su utilización por asociarse a situaciones de maltrato o violencia intrafamiliar, es aconsejable procurar la creación de un ambiente alternativo que reúna las condiciones para realizar la exploración al menor.

d) Forma de constancia de la audiencia

Ciertamente, es conveniente no inmiscuir al menor en los conflictos de sus progenitores, pero el tema de la custodia ineludiblemente debe ser analizado de forma conjunta –menor, padres, Juez, Fiscal, abogados litigantes y especialistas-, en ese sentido, creemos necesario la elaboración de una relación detallada de su contenido porque sino, se corre el riesgo de que el Juez realice una interpretación arbitraria que produzca indefensión en una de las partes y lo que es más grave pueda verse perjudicado el menor⁵⁷⁸.

De igual manera, es conveniente que exista una relación detallada de la audiencia de exploración al menor, para comprobar si durante el desarrollo de la audiencia el menor ha actuado libre y espontáneamente, o si ha sido influenciado por el o los sujetos exploradores.

e) ¿Quién debe determinar la obligatoriedad de la audiencia para aprobar el convenio?

Con relación a la necesidad o no de realizar la audiencia, se afirma que cuando existe acuerdo entre los progenitores sobre la custodia se prescinda de la exploración al menor, surgiendo ante ello la siguiente interrogante ¿En los hechos los padres pueden garantizar que el acuerdo no atente contra el beneficio del menor?

De conformidad al artículo 90 del CC, debe ser el Juez quien verifique si el contenido del acuerdo es o no dañino para el menor, pero en situaciones normales respetando la libertad contractual de las partes,

⁵⁷⁸ VARELA GARCÍA, R., "Comentarios a la Ley Orgánica 1/ 1996, de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor...", op. cit., p. 78.

con cláusulas bien elaboradas que por cierto están realizadas, ya sea por el abogado de una de las partes, o por los abogados que cada sujeto procesal ha contratado será muy difícil que la Autoridad Judicial mediante éste documento pueda descubrir alguna anormalidad⁵⁷⁹.

En términos procesales la aprobación o rechazo del convenio regulador se circunscribe a un solo acto, en cambio, si hay un proceso contencioso existe un periodo de prueba para desvirtuar las actitudes contrarias al interés del menor, por parte de los sujetos procesales y del Ministerio Público. Por eso, si bien es un derecho del menor la posibilidad de ser oído ante Autoridad Judicial, no es conveniente prescindir de esta facultad⁵⁸⁰.

Pues, de lo contrario surge la siguiente interrogante ¿En el supuesto de prescindir de la audiencia de exploración al menor por existir acuerdo entre los padres, con esta actitud, no se estaría fomentando a que los supuestos de maltrato y violencia permanezcan invisibles? En esa consideración, por ejemplo, el beneficio del menor quedaría en segundo plano si los progenitores deciden la aplicación de la custodia compartida cuando sería conveniente un régimen monoparental.

f) Importancia de la participación directa del menor y el rol de los especialistas

Se ha convertido en una opinión generalizada el hecho de afirmar que en las situaciones de separación o divorcio se utiliza al menor como un instrumento para conseguir objetivos personales, y que su participación en el proceso tiene consecuencias negativas en el plano psicológico⁵⁸¹.

Nosotros creemos que se debe escuchar el testimonio del menor

⁵⁷⁹ Con la excepción de casos extremos que dispongan por ejemplo, el cambio de bienes materiales por ceder la custodia o el ejercicio de la patria potestad, que sin embargo, dudamos se puedan presentar al ser documentos elaborados por profesionales.

⁵⁸⁰ Véase: La ley de Enjuiciamiento Civil, Libro II, del juicio ordinario.

⁵⁸¹ Ver por todos GONZÁLVEZ VICENTE, M. P., “Siete años en el Juzgado de Familia”, en *Diez años de abogados de familia*, obra colectiva, Asociación española de Abogados de Familia, Madrid, 2003, pp. 177-178.

como sujeto activo de la relación con los progenitores, por cuanto, él forma parte de esa estructura familiar⁵⁸². En ese sentido, si los cónyuges son los responsables de la crisis, lo menos que se puede hacer en una situación de dichas características es oír sus deseos, toda vez que, de lo que se decida depende su formación y desarrollo presente como también futuro, además que, dependiendo de su edad puede convertirse en una fuente útil de información para el proceso.

Es así, que el menor se constituye en el directo interesado de lo que va a suceder en su vida presente y futura, tomando en cuenta que los progenitores pueden reorganizar su vida sentimental una vez roto el vínculo conyugal o la unión de hecho –si es que no lo han hecho todavía-, así, pues cabe preguntarse ¿Quién reconstruye la vida del menor o quien reorganiza su vida? Sin duda debe ser él, quien asuma este rol como mínimo declarando cuales son sus deseos y expresando si quiere convivir, sólo con uno de los progenitores o con ambos.

Con referencia al suficiente juicio, es una lastima que no exista un parámetro definitivo que determine esta aptitud, toda vez que se corre el riesgo de que el Juez que atiende la causa se maneje a libre albedrío, pues, si no está interesado en oír la versión del menor o no quiere dar credibilidad a su testimonio, procurará encontrar un argumento, que desvirtúe su capacidad para actuar. Por eso, en el plano jurídico es importante delimitar una edad determinada para que éste declare -en nuestro caso desde los doce años-, así se previene la posición discrecional y arbitraria que pueda asumir el Juez.

Si bien en los hechos existe el peligro de que el menor pueda ser utilizado, las consecuencias deben ser asumidas por el progenitor manipulador, así, la Autoridad Judicial tendrá más argumentos para no satisfacer su petición procesal, específicamente nos referimos al tema de la custodia, por ejemplo, si el padre o la madre solicitan la custodia unilateral, se podría aplicar la custodia compartida, o inclusive en casos

⁵⁸² Si bien fueron los progenitores quienes decidieron su concepción, ésto no significa que el menor sea de su propiedad.

de Síndrome de Alienación Parental se debería implementar el régimen unilateral a favor del progenitor perjudicado.

En este sentido, es imprescindible desde el plano netamente jurídico, que todos los actores de un proceso contencioso familiar participen activamente en su desarrollo, en aras de determinar lo que mejor corresponda.

Con referencia a las consecuencias psicológicas negativas que pueda tener la participación del menor en un proceso, somos conscientes de la importancia de éste tema, -se requiere una investigación adecuada al ámbito jurídico que no es objeto del presente trabajo-. Sin embargo, nuestra intención no está condicionada a que se deban cumplir expresamente los deseos del menor, sino que se decida lo mejor para su presente y futuro.

La solución de los problemas que plantea la presencia del menor ante estrados judiciales, creemos que se tiene que encarar mediante campañas de información y de difusión que hagan tomar conciencia tanto a los Administradores de Justicia como a los progenitores sobre el derecho que tiene el menor a ser oído y la importancia de su participación en situaciones de separación o divorcio, contemplando la crisis familiar como una posibilidad real que se presenta en una sociedad, sin que ello, tenga que influir negativamente en el menor.

Hay que reconocer la existencia de este tipo de campañas en España así como en Bolivia, no obstante, la recepción por parte de los destinatarios no ha tenido el efecto deseado, por este motivo, urge replantearse el enfoque con el que se debe difundir el respeto por los derechos del menor, sin olvidar los deberes que éste tiene con sus progenitores.

Las modificaciones que se realizan a los Códigos sustantivo y procesal no finalizan con su promulgación, sino que es importante la recepción y percepción que tiene la sociedad civil en su conjunto sobre los cambios introducidos, así como también se debe realizar un seguimiento a la ejecución de las resoluciones judiciales.

En virtud a todo lo expuesto, creemos que la obligación de oír al menor que se prevé en los artículos 92. 2, 154. 5 y 159 del Código Civil español es insuficiente, se requiere una norma que establezca que si la opinión del menor coincide con su interés y se encuentra respaldada por el informe de especialistas en lo que respecta la custodia compartida, si bien no tiene que ser vinculante para el Juez, al menos debe ser influyente en la concreción de su interés⁵⁸³.

En lo que concierne a la legislación boliviana, el Código de Familia en el artículo 145 (situación de los hijos) en el capítulo referente a los efectos del divorcio, no contempla ninguna actuación judicial que comprenda la obligación de oír al menor, en cambio, el Código Niño, Niña y Adolescente en el artículo 103 (libertad de expresión y opinión) prevé que el menor tiene derecho a expresar su opinión libremente, aunque su regulación es insuficiente.

Por consiguiente, a nuestro modo de ver -tal como señalamos en la legislación española- se debe uniformizar la normativa boliviana disponiendo la obligación de oír al menor, así como también se tiene que implementar una norma que tome en cuenta la consideración positiva por parte del Juez, del informe de los especialistas en una situación de crisis familiar, siempre que resulte en beneficio del menor.

De todo ello, se deduce que oír al menor es un derecho que éste tiene, pero no existe una norma que nos indique cómo debemos oírle. Hasta el momento, únicamente se tienen algunos consejos, que quedan en la nada por las críticas a las que son sometidas dichas

⁵⁸³ Sobre el tema, el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 sostiene que se debe tomar en cuenta las opiniones del menor, ésto significa que la actuación del Juez no debe limitarse a oír al menor; De igual manera la SAP de Huesca de 31 de marzo de 1995 (AC 1995/561, ponente: Ilmo. Sr. D. Gonzalo Gutiérrez Celma), manifiesta que si la voluntad del menor es razonada y razonable se constituye en una buena expresión de considerar lo más beneficioso para él. Asimismo, SAP Barcelona núm. 247(Sección 12ª), de 20 abril de 2005 (JUR 2005\126782, ponente: Ilmo. Sr. D. Paulino Rico Rajo), resuelve que para resolver la atribución de la custodia de los hijos ha sido conveniente oír al menor y tomar en cuenta su voluntad. Por su parte, la STC núm. 152 (Sala Primera), de 6 junio de 2005 (RTC 2005\152, ponente: D. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez), dispone retrotraer lo actuado al momento anterior al de dictarse Sentencia para que, antes de resolver sobre la guarda y custodia, se oiga a los menores de forma adecuada a su situación y a su desarrollo.

recomendaciones, especialmente desde el campo de la psicología. Independiente de ello, desde el punto de vista netamente jurídico, el Juez tiene que oír al menor ya sea de forma directa o indirecta –por medio de los especialistas-. De otro modo, no nos imaginamos quien garantizaría el respeto por su interés, concretamente cuando los progenitores en situaciones de controversia no pueden adoptar una decisión en bien del menor y siendo que ante Autoridad Judicial profundizan sus diferencias. Por este motivo, a nuestro entender, resulta imprescindible que el Juez escuche a la parte interesada, en este caso a los hijos menores de edad para determinar la aplicabilidad de la custodia compartida en beneficio del menor.

Así, hay quien sostiene que en virtud del artículo 9. 2 de la LOPJM, el menor puede decidir su participación en un proceso por si mismo o mediante sus representantes legales, es decir, no es obligatoria la presencia directa del menor ante el Juez, salvo en casos polémicos, en cambio, indirectamente se prevé su participación a través de sus representantes legales, llámese psicólogos o educadores⁵⁸⁴.

La Jurisprudencia, a través de la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 141/2000 (Sala Segunda), de 29 de mayo⁵⁸⁵, sostiene que los menores de edad son titulares plenos de sus Derechos Fundamentales, y que su ejercicio y la facultad de disponer sobre ellos no debe ser atribuido por completo a los titulares de la patria potestad, sino que se modulará en función a la madurez del menor y la evolución de su capacidad de obrar.

Esta sentencia pone de manifiesto que tiene que ser el menor en primera persona quien participe en la determinación de su interés respecto al presente y futuro de su formación personal, ésto no significa que los titulares de la patria potestad no tengan potestad para ejercer la autoridad parental, sino que en un proceso de separación o divorcio, el

⁵⁸⁴ Siguiendo a ORTUÑO MUÑOZ, P., *El nuevo régimen jurídico de las crisis matrimoniales*, op. cit., pp. 122-123.

⁵⁸⁵ RTC 2000\141, ponente: D. Tomás S. Vives Antón. Resolución que por cierto, también ha sido analizada en el capítulo referente al ejercicio de la patria potestad en situaciones de crisis familiares.

dilema de su situación es aconsejable que sea asumido por el propio menor. Con ello se evitaría también que padres irresponsables pretendan asumir la representación total de sus hijos, pues de no ser así, surge la siguiente interrogante ¿De que manera podría asumir su responsabilidad sobre el menor, aquel progenitor que ha incumplido sus deberes?

A nuestro juicio, en asuntos ordinarios sobre temas que no merezcan controversia, la participación del menor es suficiente de forma indirecta mediante informes de especialistas de conformidad al inc. 9 del artículo 92 del CC, pero en temas extraordinarios de suma importancia o controvertidos es necesaria la intervención directa del menor ante la Autoridad Judicial con apoyo de un grupo psicoasistencial⁵⁸⁶.

Es importante la participación de este equipo en función a su formación técnica especializada, que puede resultar útil para dilucidar las controversias eficazmente, a diferencia de los conocimientos del Juez que se encuentran limitados en esta esfera⁵⁸⁷.

Sobre este tema y el interés del menor Zarraluqui⁵⁸⁸ afirma que:

“Lo esencial es que seamos conscientes de que ese beneficio a veces es de difícil conocimiento y determinación, porque sabiendo de su dificultad quizá nos apliquemos con conciencia y atención a su descubrimiento en cada caso particular, mejorando nuestra formación para conocerlo y acudiendo a los auxilios expertos en nuestra ayuda para encontrarlos”.

Se evidencia así, que en situaciones controvertidas pese a la voluntad del Juez, es conveniente acudir al informe de expertos quienes a través de sus conocimientos coadyuvarán a la resolución de las

⁵⁸⁶ Sobre el inciso 9 del artículo 92 del CC y el art. 770.4 III de la LEC, BERCOVITZ, RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coordinador), *Comentarios al Código Civil* op. cit., p. 215, sostiene que el menor interviene en los procesos para ser objeto de una prueba pericial.

⁵⁸⁷ Vid. ORTUÑO MUÑOZ, P., *El nuevo régimen jurídico de las crisis matrimoniales*, op. cit., p. 124.

⁵⁸⁸ ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L., “Disponibilidad del objeto en los procesos familiares. Especial consideración de la custodia de los hijos”, op. cit., p. 31.

controversias que se presentan en un proceso de separación o divorcio, de manera general con relación a la custodia y de manera específica como ocurre en el tema que analizamos con la custodia compartida, propiciando la participación activa del menor.

2.7.2. Determinación del interés del menor por parte de los progenitores

En virtud a la titularidad y ejercicio de la patria potestad son los progenitores quienes se encuentran facultados para determinar lo más beneficioso para el menor⁵⁸⁹.

Sin duda, en una situación de convivencia de la pareja con ribetes de normalidad quienes mejor conocen a sus hijos son los progenitores, por este motivo, creemos que en caso de ruptura matrimonial o de unión de hecho, la atribución de la custodia compartida debe orientarse en función a la satisfacción de la voluntad racional del menor, tomando en cuenta que es un sujeto independiente y que se tiene que promover el ejercicio de sus derechos progresivamente.

Al respecto, los padres deben permitir que el menor participe en la determinación de su propio interés, además de actuar con respeto a su personalidad⁵⁹⁰. Por cuanto, los deseos de los padres no siempre coincidirán con el interés del menor⁵⁹¹.

Existe el peligro de que el interés del menor sea manipulado por parte de los progenitores en el desarrollo de un proceso judicial, toda vez que, so pretexto de enarbolar y precautelar el *bonus filii* se escudan las voluntades particulares de ambos, con el consecuente daño en contra del

⁵⁸⁹ Criterio que comparten BO JANE, M. y CABALLERO RIVERA, M., "El nuevo Derecho del menor a ser oído: ¿sujeto activo en la determinación de su interés? En *La Ley*, Tomo 6, 1996, p. 1487.

⁵⁹⁰ LÁZARO GONZÁLEZ, I., *Los menores en el Derecho Español-Práctica Jurídica*, op. cit., p. 118.

⁵⁹¹ En ese sentido, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., "De las relaciones paterno-filiales", en *VVAA. Comentarios a las reformas del Derecho de Familia Volumen II*, Edit. Tecnos, Madrid, 1984, p. 1047, sostiene que: "Lo que si es claro es que se ha quebrado el presupuesto, según el cual, lo mejor para los hijos es siempre lo que entiendan sus progenitores".

menor, al confundir su interés con el beneficio de uno de los padres⁵⁹².

Hay que señalar que en una situación de separación o divorcio no se trata de satisfacer deseos, sino de encontrar soluciones lo más justas posibles que beneficien al menor en primer término y por ende a los padres.

Por consiguiente, si los progenitores actúan racionalmente en interés del menor dejando de lado motivaciones personales, será más factible determinar si es factible la aplicación de la custodia compartida.

En ese marco, las Autoridades Judiciales deben tener la suficiente precaución, de que las decisiones que los padres acuerden vía convenio regulador no afecten al menor, pues, éstos pueden influir directamente en sus abogados a concretar las cláusulas de dicho documento en función a sus intereses, pretendiendo de esta manera sorprender en su buena fe al Juez. Ésto significa, que en los hechos son el padre y la madre quienes asumen la decisión por sus hijos, extremo que no compartimos sino se toma en cuenta el deseo del menor.

Por otro lado, si los progenitores no llegan a ningún acuerdo, por temas de índole procesal quienes adquieren protagonismo son los abogados de las partes, que actúan en representación de los padres. En ese sentido, se corre el riesgo de que el relato de los mismos sea modificado por los abogados en la argumentación jurídica, perjudicando esencialmente al menor. Por ello, en estos supuestos es aconsejable que se nombre a éste un abogado de oficio que defienda sus intereses personales en concordancia con el representante del Ministerio Público y los equipos psicoasistenciales adscritos a los juzgados, de esta forma, creemos necesario hacer extensivo el artículo 163 del CC español, para los procesos con estas características⁵⁹³.

⁵⁹² <http://eticaarguments.blogspot.com/2005/05/inters-del-menor-justicia-y-sentido.html>, fecha de consulta, 6 de marzo de 2006, JIMÉNEZ AYBAR, I., "Interés del menor, justicia y sentido común".

⁵⁹³ El primer párrafo del artículo 163 del Código Civil señala que: "Siempre que en algún asunto el padre o la madre tengan un interés opuesto al de sus hijos no emancipados, se nombrará a éstos un defensor que los represente en juicio y fuera de él. Se procederá también a este nombramiento cuando los padres tengan un interés opuesto al del hijo".

Hay que advertir que independientemente de que el caso sea “*fácil o difícil*”, es decir, que exista consenso o confrontación entre los sujetos procesales en una causa, éstos tienen derecho a lograr una resolución de acuerdo a la normativa vigente. Por esta razón, la Autoridad Judicial no puede resolver las causas que son de su conocimiento de manera discrecional⁵⁹⁴.

Es evidente, que quienes ponen en movimiento el aparato jurisdiccional mediante el ejercicio de la acción procesal pretendiendo la satisfacción de sus pretensiones son las partes intervinientes, en el tema objeto de nuestro estudio son los progenitores quienes se encuentran en esta situación. En esa consideración, indistintamente de si la causa es compleja o simple, -para nosotros dicha catalogación se sintetiza en la existencia o no de acuerdo con relación a la custodia- los padres deben tomar en cuenta si la aplicación de la custodia compartida es factible o no. Lastimosamente, la regulación imprecisa por parte del legislador, sobre esta modalidad de custodia hace que surjan conflictos de intereses entre los progenitores, por este motivo, la decisión judicial tiende a ser discrecional –extremo con el que estamos en desacuerdo-.

Sin embargo, tal como sostiene parte de la doctrina durante el desarrollo del proceso, la prueba judicial busca la persuasión del Administrador de Justicia, por lo que antes que demostrar se intenta convencer al destinatario⁵⁹⁵.

Ésto desnaturaliza la verdad real que ha existido durante la convivencia conyugal de la pareja, puesto que la parte más lista o mejor preparada con argumentos sólidos puede hacer que de una situación desfavorable se obtenga un rédito personal, en detrimento de la otra parte, y por que no decirlo en contra del menor.

Al respecto, Ihering sostiene acertadamente que en estos

menor emancipado cuya capacidad deban completar”.

⁵⁹⁴ Siguiendo a RODRÍGUEZ, C., *La decisión judicial, el debate Hart-Dworkin*, Edit. Facultad de Derecho. Universidad de los Andes, 2000, Santafé de Bogotá, p. 35.

⁵⁹⁵ Ver por todos DÍEZ-PICAZO, L., *Experiencias jurídicas y teoría del derecho*, Edit. Ariel, Barcelona, 1987, Segunda edición, p. 220.

supuestos la voluntad en rigor de verdad es entregada a un tercero⁵⁹⁶. En el caso que nos ocupa no es propiamente el progenitor sino la Autoridad Judicial.

Por ello, para que la aplicación de la custodia compartida se haga efectiva por parte de los progenitores, según Lorca y Dentici⁵⁹⁷ debe existir:

“..., el máximo espíritu *de colaboración entre los cónyuges* en el que, *aún cuando persistan discrepancias entre ellos*, el exclusivo [beneficio de los hijos] (art. 92.4 CC) puede ser determinante para su adopción”.

A nuestro modo de ver, para que ello acontezca se requiere un alto grado de empatía por parte de ambos progenitores con el objetivo de satisfacer el *bonus filii*.

2.7.3. Determinación judicial sobre el interés del menor

La determinación judicial puede justificarse desde el enfoque teórico que se realice. Así, pues, para explicar las resoluciones de los Administradores de Justicia se tiene el apoyo de teorías como el constructivismo jurídico⁵⁹⁸, el formalismo jurídico⁵⁹⁹, el realismo

⁵⁹⁶ VON IHERING R., *La dogmática jurídica*, traducido por Príncipe y Satorres Enrique, Edit. Losada, S. A., Buenos Aires, 1946, p.178.

⁵⁹⁷ LORCA NAVARRETE, A. M. y DENTICI VELASCO, N. M., *La regulación de la separación y el divorcio en la nueva “Ley de Divorcio” de 2005 con especial referencia a la mediación familiar...* op. cit., p. 65.

⁵⁹⁸ MARTÍNEZ GARCÍA, J. I., *La imaginación jurídica*, Edit. Debate, Madrid, 1992, pp. 21 a 34, sostiene que el constructivismo jurídico se fundamenta en una realidad, comprendida por los antecedentes jurisprudenciales y por los sujetos que son parte de un determinado contexto con conocimiento de ese ámbito espacial y temporal de aplicación, con el aditamento de que esa realidad es jurídica, y de que la construcción tiene una connotación productora del derecho relevante, pues, no se limita a ejercer un plan limitado al espectro reproductor, sino que el derecho decide que realidad existe jurídicamente. Asimismo, VON IHERING, R., *la dogmática jurídica*, op. cit., p.132, afirma que para construir, se tiene, ante todo, que interpretar la Jurisprudencia inferior como el primer eslabón de la alta Jurisprudencia.

⁵⁹⁹ ITURRALDE SESMA, V., *Aplicación del derecho y justificación de la decisión judicial*, op. cit., p. 18, manifiesta que en el formalismo la interpretación es una actividad de tipo

jurídico⁶⁰⁰, el pragmatismo jurídico⁶⁰¹, o la argumentación jurídica⁶⁰². Sin duda, ésto dependerá de la postura que adopte un determinado Juez ante una causa concreta, nosotros pretendemos guiarnos por una senda intermedia que prepondere el interés y la concreción del beneficio del menor, en la suposición de implementar la custodia compartida, de forma independiente a la teoría que se aplique.

En esa consideración, hay quien manifiesta de manera acertada, que las teorías jurídicas tienen un proceso de experimentación para formar su experiencia, con la particularidad de que en lugar de realizar su trabajo en un laboratorio y con tiempo concentrado, utilizan la realidad social y el tiempo histórico, lo que significa, que la sociedad civil se constituye en el objeto de estudio de este proceso⁶⁰³.

cognoscitivo: interpretar es comprobar el significado objetivo de los textos normativos y/o la intención subjetiva de sus autores. De ello, podemos deducir que esta teoría se fundamenta en que las resoluciones judiciales deben decidirse de acuerdo a derecho, es decir, de acuerdo a la normativa vigente. En un proceso de separación o divorcio, el interés del menor debe concretarse a través de la implementación de custodia compartida o monoparental respectivamente.

⁶⁰⁰ En el realismo jurídico HESSEN, J., *Teoría del conocimiento*, Edit. Orbe, Santiago de Chile, 1979, pp. 73 a 80, afirma que tiene preponderancia la voluntad del Juez en la determinación judicial, en ese sentido, las normas adoptan un carácter secundario. Por su parte, RODRÍGUEZ, C., *La decisión judicial, el debate Hart-Dworkin*, op. cit., p. 69, sostiene que: "...De acuerdo con esta teoría, las normas juegan sólo un papel marginal en las decisiones judiciales... es la voluntad de los jueces, no las normas, la que se impone en las sentencias". Discrepamos con esta teoría, pues, a nuestro modo de ver, la voluntad del Juez debe ajustarse al ordenamiento jurídico, en ese marco, las normas no adoptan un carácter secundario, sino que la manifestación de la voluntad externa de la Autoridad Judicial tiene que enmarcarse de acuerdo a la figura jurídica que se analiza y su correspondiente regulación en el Derecho positivo. En ese sentido, CALVO GARCÍA, M., *Teoría del Derecho*, Edit. Tecnos, Madrid, 2004, Segunda Edición, p. 35, manifiesta que el realismo jurídico se aparta del positivismo jurídico, al considerar como referencia principal la situación fáctica.

⁶⁰¹ Por ejemplo, DWORKIN, R., *El imperio de la justicia*, Edit. Gedisa, Barcelona, 1988, pp. 15-21, sostiene que los Jueces en la dilucidación de un caso concreto deben optar por cualquier método que sea útil en una situación dada, es así que prevalece la visión que tenga el Juez ante la realidad de los hechos.

⁶⁰² Con relación a esta teoría CAPELLA, J. R., *Elementos de análisis jurídico*, op. cit., p. 17, afirma que la argumentación desde un enfoque intelectual, no busca encontrar la verdad, sino que pretende convencer a través del razonamiento, en el supuesto de que el destinatario de nuestro objetivo no pueda comprobar la verdad o falsedad de una afirmación. A nuestro entender, la argumentación jurídica es determinante en el desarrollo de un proceso contencioso, por los siguientes motivos: a) La satisfacción de la pretensión procesal que pretendan las partes dependerá de la actuación que éstas tengan y b) El Juez debe elaborar su resolución en base a argumentos jurídicos que tomen como base la relación de los hechos, y en la postura que hayan asumido las partes procesales, ello, con adecuación a la normativa vigente.

⁶⁰³ Siguiendo a SOLER, S., *Interpretación de la Ley*, Edit. Ariel, Barcelona, 1962, p. 2.

A nuestro parecer, la fase de experimentación que en nuestro caso tiene como ámbito de aplicación a situaciones de separación o divorcio, puede resultar lapidario para los intereses del menor si es que dicho proceso no tiene el resultado esperado, en lo que concierne a su concreción.

Por ello, no somos partidarios de adscribirnos puntualmente a ninguna teoría, tomando en cuenta que el interés del menor en principio es abstracto.

En ese sentido, se tiene que respetar el ordenamiento vigente a pesar de las controversias que ofrece su interpretación. Así, nos hacemos eco de las palabras de Díez-Picazo quien sostiene que las normas son guías que nos conducen a superar los eventuales conflictos de intereses que se puedan presentar⁶⁰⁴.

2.7.3.1. ¿Cómo se debe realizar la determinación judicial?

Con referencia al proceso de determinación por parte de la Autoridad Judicial, Ruiz Manero⁶⁰⁵ sostiene que:

“...las normas preexistentes no conducen al Juez a una única decisión correcta, que él deba *descubrir*, sino que constituyen meramente un marco abierto a varias posibilidades que el Juez habrá de llenar mediante la *decisión* por una de ellas”.

En esa consideración, la Autoridad Judicial debe prescindir de emitir una resolución a través de una formulación general-abstracta⁶⁰⁶.

Ello adecuado a una situación de crisis familiar, significa que de la relación de los hechos que acontecieron en la vida conyugal de la pareja, con relación al ejercicio de la autoridad parental el Juez debe decidir si la

⁶⁰⁴ DÍEZ-PICAZO, L., *Experiencias jurídicas y teoría del derecho*, op. cit., p. 8.

⁶⁰⁵ RUIZ MANERO, J., *Jurisdicción y normas*, Edit. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990, p. 21.

⁶⁰⁶ Vid. HENKE HORST-EBERHARD, *La cuestión de hecho, el concepto indeterminado en el derecho civil y su casacionabilidad*, op. cit., pp. 56-65-66-80 y 109.

implementación de la custodia compartida conlleva a la determinación del interés del menor.

Desde una perspectiva jurídica nos adherimos al pensamiento del filósofo Kelsen para quien debe separarse derecho de la moral, por cuanto, no existen valores absolutos, sino únicamente relativos⁶⁰⁷.

Por esta razón, los Jueces no tienen otra alternativa que deducir a través de las reglas del Derecho positivo la solución de un caso específico, en ese sentido, las causas deben dilucidarse mediante la utilización de pautas y reglas que se encuentran comprendidas en el orden jurídico⁶⁰⁸.

Si bien estos criterios coadyuvan en la determinación del *bonus filii*, se debe tener en cuenta que al constituirse cada menor en una realidad disímil, para concretar adecuadamente su interés en una situación específica de separación o divorcio, es conveniente que el Juez recurra al apoyo de especialistas para complementar su formación⁶⁰⁹. De esta

⁶⁰⁷ Una doctrina relativista de los valores no significa –como múltiples veces ha sido mal entendido- que no haya valores y, en especial, que no exista justicia alguna, sino que no hay valores absolutos, sino solo relativos; que no hay una justicia absoluta, sino relativa; que los valores que constituimos mediante nuestros actos productores de normas, y que son fundamentos de nuestros juicios axiológicos, no pueden darse con la pretensión de eliminar la posibilidad de valores contrapuestos. KELSEN, H., *Teoría pura del derecho*, traducción del original en alemán realizada por VERNENGO, R. J., Edit. Porrúa, México 2005, Décimo cuarta edición, p. 350; En contra HART, H. L. A., *El concepto de derecho*, traducción de CARRIÓ GENARO, R., Edit. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1961, p. 250, quien dice que a menudo un sistema jurídico tiene que apoyarse en un sentido de obligación moral o en la convicción del valor moral del sistema, dado que no se apoya, ni puede hacerlo, en el mero poder del hombre sobre el hombre. Asimismo, VON IHERING, R., *El fin en el derecho*, Edit. Heliasta, Buenos Aires, 1978, p. 164, sostiene que: “El orden moral del mundo está regido por tres especies de imperativos abstractos de ese género: los del derecho, los de la moral, los de las buenas costumbres. El fin social constituye su carácter común: ponen su mira en la sociedad, no en el individuo”. De lo que se deduce que la moral y las buenas costumbres influyen en el derecho en la concepción abstracta de la determinación judicial, desde este punto de vista, es innegable que el menor forma parte dependiente de la sociedad.

⁶⁰⁸ CARRIÓ GENARO, R., *Dworkin y el positivismo jurídico*, Edit. Madero, México, 1981, pp. 10 y 11.

⁶⁰⁹ Al respecto, ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRRIAGA, L., “Reflexiones en relación con la guarda y custodia de los hijos...”, op. cit., p. 37, concuerda con nosotros al afirmar que: “A veces creemos saber cual es el bien del menor, aplicando unos criterios estereotipados, olvidando que aunque los seres humanos obedecemos, comúnmente a unas reglas generales, también constituimos –cada uno de nosotros- una individualidad irrepetible y singular. Lo que es bueno para uno es malo para otro, y viceversa. Lo esencial es que seamos conscientes de que ese beneficio, a veces, es de difícil conocimiento y determinación, porque, sabiendo de su dificultad, quizá nos apliquemos con conciencia y atención a su descubrimiento en cada caso particular, mejorando

manera, tendrá mayores elementos de juicio para establecer correctamente en que consiste el *bonus filii*.

Al respecto, la Autoridad Judicial en la solución de un caso específico no tiene que limitarse a realizar una aplicación jurídico-formal, sino que debe utilizar criterios de interpretación amplios, con ayuda de la equidad y componentes extrajurídicos, pero que tienen que adecuarse a la regulación jurídica existente. En ese marco, la determinación del interés del menor no significa que se fundamenten los fallos en la discrecionalidad o arbitrariedad, pues, esta situación daría lugar a un acto injusto e infundado⁶¹⁰. Por ello, todas las decisiones judiciales tienen que encontrarse debidamente justificadas.

Con referencia a la arbitrariedad, creemos a nuestro modesto entender que quien actúa de esa forma en la promulgación de una Ley es el legislador, modificando total o parcialmente durante su tramitación la concepción de la idea inicial, es decir, el *iter* de la voluntad interna hacia la voluntad externa sufre cambios⁶¹¹.

Esto significa que el *iter* de la Ley desde su concepción hasta su promulgación pasa por distintos periodos, que se reflejan en la manifestación externa de la voluntad del legislador distinta a la preconcebida.

En lo que concierne a la valoración judicial del beneficio del menor, hay quien afirma que ésta puede ser discrecional siempre que sea

nuestra formación para conocerlo acudiendo en nuestra ayuda a los auxilios expertos para encontrarlos”.

⁶¹⁰ Vid. LÁZARO GONZÁLEZ, I., *Los menores en el Derecho Español-Práctica Jurídica*, op. cit., p. 118. Con referencia a este tema HENKE HORST-EBERHARD, *La cuestión de hecho, el concepto indeterminado en el derecho civil y su casacionabilidad*, op. cit., p. 128, sostiene que: “...si la ley ha instituido por guías del pronunciamiento judicial incluso a valoraciones extrajurídicas, también un concepto en apariencia totalmente indeterminado dejará siempre un margen sólo limitado para la determinación realmente libre del derecho: el juez sólo podrá <suplir> la ley bajo su propia responsabilidad cuando las ideas sociales no existan, estén controvertidas o deban desecharse, o cuando las reglas de experiencia científicas no estén aún afianzadas”.

⁶¹¹ Criterio compartido por LÓPEZ DE OÑATE, F., *La certeza del derecho*, Traducción de SANTÍS MELENDO, S. y AYERRA REDIN, M., Edit Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1953, p. 146.

racional con la finalidad de proteger los derechos del niño y evitar perjuicios en el ámbito espiritual y material del menor, pero no arbitraria⁶¹². Entendiéndose por discrecionalidad a la libertad de elección entre variantes semejantes consideradas equitativas⁶¹³.

Nosotros disentimos con esta postura, pues, el Juez no puede actuar discrecionalmente en un problema tan álgido como es el interés del menor, especialmente, con relación a la modalidad de custodia a implementarse como consecuencia de un proceso de separación o divorcio.

Si bien el Código sustantivo, prevé la implementación de la guarda unilateral o compartida, de ninguna manera concebimos que sean equitativas, por cuanto tienen otro contenido y las condiciones de aplicación son distintas.

Por este motivo, en la concreción del interés del menor en una situación de crisis, la discrecionalidad ésta dada por el legislador y la actuación del Juez debe limitarse de conformidad a la normativa vigente a la elección correcta de la modalidad de custodia.

Así, hay quien sostiene que se debe superar la discrecionalidad judicial en primer término utilizando reglas y en caso de que éstas no sean suficientes se debe recurrir a principios⁶¹⁴.

⁶¹² Siguiendo a LINACERO DE LA FUENTE, M., "La protección del menor en el Derecho civil español...", op. cit., p.1586; De igual forma, se puede ver en Herrera F. G., www.lexpenal.com.ar/Archivos/publicaciones/interes_superior_del_menor, fecha de consulta, 6 de marzo de 2006, "El interés superior del menor", En materia de menores la norma legal debe aplicarse con sentido funcional; el Juez debe poseer un margen de discrecionalidad cuyo límite y justificación lo constituye el caso concreto a resolver del mejor modo posible para el bien del menor. Sobre el tema ITURRALDE SESMA, V., *Aplicación del derecho y justificación de la decisión judicial*, op. cit., p. 26, sostiene que: "...hoy en día se reconoce que la aplicación del derecho es, en mayor o menor medida y por razones a los ordenamientos jurídicos, discrecional, pero no debe ser arbitraria".

⁶¹³ En ese sentido, GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T. R., *Curso...*, op. cit., p. 447, afirma que los conceptos jurídicos indeterminados, en cualquier sector del ordenamiento jurídico, permiten solamente una solución justa, en cambio, el ejercicio de una potestad discrecional permite una pluralidad de alternativas consideradas como justas.

⁶¹⁴ Siguiendo a RODRÍGUEZ, C., *La decisión judicial, el debate Hart-Dworkin*, op. cit., p.

A nuestro juicio, si las reglas y principios son equitativos, y tienen relevancia jurídica deben ser tomados en cuenta en la determinación del interés del menor. El problema de los principios radica en que su contenido tiene un componente social y moral que puede generar controversia en el ámbito jurídico⁶¹⁵. Por este motivo, siempre que exista el riesgo de que su influencia social se anteponga al espectro jurídico conculcando el *bonus filii*, se debe prescindir de su utilización.

En ese sentido, hay autores que afirman de manera acertada que en el supuesto de existir controversias con respecto a la aplicación de principios, éstos deben ser resueltos, mediante una “ordenación” de los mismos estableciendo la forma en que coadyuvan cada uno de ellos en la solución del caso concreto⁶¹⁶.

Ésto no significa que se descarten principios de acuerdo a la voluntad individual del Juez, sino que se valoren aquellos que en su contenido reflejan una posición que toma en cuenta por un lado, los intereses de la sociedad en su conjunto, y por otro, el beneficio del menor, ambos preponderando la igualdad como principal parámetro.

Es así, que la Autoridad Judicial en la determinación del interés del menor debe tomar en cuenta premisas mayores y menores, las primeras pertenecen al menor y las segundas a los progenitores, dentro de lo que es la estructura familiar que atraviesa un periodo de transición de su formación funcional a su formación disfuncional.

Al respecto, nos hacemos eco de las palabras de Henke Horst-Eberhard para quien “*La conclusión silogística es indispensable para el control y la exposición del resultado de la determinación del derecho*”⁶¹⁷.

77.

⁶¹⁵ RODRÍGUEZ, C., *La decisión judicial, el debate Hart-Dworkin*, op. cit., p. 78.

⁶¹⁶ Ver por todos GRANADO HIJELMO, I., “La interdicción constitucional de la arbitrariedad de los poderes públicos”, en *Discrecionalidad administrativa y Control judicial, I Jornadas de estudio del gabinete jurídico de la junta de Andalucía*, Edit. Civitas, Madrid, 1996, p. 129.

⁶¹⁷ HENKE HORST-EBERHARD, *La cuestión de hecho, el concepto indeterminado en el*

En ese marco, deben primar las premisas mayores al momento de motivar la resolución del Juez en una situación de separación o divorcio y la custodia de los hijos, en detrimento de las premisas menores.

Si bien en la determinación de la modalidad de custodia a implementarse, resulta complicado demostrar que la decisión a adoptarse sea la correcta, se tiene que fundamentar que dicha elección ha sido imparcial y es consecuencia de la ponderación y balance racional de los intereses en disputa⁶¹⁸.

Sobre el tema, hay quien manifiesta apropiadamente que de acuerdo a la concepción moderna del proceso el Juez al actuar en representación del Estado tiene una función pública y que en mérito a ello, tiene que procurar la satisfacción del *bonus filii* intentando por todos los medios a su alcance completar el material de conocimiento sobre el desarrollo del proceso brindando solución a cada caso de manera imparcial⁶¹⁹.

En ese marco, la SAP de Valencia (sala sexta), de fecha 7 de julio de 1999, sostiene que en la aplicación de la custodia compartida, debe prevalecer prioritariamente el interés del menor⁶²⁰.

En relación a ello, resaltar que la determinación judicial sobre el interés del menor no concluye con la asignación de la custodia, sino que corresponde realizar un seguimiento periódico de la ejecución de la resolución por parte de los equipos psicoasistenciales adscritos a los juzgados, con la finalidad de que el Juez en caso necesario modifique su

derecho civil y su casacionabilidad, op. cit., p. 105; Sobre el tema, RODRÍGUEZ, C., *La decisión judicial, el debate Hart-Dworkin*, op. cit., p. 69.

⁶¹⁸ HART, H. L. A., *El concepto de derecho*, op. cit., p. 253.

⁶¹⁹ Vid. DECKER MORALES, J., *Código de familia*, op. cit., pp. 346 y 347.

⁶²⁰ De la misma forma, las SSAP de Guipúzcoa (Sección 1ª), de 14 de septiembre y de 22 de octubre de 2004, si bien deniegan la aplicación de la custodia compartida por falta de acuerdo de los padres, sostienen que éste régimen constituye la opción ideal en beneficio del menor siempre que exista acuerdo entre los progenitores. Por su parte, la SAP Madrid núm. 683 (Sección 22ª), de 18 octubre de 2005, (JUR 2005\252044, ponente: Ilmo. Sr. D. Eduardo Hijas Fernández) dictamina la improcedencia de la custodia compartida, toda vez que en función a los antecedentes del proceso con dicho régimen no se satisface el interés del menor.

fallo.

Pese a los reparos que tiene la Ley sobre la indeterminación del interés del menor, el Juez tiene la misión de garantizar la concretización de dicho principio en las resoluciones emergentes de los procesos de separación y divorcio que incumben principalmente al menor con referencia a la custodia⁶²¹.

2.8. Nuestra posición

De todo lo analizado hasta ahora se deduce que en una situación de crisis matrimonial o de unión de hecho no pueden existir dos alternativas semejantes en lo relativo a la custodia. A nuestro modo de ver, si de la valoración del caso concreto es aplicable la custodia compartida, ésta no puede ser reemplazada arbitrariamente por la custodia monoparental, desde esta perspectiva el fallo del Juez no debe ser discrecional.

Por consiguiente, la Autoridad Judicial tiene que procurar mediante las alternativas que le brinda la norma sustantiva y procesal, así como los Tratados y Convenios Internacionales determinar lo más beneficioso para los hijos en una situación de crisis familiar⁶²².

Para que ésto ocurra se deben dejar de lado estereotipos judiciales⁶²³ que prescindan *a priori* sin la valoración del caso, de la figura

⁶²¹ Vid. GUILARTE MARTIN-CALERO, C., "Comentarios del nuevo artículo 92 del Código Civil", op. cit., p. 147.

⁶²² Sobre el interés del menor MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N., "El menor en las situaciones de crisis familiar: La atribución de su guarda y custodia", en MARTÍNEZ GALLEGO, E. M^a. (Coord.), *Menores: Instituciones de protección y responsabilidad*, Edit. Fund. Diagrama, Murcia, 2004, p. 131, sostiene que: "El Juez deberá tratar de averiguarlo en cada uno de los casos respecto a los que haya de tomar una decisión, decisión, por otra parte sumamente ardua si tenemos en cuenta, tanto la dificultad que supone, precisamente saber qué es lo mejor para el hijo, como la trascendencia que una decisión de ese tipo puede tener para su desarrollo personal".

⁶²³ Véase RIVERO HERNÁNDEZ, F., *El interés del menor*, op. cit., pp. 104-105. De igual forma, TAMBORERO Y DEL RÍO, R., "La guarda y custodia compartida", op. cit., p. 519, manifiesta que no es aconsejable dictaminar sentencias estereotipadas, en esa consideración es conveniente cuando los progenitores soliciten la custodia de los hijos realizar un análisis serio a todos los componentes de dicha familia con la finalidad de

jurídica de la custodia compartida como alternativa.

Por su parte, si los progenitores han consensuado en interés del menor el establecimiento del régimen de custodia compartida, el Juez únicamente debe intervenir para verificar que efectivamente se ha previsto lo más conveniente.

Así, un sector de la doctrina señala que debe regir el principio de mínima intervención a fin de no afectar la autonomía que tienen los progenitores en el ejercicio de la patria potestad, ésto con el objetivo de precautelar la satisfacción del interés del menor⁶²⁴.

Discrepamos en parte con esta postura, pues es evidente que al encontrarse la estructura familiar compuesta por progenitores e hijos, en principio, se debe dejar que sean ellos los que resuelvan sus diferencias, sin embargo, se justifica la intervención judicial en supuestos donde se entable un proceso contencioso. Es más, con la finalidad de preservar el interés del menor la Autoridad Judicial inclusive tiene que actuar de oficio. Puesto que si bien la familia tiene un componente privado, el Estado mediante el Poder Judicial y éste ente a través de los Jueces tiene que ejercer su rol procurando salvaguardar el bienestar de la estructura familiar disuelta.

Para concluir señalar que la reforma del 2005 no ha establecido cimientos sólidos para modificar la estructura básica del Código Civil en referencia a la patria potestad, la custodia y consecuentemente con el interés del menor. Ésto significa, que la falta de uniformidad de criterio en cuanto a la aplicación de estas figuras jurídicas por parte del legislador repercutirá negativamente en la labor de los Jueces, y en la situación tanto de los progenitores como del menor en el momento de determinar la modalidad de custodia a regir en una situación de crisis matrimonial o de unión de hecho.

encontrar una solución idónea.

⁶²⁴ Por ejemplo, LÁZARO GONZÁLEZ, I., *Los menores en el Derecho Español-Práctica Jurídica*, op. cit., p. 118.

CONCLUSIONES

I.- Con la finalidad de preservar el principio de igualdad que debe existir entre progenitores en una situación de separación o divorcio es recomendable que tanto la titularidad de la patria potestad como su ejercicio se mantengan de manera compartida en beneficio del menor.

II.- La guarda como deber inherente a la patria potestad aborda el ámbito personal e inmediato del menor, es decir, las relaciones cotidianas que son fruto de la convivencia, a diferencia del ejercicio de la patria potestad que contempla la responsabilidad integral del menor e implica la realización material de las funciones específicas de las relaciones paterno filiales, lo que significa que no requiere obligatoriamente un contacto físico permanente entre progenitor-menor.

III.- La custodia compartida es una figura jurídica que se aplica en situaciones de crisis familiares, y se caracteriza porque los progenitores alternan en el cuidado y la convivencia de los hijos en igualdad de derechos y deberes, con la finalidad de satisfacer sus necesidades tanto materiales como espirituales.

IV.- La custodia compartida contribuye a que los progenitores realicen las funciones inherentes al ejercicio de la patria potestad de forma periódica al convivir con sus hijos alternadamente, pues de lo contrario dicho ejercicio se encontraría vacío de contenido.

V.- Considerando la heterogeneidad de situaciones de crisis familiares, es conveniente la existencia de una regulación dual de modalidades de custodia, con el objetivo de adoptar la mejor alternativa en interés del menor.

VI.- En una situación de crisis familiar no pueden existir dos alternativas semejantes en lo relativo a la custodia, desde esta perspectiva el fallo del Juez no puede ser discrecional ni tampoco arbitrario.

VII.- Para que exista una adecuada elección de la modalidad de custodia a regir en una situación de ruptura familiar, es recomendable que las condiciones de aplicación tanto de la custodia monoparental como de la custodia compartida, no tengan ninguna preferencia ni condicionamiento alguno en la norma sustantiva.

VIII.- La mejor forma de establecer la custodia compartida en una situación de separación o divorcio, es a través del previo acuerdo de voluntades de los progenitores vía convenio regulador.

IX.- Si ambos padres se encuentran en igualdad de condiciones y son aptos para ejercer la custodia compartida, pero no han consensuado en su implementación, el Juez previa valoración del caso debería tener la posibilidad de establecer esta modalidad en interés del menor, sin ningún tipo de restricciones en la norma.

X.- La custodia compartida en el ámbito jurídico fomenta el principio de igualdad que debe regir entre los progenitores, cuando éstos se encuentran inmersos en una situación de separación o divorcio, por cuanto, independientemente de la modalidad de guarda alternada se procura distribuir el tiempo de los menores proporcionalmente a favor de ambos padres.

XI.- En una situación de crisis familiar si se establece la custodia compartida, debe prevalecer como criterio de atribución el interés del menor, puesto que, se constituye en el centro de gravedad alrededor del cual se tienen que concentrar todos los esfuerzos para determinar lo mejor para él.

XII.- Si bien el establecimiento de la custodia compartida en la legislación española no ha colmado las expectativas de diferentes colectivos sociales, su implementación demuestra que las mutaciones que acontecen en la sociedad no pueden quedar ajenas al Poder Judicial. En cambio, la legislación boliviana todavía no ha reaccionado frente a esos cambios. A nuestro entender, esta actitud parsimoniosa no hace más que afectar a la protección del menor y la familia.

XIII.- En lo que concierne al interés futuro o presente, material o moral del menor, con relación a la custodia compartida se debe buscar un punto de equilibrio teniendo en cuenta el ámbito espacial y temporal en el que se presenta la separación o divorcio de los progenitores.

XIV.- Las técnicas de determinación del interés del menor son útiles en el establecimiento de la custodia compartida, en la medida que exista una valoración casuística, previa apreciación axiológica de todas las circunstancias que comprende la crisis matrimonial o la unión de hecho, adecuadas al ámbito jurídico.

XV.- La participación activa del menor en la determinación de su propio interés, siempre que sus deseos coincidan con su mayor beneficio se debe constituir en un parámetro importante por el cual se tienen que orientar las situaciones de separación o divorcio, al tiempo de establecer la factibilidad de la custodia compartida.

BIBLIOGRAFÍA

AGUILAR CUENCA, J. M., *Con mamá y con papá*, Edit. ALMUZARA, 2006, Segunda edición.

- “El uso de los hijos en los procesos de separación: El síndrome de alienación parental”, en *Revista de Derecho de Familia*, núm. 29, octubre-diciembre de 2005.

ALBADALEJO, M., *Curso de Derecho Civil IV Derecho de Familia*, Edit. Edisofer, Madrid, 2006.

ALONSO PÉREZ, M., “La situación jurídica del menor en la Ley orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación al Código civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil: Luces y sombras”, en *Actualidad Civil*, núm. 2, 6-12 de enero de 1997, tomo I, Edit. La Ley, Madrid, 1997.

ÁLVAREZ VÉLEZ, M^a. I., “La política de protección de menores en el ámbito internacional”, en RODRÍGUEZ TORRENTE, J., *El menor y la familia: conflictos e implicaciones*, Edit. UPCO, Madrid, 1998.

ÁLVAREZ, Y., “Custodia compartida”, en www.consumer.es/web/es

ALZAGA VILLAMIL, O., *La Constitución española de 1978 (comentario sistemático)*, Edit. Del Foro, Madrid, 1978.

AMORÓS, P. y PALACIOS, J., *Acogimiento familiar*, Edit. Alianza, Madrid, 2004.

ANDRÉS JOVEN, J., “Modificaciones de medidas definitivas”, en González POVEDA, P. y GONZÁLVEZ VICENTE, P. (Coordinadores), *Tratado de Derecho de Familia, Aspectos sustantivos y procesales*, Edit. Sepín, Madrid, 2005.

ARANGUENA FANEGO, C. y RODRÍGUEZ MERINO, A., “Comentarios a la disposición final primera de la Ley 15/2005”, en GUILARTE GUTIÉRREZ, V. (Dir), *Comentarios a la reforma de la separación y el divorcio, Ley 15/2005, de 8 de julio*, Edit. Lex Nova, Valladolid, 2005.

ATIENZA, M., *las razones del derecho, teorías de la argumentación jurídica*, Edit. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.

BANDERA, M., *Custodia Compartida*, Edit. Arcoexpress, Barcelona, 2005.

-“Opinión del menor”, en el magazine del periódico *La Vanguardia* de 17 de octubre de 2004.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., “De las relaciones paterno-filiales”, en VVAA. *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia Volumen II*, Edit. Tecnos, Madrid, 1984.

-*Comentarios al Código Civil*, Edit. Aranzadi, Navarra, 2006, Segunda edición.

BERRY BRAZELTON, T. y GREENSPAN STANLEY, I., *Las necesidades básicas de la infancia*, Edit. GRAO de IRIF, S. L., Barcelona, 2005.

BO JANE, M. y CABALLERO RIVERA, M., “El nuevo Derecho del menor a ser oído: ¿Sujeto activo en la determinación de su interés? En *La Ley*, Tomo 6, 1996.

BONDER, G., *La equidad de Género en la Educación, fundamentos teóricos para una práctica no discriminatoria*, Ministerio de Desarrollo Humano, Secretaría Nacional de asuntos Étnicos, de género y generacionales subsecretaría de asuntos de género, Edit. Gráficas E. G., La Paz, 1997.

BONET PÉREZ, J., “La protección del menor contra la explotación y las organizaciones internacionales”, en VILLAGRASA ALCAIDE, C. (Coord.), *Explotación y protección jurídica de la infancia*, Edit. Cedecs, Barcelona, 1998.

BORDA, G. A., *Manual de Derecho de Familia*, Edit. Perrot, Buenos Aires, 1988, Décima edición.

BOSSERT, G. A., y ZANNONI, E. A., *Manual de Derecho de Familia*, Edit. Astrea, Buenos Aires, 1990, Segunda edición.

BITRAGO, S., "Convención sobre los derechos del niño comparación y recepción en las leyes de adopción y el régimen de identificación para el recién nacido", en www.salvador.edu.ar/buitrago.htm

BACHS ESTANY, J. M., "La actuación de los poderes públicos en el ámbito autonómico", en VILLAGRASA ALCAIDE, C. (Coord.), *Explotación y protección jurídica de la infancia*, Edit. Cedecs, Barcelona, 1998.

CABALLERO GEA, J. A., *Matrimonio. Contrayentes del mismo o diferente sexo. Separación y divorcio. Unión de hecho. Acogimiento y adopción. Violencia de Género, pensión impagada*. Edit. Dykinson, Madrid, 2005.

CALDERÓN CUADRADO, M. P., *Medidas provisionales en nulidad, separación y divorcio (La aplicación práctica de los artículos 102 a 106 del CC y 771 a 773 de la LEC)*, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

CALVO GARCÍA, M., *Teoría del Derecho*, Edit. Tecnos, Madrid, 2004, Segunda edición.

CAÑETE QUESADA, A., "El anteproyecto de ley por el que se modifica el Código Civil en materia de separación y divorcio", en www.porticolegal.com/articulos/pa183.php#iv.

CAPELLA, J. R., *Elementos de análisis jurídico*, Edit. Trotta, Madrid, 1999.

CARBALLO, CUERVO, M. A., "Violencia doméstica", GONZÁLEZ POVEDA, P. y GONZÁLVEZ VICENTE, P. (Coords.), *Tratado de Derecho de Familia, Aspectos sustantivos y procesales*, Edit. Sepín, Madrid, 2005.

CARRASCO GALÁN, M. J., "La conciliación de la vida laboral y familiar: consecuencias psicológicas intrafamiliares", en ADROHER BIOSCA, S. y NUÑEZ PARTIDO, J. P. (Coords.), *Familia y Trabajo*, Edit. Comillas, Madrid, 2003.

CARRIÓ GENARO, R., *Algunas palabras sobre las palabras de la ley*, Edit. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1971.

-*Dworkin y el positivismo jurídico*, Edit. Madero, México, 1981.

CARRIÓN OLMOS, S., “Reflexiones en torno a las leyes 13 y 15/2005 por las que se modifica el Código Civil en materia de separación, divorcio y derecho a contraer matrimonio”, *Diario La Ley* Nº 6298, 19 julio 2005, en www.print.wke.es/wkeonline/Controller.do

CASTÁN VÁZQUEZ, J. M^a., *La patria potestad*, Edit. Revista Derecho Privado, Madrid, 1960.

CASTILLO MARTÍNEZ, C. DEL C., “El Interés del Menor como Criterio Prevalente en la Mediación Familiar”, en www.monografias.com/trabajos30/menores-criterio-prevalente-mediacion

CORCOY BIDASOLO, M., “¿Qué aporta la LO 11/2003, en la incriminación de la llamada violencia doméstica?”, en MARTÍNEZ GALLEGO, E. M^a. y REGUERO CELADA, J. (Coords.), *Mujer y Empleo, Una estrategia para la igualdad*, Edit. Comares, Granada, 2004.

CORDERO CUTILLAS, I., *El convenio regulador en las crisis matrimoniales (Estudio jurisprudencial)*, Edit. Aranzadi, Navarra, 2004.

CHACÓN, F., “Plataforma de la custodia compartida”, en www.custodiacompartida.org/content/view/24/

D’ ANTONIO, D. H., *Derecho de Menores*, Edit. Astrea, Buenos Aires-Argentina, 1986, Tercera edición.

DECKER MORALES, J., *Código de familia*, Edit. Los amigos del libro, Cochabamba-La Paz, Bolivia, 2000.

DE PEÑAFORT, R., *Una Juez frente al maltrato*, Edit. Debate, Barcelona, 2005.

DE PAÚL OCHOTORENA, J. y ARRUABARRENA MADARIAGA, M. I., *Manual de protección infantil*, Edit. Masson, Barcelona, 2001.

Diccionario de la lengua española-Real academia española, Tomo I, Edit. Espasa Calpe, Madrid, 2001, Vigésima segunda edición.

Diccionario Manual Ilustrado de la Lengua Española, Edit.

Bibliograf, Barcelona 1999, Décima tercera edición.

DÍEZ-PICAZO, L., *Experiencias jurídicas y teoría del derecho*, Edit. Ariel, Barcelona, 1987, Segunda edición.

-*Familia y Derecho*, Edit. Civitas, Madrid, 2004.

DÍEZ PICAZO, L., y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil, Volumen IV, Derecho de Familia, Derecho de sucesiones*, Edit. Tecnos, Madrid, 2006, Décima Edición.

DURÁN AYAGO, A., *La protección internacional del menor desamparado: régimen jurídico*, Edit. Colex, Madrid, 2004.

-“El interés del menor en el conflicto de civilizaciones: elementos para su concreción en un contexto intercultural”, en CALVO CARAVACA, A. L. y CASTELLANOS RUIZ, E. (Directores), *El Derecho de familia ante el siglo XXI: aspectos internacionales*, Edit. Colex, Madrid 2004.

-“La protección de menores en la era de la globalización: del conflicto de leyes a las técnicas de flexibilización”, en CALVO CARAVACA, A. L. y BLANCO-MORALES LIMONES, P. (Coords.), *Globalización y Derecho*, Edit. Colex, Madrid, 2003.

DWORKIN, R., *El imperio de la justicia*, Edit. Gedisa, Barcelona, 1988.

EEKELAAR, J., “The interest of the Child and the Childs wishes: the role of the dynamic self-determinism”, in *International Journal of Law Policy and the Family*, Oxford University Press, 1994 8(1): 42-61; doi: 10.1093/lawfam/8.1.42, <http://lawfam.oxfordjournals.org/cgi/content/abstract/8/1/42>

ECHARTE FELIÚ, A. M., *Patria potestad en situaciones de crisis matrimonial*, Edit. Comares, Granada, 2000.

EIRANOVA ENCINAS, E., *Código Civil Alemán comentado BGB*, Edit. Marcial Pons, Madrid, 1998.

FOSAR BENLLOCH, E., *Estudios de Derecho de Familia*, Tomo II,

Edit. Bosch, Barcelona, 1982.

FUENTE NORIEGA, M., *La patria potestad compartida en el código civil español*, Edit. Montecorvo, Madrid, 1986.

FREIJANES BENITO, A., “La protección de los derechos de los menores en casos de divorcio y separación”, en RODRÍGUEZ TORRENTE, J., *El menor y la familia: conflictos e implicaciones*, Edit. UPCO, Madrid, 1998.

GARCÍA ÁLVAREZ, P. y DEL CARPIO DELGADO, J., *El delito de malos tratos en el ámbito familiar*, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

GARCÍA AMADO, J. A., *Teorías de la tópicica jurídica*, Edit. Civitas, Madrid, 1988.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T. R., *Curso de Derecho Administrativo I*, Edit. Civitas, Madrid, 1995, Séptima edición.

GARCÍA MAS, F. J. “Panorama general de la Ley 1/1996 de 15 de enero de protección jurídica del menor”, en *Actualidad Civi*, núm. 34, 22 a 28 de septiembre de 1997, Tomo 3, Edit. La Ley, Madrid, 1997.

GARCÍA MÉNDEZ, E. y CARRANZA, E. (Coords.), *Infancia, Adolescencia y control social en América Latina*, Edit. Depalma, Buenos Aires-Argentina, 1990.

GARCÍA PASTOR, M., “El Derecho de visita en circunstancias excepcionales”, *Actualidad Civil*, núm. 37/ 9-15 de octubre de 1995, Tomo IV.

GARCÍA RUBIO, M^a. P. y OTERO CRESPO, M., “Apuntes sobre la referencia expresa al ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos en la Ley 15/2005”, en SÁEZ HIDALGO, I. (Dir.), *Revista Jurídica de Castilla y León*, Edit. Junta de Castilla y León, Valladolid, 2006.

GARRIDO FALLA, F., *Comentarios a la Constitución*, Edit. Civitas, Madrid, 1985, Segunda edición.

GASSÓ PERALTA, R., “La pobreza y la explotación infantil en el mundo, marco general de análisis”, en VILLAGRASA ALCAIDE, C.

(Coord.), *Explotación y protección jurídica de la infancia*, Edit. Cedecs, Barcelona, 1998.

GODOY MORENO, A., “La guarda y custodia compartida. Guarda conjunta y guarda alternativa”, en *Diez años de abogados de familia 1993-2002*, obra colectiva, Asociación española de Abogados de Familia Edit. La Ley, Madrid, 2003.

GOLDSTEIN JOSEPH, I., “¿En el interés superior de quién?” en BELOFF, M. (Compiladora), *Derecho, Infancia y familia*, Edit. Gedisa, Barcelona, 2000.

GONZÁLEZ SOLER, O. E., “Maltrato familiar, la victimización del niño”, en *Estudios sobre violencia familiar y agresiones sexuales I-2002, Jornadas sobre violencia doméstica*, Edit. Solana e Hijos, Madrid, 2002.

GONZÁLVEZ VICENTE, M. P., “Siete años en el Juzgado de Familia”, en *Diez años de abogados de familia 1993-2002*, obra colectiva, Asociación española de Abogados de Familia, Edit. La Ley, Madrid, 2003.

GONZÁLVEZ VICENTE, P., “Procedimiento consensuado”, en GONZÁLEZ POVEDA, P. y GONZÁLVEZ VICENTE, P. (Coords.), *Tratado de Derecho de Familia, Aspectos sustantivos y procesales*, Edit. Sepín, Madrid, 2005.

GULLÓN BALLESTEROS, A., “Sobre la Ley 1/1996, de protección jurídica del menor”, en *La Ley*, XVIII, núm. 3970, febrero de 1996, Tomo I.

GUILARTE GUTIÉRREZ, V., “Comentarios del nuevo artículo 68 del Código Civil”, en GUILARTE GUTIÉRREZ, V. (Dir.), *Comentarios a la reforma de la separación y el divorcio (Ley 15/2005, de 8 de julio)*, Edit. Lex Nova, Valladolid, 2005.

GUILARTE MARTIN-CALERO, C., “Comentarios del nuevo artículo 92 del Código Civil”, en GUILARTE GUTIÉRREZ, V. (Dir.), *Comentarios a la reforma de la separación y el divorcio (Ley 15/2005, de 8 de julio)*, Edit. Lex Nova, Valladolid, 2005.

GRANADO HIJELMO, I., “La interdicción constitucional de la arbitrariedad de los poderes públicos”, en *Discrecionalidad administrativa*

y *Control judicial, I Jornadas de estudio del gabinete jurídico de la junta de Andalucía*, Edit. Civitas, Madrid, 1996.

GROS ESPIELL, H., “Los derechos del Niño en América Latina”, en VERDUGO ALONSO, M. y SOLER-SALA, V. (Eds.), *La convención de los derechos del niño hacia el siglo XXI*, Edit. Universidad de Salamanca, 1996.

HART, H. L. A., *El concepto de derecho*, traducción de CARRIÓ GENARO, R., Edit. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1961.

HENKE HORST-EBERHARD, *La cuestión de hecho, el concepto indeterminado en el derecho civil y su casacionabilidad*, traducido por BANZHAF, T. A., Edit. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1979.

HESSEN, J., *Teoría del conocimiento*, Edit. Orbe, Santiago de Chile, 1979.

HERRANZ BALLESTEROS, M., *El interés del menor en los Convenios de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado*, Edit. Lex Nova, Valladolid, 2004.

HERRERA, F. G., “Interés superior del menor”, en www.lexpenal.com.ar/Archivos/publicaciones/interes_superior_del_menor

HERRERA PUENTES, P. J., “Vivienda: atribución del uso”, en González POVEDA, P. y GONZÁLVEZ VICENTE, P. (Coords.), *Tratado de Derecho de Familia, Aspectos sustantivos y procesales*, Edit. Sepín, Madrid, 2005.

HERRERO GARCÍA, M^a. J., “Las medidas provisionales en la crisis matrimonial”, en *Revista de Derecho Notarial*, Tomo I, 1982.

HIRIGOYEN, M^a. F., *El acoso moral (maltrato psicológico en la vida cotidiana)*, Edit. Paidós, Barcelona, 1998.

IGLESIAS REDONDO, J. I., *Guarda Asistencial tutela ex lege y acogimiento de menores*, Edit. Cedecs, Barcelona, 1996.

ITURRALDE SESMA, V., *Aplicación del derecho y justificación de*

la decisión judicial, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

IVARS RUÍZ, J., *La guarda y custodia compartida tras la actual reforma del código civil, aspectos procesales y sustantivos, doctrina y jurisprudencia*, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

JIMÉNEZ AYBAR, I., “Interés del menor, justicia y sentido común”, en <http://eticaarguments.blogspot.com/2005/05/inters-del-menor-justicia-sentido.html>

-“Dialogo sobre el principio del interés superior del menor”, en www.jimenez_aybar.com/pdf/publicaciones/familia/pdf

JIMÉNEZ SANJNÉS, R., *Lecciones de Derecho de Familia y Derecho del Menor*, Edit. Presencia S.R.L., La Paz-Bolivia, 2002, (Tomo II).

KELSEN, H., *Teoría pura del derecho*, traducción del original en alemán realizada por VERNENGO, R. J., Edit. Porrúa, México 2005, Décimo cuarta edición.

LACRUZ BERDEJO, J. L., y otros, *Elementos de Derecho Civil IV Familia*, Edit. Dykinson, Madrid, 2002.

-*Matrimonio y Divorcio, Comentarios al título IV del libro primero del Código Civil*, Edit. Civitas, Madrid, 1994, Segunda edición.

LÁZARO GONZÁLEZ, I. (Coord.), *Los menores en el Derecho Español-Práctica Jurídica*, Edit. Tecnos, Madrid 2002.

LINACERO DE LA FUENTE, M., “La protección del menor en el Derecho civil español. Comentario a la Ley Orgánica 1/ 1996, de 15 de enero”, en *Actualidad Civil*, núm. 48, 27 de diciembre de 1999 al 2 de enero de 2000, Tomo IV.

LÓPEZ ALARCÓN, M., *El nuevo sistema matrimonial español-Nulidad, separación y divorcio*, Edit. Tecnos, Madrid, 1983.

LÓPEZ AGUILAR, J. F., “Los criterios constitucionales y políticos inspiradores de la reforma del Derecho Civil en materia matrimonial”, en *Actualidad Jurídica, Aranzadi*, núm. 655, BIB 2005/156, 3-02-05.

LÓPEZ DE OÑATE, F., *La certeza del derecho*, Traducción de SANTIS MELENDO, S. y AYERRA REDIN, M., Edit. Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1953.

LÓPEZ SAN LUIS, R., *Capacidad contractual del menor*, Edit. Dykinson, Madrid, 2001.

LORCA NAVARRETE, A. M. y DENTICI VELASCO, N. M., *La regulación de la separación y el divorcio en la nueva "Ley de Divorcio" de 2005 con especial referencia a la mediación familiar*, Edit. Instituto Vasco de Derecho Procesal (IVADP), San Sebastián, 2005.

LLORENTE PINTOS, R., "El régimen de visitas: La corta edad como impedimento para la pernocta", en *Revista de Derecho de Familia*, Edit. Lex Nova, Valladolid, 2006, núm. 33, octubre-diciembre de 2006.

MAGAZ SANGRO, C., "La patria potestad en los pleitos matrimoniales", en RODRÍGUEZ TORRENTE, J., *El menor y la familia: conflictos e implicaciones*, Edit. UPCO, Madrid, 1998.

MALUQUER DE MOTES y BERNET, C. J., "Medidas jurídicas de protección del menor en nuestro derecho", en VILLAGRASA ALCAIDE, C. (Coord.), *Explotación y protección jurídica de la infancia*, Edit. Cedecs, Barcelona, 1998.

MARTÍN HERNÁNDEZ, J., *La intervención ante el maltrato infantil, una revisión del sistema de protección*, Edit. Pirámide, Madrid, 2005.

MARTÍNEZ DÍAZ, M. P., "Cambios familiares en la transición a la paternidad/maternidad", en ADROHER BIOSCA, S. y NUÑEZ PARTIDO, J. P. (Coords.), *Familia y Trabajo*, Edit. Comillas, Madrid, 2003.

MARTÍNEZ GALLEGO, E. M^a., *La rendición de cuentas en el código civil, con especial examen en la tutela*, Edit. Dykinson, Madrid, 2003.

- "La custodia compartida en cuadros de violencia de género", en PÉREZ FERNÁNDEZ, M., TORRES GARCÍA, A. V. y VELASCO RIEGO, L. (Coords.), *Sociedad Violencia y Mujer II, retos para abordar un cambio social*, Edit. Amarú Ediciones, Salamanca, 2006.

-“El derecho ante la violencia doméstica”, en MARTÍNEZ GALLEGO, E. M^a. y REGUERO CELADA, J. (Coords.), *Mujer y Empleo, Una estrategia para la igualdad*, Edit. Comares, Granada, 2004.

-“Las recientes reformas del Derecho de Familia”, en FIGUERUELO BURRIEZA, A. e IBÁÑEZ MARTÍNEZ, M^a. L. (Eds.), *El Reto de la efectiva igualdad de oportunidades*, Edit. Comares, Granada, 2006.

-MARTÍNEZ GALLEGO, E. M^a. y BENITO DE LOS MOZOS, A. I., “Mujer sujeto u objeto de derecho”, en LÓPEZ DE LA VIEJA, M^a. T. (Ed.), *Feminismo del pasado al presente*, Edit. Universidades Salamanca, Salamanca, 2000.

MARTÍNEZ GARCÍA, J. I., *La imaginación jurídica*, Edit. Debate, Madrid, 1992.

MARTÍNEZ LÓPEZ, A. J., *El menor ante la norma penal y delitos contra el menor y la familia*, Edit. Librería del profesional, Bogota, 1986, Primera edición.

MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N., “El menor en las situaciones de crisis familiar: La atribución de su guarda y custodia”, en MARTÍNEZ GALLEGO, E. M^a. (Coord.), *Menores: Instituciones de protección y responsabilidad*, Edit. Fund. Diagrama, Murcia, 2004.

MARZATICO, F., “Las garantías constitucionales de los derechos de los niños”, en MARTÍNEZ GALLEGO, E. M^a. (Coord.), *Menores: Instituciones de protección y responsabilidad*, Edit. Fund. Diagrama, Murcia, 2004.

MASON EKMAN, M. A., “¿Cómo pueden enfrentarse los padres a las mentiras de sus hijos?”, en EKMAN, P., *Por qué mienten los niños, como los padres pueden fomentar la sinceridad*, Edit. Paidós, Barcelona, 1999.

MAZEAUD, H. L. y MAZEAUD, J., *Lecciones de Derecho Civil*, volumen IV, Edit. Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1976, traducido por ALCALÁ-ZAMORA y CASTILLO, L.

MESSINEO, F., *Manual de Derecho Civil y Comercial*, tomo III, Edit. Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1979, traducido por MELENDO SANTIS, S.

MOERMAN, J., “Identificación de algunos obstáculos a la aplicación de la Convención sobre los derechos del niño; en particular, ciertas objeciones sobre los derechos de los padres y el reconocimiento de las familias”, en VERDUGO ALONSO, M. y SOLER-SALA, V. (Eds.), *La convención de los derechos del niño hacia el siglo XXI*, Edit. Universidad de Salamanca, 1996.

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

MONTERO, R., “Empresa”, en la edición de 18 de octubre de 2006 del periódico *la razón* de Bolivia.

MORENO MANSO, J. M., *Maltrato infantil*, Edit. EOS, Madrid, 2002.

ORTUÑO MUÑOZ, P., *El nuevo régimen jurídico de la crisis matrimonial*, Edit. Civitas, Navarra, 2006.

PAGÉS I CRIVILLÉ, M., *Hijos y Divorcio*, Edit. Martínez Roca, 2002.

PACHECO DE KOLLE, S., *Derechos de la Niñez y Adolescencia, teoría y práctica*, Edit. Alexander, Cochabamba- Bolivia, 2004.

PASTOR VITA, F. J., “Algunas consideraciones sobre la Ley de reforma del Código Civil en materia de separación y divorcio”, en *Revista de Derecho de Familia*, Edit. Lex Nova, Valladolid, 2005, núm. 28, julio-septiembre de 2005.

PÉREZ MARTÍN, A. J., “Reparto de la convivencia de los hijos menores con sus progenitores”, en ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRRIAGA, L., y otros, *Los hijos menores de edad en situación de crisis familiar*, Edit. Dykinson, Madrid, 2002.

PÉREZ SALAZAR-RESANO, M., “Patria Potestad”, en GONZÁLEZ

POVEDA, P. y GONZÁLVIZ VICENTE, P. (Coords.), *Tratado Derecho de Familia, Aspectos sustantivos y procesales*, Edit. Sepín, Madrid, 2005.

PICADO, S., “Los derechos de los Niños son Derechos Humanos”, en VERDUGO ALONSO, M. y SOLER-SALA, V. (Eds.), *La convención de los derechos del niño hacia el siglo XXI*, Edit. Universidad de Salamanca, 1996.

PICONTÓ NOVALES, T., *La Protección de la infancia (aspectos sociales y jurídicos)*, Edit. Egido, Zaragoza, 2001.

PUIG BRUTAU, J., *Compendio de Derecho Civil*, Edit Bosch, Barcelona, 1991.

PLANIOL, M. y RIPERT, J., *Tratado práctico de Derecho Civil Francés*, tomo segundo, *la familia, matrimonio, divorcio, filiación*, traducción de DÍAZ CRUZ, M., Edit. Juan Buxo, Habana, 1928.

RAGEL SÁNCHEZ, L. F., “La guarda y custodia de los hijos, en *Derecho Privado y Constitución*, Madrid, núm. 15, Enero-Diciembre 2001.

RETUERTO, M., “La protección constitucional del menor a través del defensor del pueblo”, en VERDUGO ALONSO, M. Y SOLER-SALA, V. (Eds.), *La convención de los derechos del niño hacia el siglo XXI*, Edit. Universidad de Salamanca, 1996.

RIVERO HERNÁNDEZ, F., *El derecho de visita*, Edit. Bosch, Barcelona, 1997.

- *El interés del menor*, Edit. Dykinson, Madrid, 2000.

ROCA TRIAS, E., *Familia y cambio social*, Edit. Civitas, Madrid 1999.

RODRÍGUEZ, C., *La decisión judicial, el debate Hart-Dworkin*, Edit. Facultad de Derecho. Universidad de los Andes, Santafé de Bogotá, 2000.

RODRÍGUEZ, M^a DEL MAR y BANDERA, M., “Mujeres en primera línea”, en *Revista Magazine*, edición del periódico *la Vanguardia*, de fecha 24 de abril de 2005.

ROMERO COLOMA, A. M^a., “Libertad religiosa del progenitor

frente al beneficio del hijo menor”, en *Revista de Derecho de Familia*, Edit. Lex Nova, Valladolid, 2005, núm. 33, octubre-diciembre de 2006.

ROSENDE SUBIABRE, “Autoridad paterna y patria potestad”, en PRIETO PERALTA, A. L. (Coord.), *Curso Internacional de especialización para jueces de menores y de familia*, Edit. Jurídica de Chile, 1983.

RUIZ-GIMÉNEZ CORTÉS, J., “La Convención de los derechos del niño hermosa sinfonía incompleta (luces, sombras y horizontes de esperanza)”, en VERDUGO ALONSO, M. y SOLER-SALA, V. (Eds.), *La convención de los derechos del niño hacia el siglo XXI*, Edit. Universidad de Salamanca, 1996.

RUIZ-GIMÉNEZ CORTÉS, J. y RUIZ-GIMÉNEZ ARRIETA I., “Derechos fundamentales de la persona”, en ALZAGA VILLAMIL, O., (Director), *Comentarios a la Constitución española de 1978*, Tomo II, Edit. Cortes generales de Derecho reunidas, Madrid, 1997.

RUIZ MANERO, J., *Jurisdicción y normas*, Edit. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990,

RUIZ-RICO RUIZ, J. M., DE LA FUENTE NÚÑEZ DE CASTRO, M. S. y LUQUE JIMÉNEZ, M. C., “Reflexiones sobre la protección de menores en el ordenamiento jurídico Español”, en *Revista de Derecho de Familia*, Edit. Lex Nova, Valladolid, núm. 17, octubre, 2002.

SALANOVA VILLANUEVA, M., “Aproximación al Derecho de visita”, en *Actualidad Civil*, núm. 24/ 12-18 de junio de 1995, Tomo II.

SALAZAR BORT, S., *La tutela especial de los hijos en la atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales: El interés protegido*, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

SALAZAR, M^a. C., “Explotación económica y educación del niño en América latina”, en VERDUGO ALONSO, M. y SOLER-SALA, V. (Eds.), *La convención de los derechos del niño hacia el siglo XXI*, Edit. Universidad de Salamanca, 1996.

SÁNCHEZ BARRIOS, I., “Normas procesales civiles”, en SANZ MULAS, N., GONZÁLEZ BUSTOS, M^a A. y MARTÍNEZ GALLEGU, E. M^a.

(Coords.), *Ley de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género*, Edit. Iustel, Madrid, 2005.

SAN ANDRÉS DIÉZ, R., “participación de los niños y las niñas en la sociedad: un derecho, un deber un valor a educar”, en MARTÍN LÓPEZ, M. T. (Coord.), *La protección de los menores, Derechos y recursos para su atención*, Edit. Civitas, Madrid, 2001.

SANZ MULAS, N., GONZÁLEZ BUSTOS, M^a A. y MARTÍNEZ GALLEGO, E. M^a. (Coords.), *Ley de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género*, Edit. Iustel, Madrid, 2005.

SANTOS URBANEJA, F., “¿Qué significa el interés del menor?”, en *Revista de Derecho de Familia*, Edit. Lex Nova, Valladolid, núm. 15, abril de 2002.

SANTOS OROZA, R., *Apuntes de Derecho de Familia*, Tomo II, Edit. Tupac Katari, Sucre – Bolivia, 2005.

SARIEGO MORILLO, J. L., “La custodia compartida proyectos legislativos en curso”, en *Revista de Derecho de Familia*, Edit. Lex Nova, Valladolid, núm. 11, abril de 2001.

SARIEGO MORILLO J. L. y MORGADO CAMACHO, B., “La paternidad y la maternidad tras el divorcio”, en *Revista de derecho de familia*, Edit. Lex Nova, Valladolid, núm.14, enero de 2002.

SEIJAS QUINTANA, J. A., “Consecuencias de la separación y el divorcio”, en *Actualidad Civil*, núm. 29/ 14–20 de julio de 1997, Tomo III.

SEISDEDOS MUIÑO, A., *La Patria Potestad Dual*, Edit. Servicio Editorial del País Vasco, Bilbao, 1988.

SERRANO ALONSO, E., “De las relaciones paterno-filiales”, en SIERRA GIL DE LA CUESTA, I., (Coord.), *Comentario del Código Civil*, Edit. Bosch, Barcelona, (Tomo II), 2006, Segunda edición.

SIERRA GIL DE LA CUESTA, I., “Matrimonio y crisis: Separación, Divorcio y Nulidad”, en GONZÁLEZ POVEDA, P. y GONZÁLVEZ VICENTE, P. (Coords), *Tratado de Derecho de Familia, Aspectos sustantivos y procesales*, Edit. Sepín, Madrid, 2005.

SOLER, S., *Interpretación de la Ley*, Edit. Ariel, Barcelona, 1962.

SOLETO, M., “A vueltas con la custodia compartida”, en el Periódico, *El País*, edición de 6 de junio de 2005.

STILERMAN, M. N., *Menores, tenencia, régimen de visitas*, Edit. Universidad Buenos Aires-Argentina, 1991.

SCHOPENHAUER, A., *Sobre la libertad de la voluntad*, Edit. Alianza editorial, Madrid, 2000.

TAMBORERO Y DEL RÍO, R., “La guarda y custodia compartida”, en *Diez años de abogados de familia 1993-2002*, obra colectiva, Asociación española de Abogados de Familia, Edit. La Ley, Madrid, 2003.

TORRELLES TORREA, E., “La tutela del menor y la habilitación de edad en el Código de Familia”, en *Actualidad Civil*, núm. 34, 17 al 23 de septiembre de 2001, tomo 4, Edit. La Ley, Madrid, 2001.

-“La filiación”, en MALUQUER DE MOTES, C. J., (Coord.), *Derecho de Familia*, Edit. Bosch, Barcelona, 2005.

TORRERO MUÑOZ, M., *Las crisis familiares en la jurisprudencia- Criterios para una mediación familiar*, Edit. Práctica de Derecho, S. L., Valencia, 1999.

TORRES FERNÁNDEZ, M^a. E., “Reflexiones sobre los delitos de secuestro parental e inducción de hijos menores al incumplimiento del régimen de custodia”, en LÓPEZ SAN LUÍS, R. y PÉREZ VALLEJO, A. M^a. (EDS.), *Tendencias actuales en el Derecho de familia*, Edit. Universidad de Almería Servicio de Publicaciones, Almería, 2004.

UTRERA GUTIÉRREZ, J. L., “Protección de menores: Acogimiento, adopción y tutela”, en GONZÁLEZ POVEDA, P. y GONZÁLEZ VICENTE, P. (Coords), *Tratado de Derecho de Familia, Aspectos sustantivos y procesales*, Edit. Sepín, Madrid, 2005.

-“Soluciones extrajudiciales de conflictos familiares: arbitraje, conciliación, mediación”, en ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L. y otros, *Actualización del derecho de familia y sucesiones*, Edit. Dykinson, Madrid, 2005.

VARELA GARCÍA, C., “Comentarios a la Ley Orgánica 1/ 1996, de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor: principios programáticos y normas de conflicto”, en *Actualidad Civil*, núm. 12/ 17-23 de marzo de 1997, Tomo I.

VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C., *Matrimonio y Divorcio*, Edit. Difusa, Madrid, 2005.

VELÁZQUEZ SÁNCHEZ, M^a., “Evolución de las instituciones protectoras de menores en la normativa convencional de Derecho Internacional Privado”, en MARTÍNEZ GALLEGO, E. M^a. (Coord.), *Menores: Instituciones de protección y responsabilidad*, Edit. Fund. Diagrama, Murcia, 2004.

VENTOSO ESCRIBANO, A., *La representación y disposición de los bienes de los hijos*, Edit. Colex, Madrid, 1989.

VERDUGO ALONSO, M., “Perspectivas actuales en la protección y promoción de los derechos del niño”, en VERDUGO ALONSO, M. y SOLER-SALA, V. (Eds.), *La convención de los derechos del niño hacia el siglo XXI*, Edit. Universidad de Salamanca, 1996.

VILLAGRASA ALCAIDE, C., “El derecho del menor a relacionarse con abuelos, parientes y allegados”, en *Revista de Derecho de Familia*, Edit. Lex Nova, Valladolid, núm.15, abril de 2002.

VILLAZÓN, D. M., *Familia, Niñez y Sucesiones, curso sintético*, Edit. Tupac Katari, Sucre- Bolivia, 2000, Segunda edición.

VON IHERING, R., *3 estudios jurídicos, del interés de los contratos, la posesión la lucha por el derecho*, Edit. Atalaya, Buenos Aires, 1947.

- *El fin en el derecho*, Edit. Heliasta, Buenos Aires, 1978.

-*La dogmática jurídica*, traducido por PRÍNCIPE Y SATORRES ENRIQUE, Edit. Losada, S. A., Buenos Aires, 1946.

WARDA, G., *Dogmatische Grundlagen des Richterlichen Ermessens in Strafrecht*, Edit. Carl Heymanns Verlag KG, Berlin. 1962.

WIEHWEG, T., *Tópica y jurisprudencia*, Edit. Taurus, Madrid, 1964.

ZACARÉS, A., *La violencia de género explicada a mi hijo*, Edit. Carena, Valencia, 2005.

ZANON MASDEU, L., *El divorcio en España*, Edit. Acervo, Barcelona, 1981.

ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRRIAGA, L., “Reflexiones en relación con la guarda y custodia de los hijos menores en las crisis de convivencia de sus padres” en ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRRIAGA, L., y otros, *La conflictividad en los procesos familiares: vías jurídicas para su reducción*, Edit. Dykinson, Madrid, 2004.

-“Disponibilidad del objeto en los procesos familiares. Especial Consideración de la custodia de los hijos”, en VVAA, *Temas de actualidad en Derecho de Familia*, Edit. Dykinson, Madrid, 2006.

-“Las reformas legales que nos esperan”, en ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRRIAGA, L. y otros, *Actualización del derecho de familia y sucesiones*, Edit. Dykinson, Madrid, 2005.

PÁGINAS WEB CONSULTADAS

<http://www.codigo-civil.net/blog/?p=22>

http://data.opi.state.mt.us/bills/1995/mca_toc/40.htm

<http://eticaarguments.blogspot.com/2005/05/inters-del-menor-justicia-y-sentido.html>

<http://galizart.fiestras.com/servlet/ContentServer?pagename=R&c=Articulo&cid=1092735423790&pubid=988617426871>

<http://galizart.fiestras.com/servlet/ContentServer?pagename=R&c=Secciones&cid=989254505267&pubid=988617426871&secID=989254505267>

<http://lawfam.oxfordjournals.org/cgi/content/abstract/8/1/42>

<http://www.legis.state.ia.us/IACODE/1999/598/41.html>

http://residencealternee.free.fr/debats_parlementaires.doc

<http://www.moga.state.mo.us/STATUTES/C452.HTM>

http://www.social.gouv.fr/familleenfance/doss_pr/aut_parent/34010227.htm

<http://www.sweden.gov.se/content/1/c6/01/62/84/68f86b81.pdf>

<http://www.westlaw.es/westlaw/abrirProducto.do?idProducto=200-B&zona=GENERALES>

www.ahige.org/texto_edit.php?wcodigo=95149

www.consumer.es/web/es/especiales

www.custodiacompartida.org/content/view/24/

www.entesa.com/documents/doc066.htm

www.lexpenal.com.ar/Archivos/publicaciones/interes_superior_del_menor

www.members.tripod.com/~mdcrc/schedule.html

www.monografias.com/trabajos30/menores-criterio-prevalente-mediacion-familiar/menores-criterio-prevalente-mediacion-familiar.shtml

www.porticolegal.com/articulos/pa_183.php#iv

www.print.wke.es/wkeonline/Controller.do

www.salvador.edu.ar/buitrago.htm

www.servicios.elcorreodigital.com/vizcaya/pg051212/prensa/noticias/Rioja/200512/12

JURISPRUDENCIA UTILIZADA

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 141 (Sala Segunda), de 29 de mayo de 2000, RTC 2000/141.

Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 4 (Sala Segunda), de 15 enero de 2001, RTC 2001/4.

Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 152 (Sala Primera), de 6 junio de 2005, RTC 2005/152.

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia del Tribunal Supremo, de 25 de junio de 1987, RJ 1987/4553.

Sentencia del Tribunal Supremo, de 30 de abril de 1991, AC 1991/3.

Sentencia del Tribunal Supremo, de 11 de octubre de 1991, AC 1992/1.

Sentencia del Tribunal Supremo, de 12 de febrero de 1992, AC 1992/3.

Sentencia del Tribunal Supremo, de 20 de enero de 1993, RJ 1993/478.

Sentencia del Tribunal Supremo, de 22 de mayo de 1993, RJ 1993/3977.

Sentencia del Tribunal Supremo, de 25 de junio de 1994, AC1994/4.

Sentencia del Tribunal Supremo, de 17 de junio de 1995, Revista Jurídica española La Ley, 1995/3.

Sentencia del Tribunal Supremo, de 31 de diciembre de 1996, AC 1997/1.

Sentencia del Tribunal Supremo de Sala 1ª, de 22 de abril de 1997, AC 1997/3.

Sentencia del Tribunal Supremo, de 20 mayo de 1997, AC 1997/34.

Sentencia del Tribunal Supremo, de 5 de marzo de 1998, AC 1998/2.

Sentencia del Tribunal Supremo, de 21 de diciembre de 1998, RJ 1998/9649.

Sentencia del Tribunal Supremo, de 23 de diciembre de 1998, AC 1999/2.

Sentencia del Tribunal Supremo, de 23 de febrero de 1999, AC 1999/2.

Sentencia del Tribunal Supremo, de 9 de julio de 2002, AC 2002/4.

SENTENCIAS DE AUDIENCIAS PROVINCIALES

Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, de 24 de enero de 1990.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, de 18 de octubre de 1990.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, (Sección 4ª), de 20 de marzo 1992.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, de 2 de junio de 1992.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 3 de diciembre de 1992.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra, de 29 de enero de 1993, AC 1993\67.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, de 11 de marzo de 1994, AC 1994\520.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz (Sección 2ª), de 30 de junio de 1994, AC 1994\969.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca, de 13 de octubre de 1994, AC 1994\1710.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, de 25 de enero de 1995.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca, de 31 de marzo de 1995, AC 1995/561.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, de 15 de mayo de 1995, AC 1995\961.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaia núm. 67, de 7 de julio de 1995, AC 1995\1605.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, de 27 de febrero de 1996.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Soria, de 8 de abril de 1996, AC 2000/2.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 12ª), de 21 de noviembre de 1996, AC 1996\2198.

Sentencia de la Audiencia Provincial núm. 446 de La Coruña (Sección 1ª), de 27 de noviembre de 1996, AC 1996\2194.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, (Sección Sexta), de 27 de mayo 1997, AC 1997/1591.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 1ª), de 4 de julio de 1997, AC 1997\2603.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, de 7 de julio de 1997, Aranzadi, 1997/2.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, de 1 de septiembre de 1997, Aranzadi, 1998/3.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 22ª), de 23 de septiembre de 1997.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 6ª), de 3 de octubre de 1997.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón núm. 471 (Sección 1ª), de 27 de noviembre de 1997, AC 1997\2543.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas (Sección 1ª), de 24 de marzo de 1998, AC 1998\656.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 22ª), de 6 de

marzo de 1998, AC 1998\5174.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona (Sección 1ª), de 30 de abril de 1998.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Almería, de 11 de mayo de 1998, AC 1998\5469.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada (Sección 4ª), de 3 de marzo de 1999, AC 1999\4732.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, de 30 de marzo de 1999, AC, 1999/4916.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares, de 19 de Abril de 1999, AC 1999/4858.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, (Sección 22ª), de 20 de abril de 1999, LA LEY JURIS: 435329/1999.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, de 22 abril de 1999, AC1999/4941.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza (sección 4ª), de 9 de febrero de 2000, LA LEY JURIS: 99979/2000.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Albacete (sección 1ª), de 13 abril 2000, LA LEY JURIS: 149209/2000.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, de 30 de julio de 1999, AC 2000/2.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, de 27 de abril de 2000, AC 2000\3397.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, sección 4ª, de 15 de junio de 2000, AC 2004/3.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, de 30 de julio de 1999, AC 2000/2.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Girona, de 25 de febrero de 2001, Aranzadi, 2001/4.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Salamanca, de 29 de octubre de 2001, JUR 2001/332952.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, (Sección 22ª), de 25 de octubre de 2002, JUR 2003\29800.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 18ª), de 1 de abril de 2003, JUR 2003\205330.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias (Sección 7ª), de 2 de abril de 2003, LA LEY JURIS 1481089/2003.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón, de 10 de abril de 2003, AC 2003/846.

Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Sabadell, de 4 de julio de 2003

Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón, de 14 de octubre de 2003, JUR 2003/26477.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Salamanca núm. 19 (sección 1ª), de 22 de enero de 2004, JUR 2004/70111.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife núm. 9 (Sección 4ª), de 26 enero de 2004, JUR 2004\70451.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Guadalajara núm. 43, de 20 de febrero de 2004, LA LEY JURIS: 1609645/2004.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba, de 1 de marzo de 2004, JUR 2004/125769.

Sentencia de la Audiencia Provincial de las Palmas, de 15 de abril de 2004, JUR 2004/152448

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 22 de julio de 2004, JUR 2004/217508.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa (Sección 1ª), de 14 de septiembre de 2004.

Sentencia de Audiencia Provincial núm. 547 de Barcelona (Sección 12ª), de 16 de septiembre de 2004, JUR 2004\292825.

Sentencia de la Audiencia Provincial Cantabria núm. 413 (Sección 3ª), de 20 octubre de 2004, JUR 2004\291816.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, de 22 de octubre de 2004.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid núm. 153 (Sección 22ª), de 22 febrero de 2005, JUR 2005\222004.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia núm. 144 (Sección 10ª), de 1 marzo de 2005, JUR 2005\131686.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 22ª nº 85/2005), de 15 de marzo de 2005, JUR 2005/107947.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid núm. 230 (sección 24ª), de 16 de marzo de 2005, JUR 2005/183224.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona núm. 247 (Sección 12ª), de 20 abril de 2005, JUR 2005\126782.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona núm. 255 (sección 18ª), de 6 de mayo de 2005, JUR 2005/183224.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén núm. 106 (Sección 1ª), de 9 de mayo de 2005, LA LEY 103447/2005.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona núm. 293 (sección 12ª), de 25 de mayo de 2005, JUR 2005/173258.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid núm. 491 (Sección 22ª), de 24 de junio de 2005, JUR 2005/221344.

Sentencia Audiencia Provincial de Madrid (sección 22ª), de 8 de julio de 2005, JUR 2005\221066.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia núm. 485 (Sección 10ª), de 22 julio de 2005, JUR 2005\198875.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid núm. 683 (Sección 22ª), de 18 octubre de 2005, JUR 2005\252044.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba núm. 103 (Sección 2ª), de 24 abril de 2006, LA LEY 100628/2006.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias núm. 219 (Sección 5ª), de 13 Junio de 2006, LA LEY 72441/2006.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia núm. 471 (Sección 10ª), de 12 septiembre de 2006, LA LEY 196983/2006.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife núm. 303, de 27 de septiembre de 2006, LA LEY 153634/2006.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón núm. 154 (Sección 2ª), de 23 de octubre de 2006.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias núm. 406 (Sección 5ª), de 29 noviembre de 2006, LA LEY 175043/2006.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona núm. 102 (Sección 18ª), de 20 febrero de 2007, JUR 2007\101427.