

# Criterios de atribución de la custodia compartida

A propósito de la línea jurisprudencial iniciada con la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de Octubre de 2009

**Cristina Guilarte Martín-Calero**

Facultad de Derecho  
Universidad de Valladolid

### *Abstract\**

*El presente trabajo tiene por objeto, como ya anuncia su título, analizar con detalle la doctrina contenida en la Sentencia dictada por el Tribunal Supremo el 8 de octubre de 2009 que, asumida en las más recientes de 10 y 11 de marzo de 2010, constituye, a mi juicio, el definitivo reconocimiento de un modelo de custodia, cuya oportunidad y viabilidad, a pesar de su introducción en el Código civil por la ley 15/2005, de 9 de julio, seguía cuestionándose, lo que dificultaba su concesión y reforzaba su pretendido carácter excepcional.*

*This paper is focused on a detailed analysis of the Supreme Court judgment of 8<sup>th</sup> October 2009 and assumed most recently, on 10<sup>th</sup> and 11<sup>th</sup> March 2010 decisions. From my point of view, the doctrine contained in these sentences is the definitive recognition of a model of custody introduced by the Act 15/2005, of modification of the Civil Code. It was doubted that this kind of custody was convenient and feasible, and this fact made difficult its attribution and strengthened its exceptional character.*

*Title:* Criteria for the attribution of shared custody. About the jurisprudence started by the decision of the Supreme Court of 8<sup>th</sup> October 2009.

*Palabras clave:* Modelos de custodia, custodia exclusiva, custodia compartida, criterios de atribución.

*Keywords:* custody models, exclusive custody, shared custody, attribution criteria.

---

\* El presente trabajo ha sido realizado en el marco del Grupo de Investigación Reconocido de la Universidad de Valladolid *Protección Jurídica de la Familia* y dentro de las líneas del Proyecto DER2009-09159, "Propuestas de reforma del Derecho de Familia español", dirigido por el Dr. Vicente Guilarte Gutiérrez y financiado por el Ministerio de Educación y Ciencia.

## *Sumario*

1. Una consideración previa
2. Los modelos de custodia en el Derecho español.
3. La determinación judicial del modelo de custodia.
4. Los criterios de atribución de la custodia compartida alternativa
  - 4.1. Las aptitudes personales de los progenitores
    - a) La capacidad de los padres para mantener un acuerdo de cooperación activo y de corresponsabilidad
    - b) La capacidad de los padres para mantener un modelo educativo común
    - c) La baja conflictividad de los padres
    - d) La relación padres-hijos
  - 4.2. La proximidad de los domicilios de los padres
  - 4.3. La disponibilidad de los padres para mantener el trato directo con los hijos en el periodo alterno correspondiente
  - 4.4. La existencia de medios materiales suficientes
  - 4.5. La edad de los hijos
  - 4.6. La voluntad de los menores
  - 4.7. El resultado de los informes legalmente exigidos
5. Valoración final
6. Bibliografía

## 1. *Una consideración previa*

Sobre esta materia, como sobre tantas otras, todas las personas tienen una opinión formada; se trata, a veces, de una convicción profunda, otras, de un parecer no contrastado, pero la modalidad de guarda compartida o alternativa no deja a nadie indiferente y provoca reacciones encontradas: existen asociaciones que se han constituido con la única finalidad de normalizar esta forma de guarda y existen estudios que desaconsejan su adopción en según qué circunstancias. No debe ofrecerse aquí una opinión, un parecer o una convicción; se pretende, simplemente, y desde un punto estrictamente jurídico, aclarar cuáles son los modelos de guarda y custodia admitidos en el derecho español, qué presupuestos determinan la adopción de uno u otro y cuáles son los criterios jurisprudenciales a los que puede y debe atenderse el juzgador para adoptar el régimen más adecuado al caso concreto.

## 2. *Los modelos de custodia en el derecho español*

Con carácter general, debe señalarse que el Código civil regula separadamente patria potestad (titularidad y ejercicio) y los modelos de guarda y custodia; éstos se recogen como un efecto de la nulidad, separación o divorcio en los artículos 90 y ss y aquella, con sustantividad propia, se regula en el Título VII, bajo la rúbrica *De las relaciones paterno-filiales*. En situaciones de convivencia de los padres coincidirán titularidad, ejercicio y guarda y si aquella falta pueden darse distintas situaciones que determinarán el modo de organizarse las relaciones padres-hijos tras la ruptura: en situaciones extremas, y siempre en interés del menor, podrá privarse de la titularidad de la patria potestad (artículo 170 CC), desaparecen, entonces, las relaciones del menor con el padre/madre privado de la patria potestad; de forma intermedia, podrá atribuirse el ejercicio sólo a uno de los progenitores (artículo 156 y 160 CC), lo que, en la práctica, implica una relajación de los lazos del menor con el progenitor privado del ejercicio, y, lo más frecuente, titularidad y ejercicio permanecen en ambos progenitores, pero la guarda deber ser atribuida a uno u a otro, o a ambos de forma compartida, como consecuencia de la cesación de la vida en común de los progenitores (GUILARTE, 2009, pp. 75 y ss).

En este punto conviene recordar que, hasta la reforma operada por la ley de 9 de julio de 2005, en el Código civil se regulaba la atribución de la guarda y custodia de los hijos en situaciones de nulidad o separación de los padres de forma exclusiva a uno de ellos, estableciéndose, en las primeras redacciones, un criterio legal de atribución. Así, en la regulación originaria del Código civil, para los supuestos de nulidad, establecía el artículo 70 que *los hijos mayores de siete años quedarán bajo el cuidado del padre, y las hijas al cuidado de la madre, si de parte de ambos cónyuges hubiese habido buena fe. Si la buena fe hubiese estado de parte de uno sólo de los cónyuges, quedarán bajo su poder y cuidado los hijos de ambos sexos*. Y en cualquier caso los hijos e hijas menores de siete años estarán, hasta que cumplan esta edad, al cuidado de la madre. Y para los supuestos de separación matrimonial, el artículo 73 establecía que los hijos *debían ser puestos bajo la potestad y protección del cónyuge inocente* y si al juzgarse la separación no se hubiese dispuesto otra cosa, la madre tendrá a su cuidado a los hijos menores de siete años.

Las reformas de 13 de mayo y 7 de julio de 1981 mantienen el modelo de guarda exclusiva y la preferencia materna para la guarda y cuidado de los hijos e hijas menores de 7 años (art. 159 CC), pero suprimen la atribución de la prole al cónyuge declarado inocente, de suerte que la determinación del progenitor custodio de los hijos e hijas mayores de 7 años, queda al arbitrio del juzgador que decidirá siempre conforme al principio del supremo interés del menor (artículo 92 CC). Aquel criterio de preferencia materna, discriminatorio para los padres de los hijos e hijas menores de siete años, fue suprimido por la Ley 11/1990, de 15 de octubre, de reforma del Código civil en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo. Se constata aquí perfectamente la evolución experimentada en esta materia que, inicialmente, refleja una sociedad patriarcal donde aparecen perfectamente atribuidas las funciones de guarda y cuidado de la prole a la madre, lo que determinaba la consagración legal de la antigua pero todavía vigente *doctrina de los años tiernos*, en cuya virtud se presume que toda madre, por el hecho de serlo, está mejor capacitada que el padre para la crianza y cuidado de los hijos, de manera que, salvo que quede probada su concreta incapacidad, se le atribuirá la guarda de los hijos menores de 7 años; doctrina a todas luces inconstitucional y que colocaba a los padres en una situación de desventaja; hoy la ley es neutra y presume que ambos padres están igualmente capacitados para la crianza de los hijos, erigiéndose como único criterio legal el principio del interés superior del menor que deberá ser concretado por el juez atendiendo a las circunstancias del caso de que se trate. Se inicia, pues, la aplicación de la ley del divorcio, con un único modelo o sistema de guarda y custodia y quedan suprimidos los concretos criterios legales de atribución que se sustituyen por un concepto jurídico indeterminado cual es el interés del menor.

Es bien sabido que este sistema de guarda exclusiva implica la atribución de la titularidad de la potestad de guarda a uno de los progenitores, correspondiéndole al otro un régimen de comunicación y estancia fijado de común acuerdo por los padres o, en su defecto, por la autoridad judicial.

*A esta guarda exclusiva se le ha reprochado no satisfacer las exigencias de un saludable equilibrio de las figuras materna y paterna en el niño. Su convivencia continuada con sólo uno de ellos provoca que tome a éste como único modelo de comportamiento, desdibujándose las referencias del otro, con el que se relaciona esporádicamente; la falta de contacto habitual condiciona también la conducta del progenitor no custodio, que con excesiva frecuencia trata de ganar en poco tiempo, con halagos y regalos excesivos, el afecto del pequeño; en otras ocasiones, la falta de convivencia provoca, antes o después, el enfriamiento de las relaciones interpersonales y el abandono del régimen de visitas, con evidente perjuicio del derecho del menor (Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 22 de Abril de 1999).*

A grandes rasgos, y como puede fácilmente colegirse de la comparación de sentencias dictadas en la década de los ochenta y principios de los noventa y las dictadas en los últimos años previos a la ley de 2005, se observa en la aplicación del modelo:

a) una tendencia imparable a la ampliación del régimen de comunicación y estancia con el progenitor no custodio: de fines de semana alternos, una semana en Navidad y Semana Santa y un mes en verano, a fines de semana alternos, semana en Navidad, mitad de vacaciones de verano y uno o dos días intersemanales, a veces con pernocta).

b) Una reivindicación, si bien es verdad que todavía minoritaria, de un nuevo modelo de custodia, más igualitario y más respetuoso con el derecho de los hijos a relacionarse con su padre y con su madre.

Fueron, pues, las reivindicaciones de los padres en orden a la ampliación de los derechos del progenitor no custodio así como la constatación fáctica del perjuicio que supone para los hijos su alejamiento de la dinámica filial, las que han traído consigo una nueva concepción de las relaciones padres-hijos en las situaciones de ruptura familiar. Las causas que se apuntaron como determinantes de este fenómeno sociológico son heterogéneas, y entre otras, cabe señalar: el aumento del trabajo femenino, la mayor implicación de los padres en la educación de los hijos, y cómo no el incremento del número de divorcios. La repercusión jurídica de aquél fenómeno se plasmó en la demanda de un sistema de guarda alternativa o compartida en los procedimientos de nulidad, separación y divorcio cada vez con más frecuencia, y ante esta realidad, el legislador de 2005 reconoció positivamente una figura que si bien, tímidamente y de forma excepcional, ya se abría camino en algunas decisiones jurisprudenciales, era vista con disfavor por la mayoría de las Audiencias. Las razones que se esgrimían para rechazar este modelo eran, básicamente, dos: su falta de reconocimiento legal y ser contrario al principio general del interés del menor, concretado en su necesidad de estabilidad.

Es forzoso reconocer que el legislador de 2005, se mostró más preocupado de regular en qué supuestos no debe acordarse tal sistema que de establecer los presupuestos objetivos, las condiciones materiales y particulares que necesariamente deben concurrir para que prospere este régimen de guarda. La regulación de la custodia compartida o alternativa recogida en los artículos 90 y 92 del Código civil es un ejemplo de mala técnica legislativa y de peor técnica jurídica.<sup>1</sup>

De principio, y en abstracto, debe subrayarse que la guarda alterna es un modelo más de guarda y custodia, válido y eficaz si se dan las circunstancias que recomiendan su adopción; ni la guarda exclusiva ni la guarda compartida o alternativa son el molde perfecto adaptable a todas las situaciones 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, probablemente, es hoy mayoría, es apto para dar respuesta a las nuevas situaciones que generan nuevas necesidades.

Así, el Código civil, frente a la regulación proyectada en el Derecho catalán o en el Derecho aragonés, optó por dotar al nuevo modelo, en su atribución judicial, de un carácter subsidiario y, casi, excepcional, al rodearlo de numerosas exigencias y cautelas, primando al modelo de guarda exclusiva. Piénsese que, en su fijación convencional, guarda exclusiva y custodia compartida están en pie de igualdad, de suerte que los padres podrán elegir entre un modelo u otro sin necesidad de justificar su elección, mientras que el juez para fijar un modelo de custodia compartida precisa: solicitud de parte, informe favorable del ministerio fiscal (pendiente de dos cuestiones de inconstitucionalidad, BOE, nº103, 20 de abril de 2010) y que se den los

---

<sup>1</sup> vid. tramitación parlamentaria en GUILARTE (2005, pp.118 y ss.).

condicionantes de orden fáctico que hagan presumir que el régimen establecido es el más adecuado y el que mejor protege el interés del menor.

En el sistema español se debe, pues, distinguir, frente a aquellos sistemas jurídicos que reservan la procedencia de este modelo a los casos en que exista acuerdo de los progenitores (Alemania o Noruega):

- a) La fijación convencional del modelo: el legislador presume que nadie como los padres para determinar qué régimen conviene a sus hijos y responde mejor a la organización post-crisis convivencial. Los padres concretan el interés superior del menor, de manera que, adoptado uno u otro modelo por los padres en el convenio regulador, la autoridad judicial no podrá denegar la homologación de aquél, salvo si resulta dañoso para los hijos y no por considerar que de otra forma se protegería mejor su interés (ZARRALUQUI, 2004) no puede motivar la denegación en una abstracta consideración, por ejemplo, de la inconveniencia de una guarda alterna como contraria al interés del menor, tiene que tratarse de una improcedencia motivada por la forma de concretarse la alternancia (un día con cada uno), por la situación concreta de la familia (ciudades distintas).
- b) La fijación judicial del modelo: si existe controversia sobre el modelo de custodia la autoridad judicial deberá comprobar si concurren los presupuestos legales y los condicionantes de orden fáctico exigidos para la fijación de uno y otro, y que, como ya se ha señalado, sólo se exigen para la atribución de la guarda en forma compartida.

### ***3. La determinación judicial del modelo de custodia***

En un momento inicial, el juzgador debe comprobar que se cumplen los presupuestos fijados por el legislador en el artículo 92 del Código civil; éstos son: que sea solicitado por una de las partes, que el Ministerio Fiscal emita informe favorable y que sea el régimen que protege adecuadamente el interés del menor. Además, el artículo 92 del Código civil, en su apartado séptimo, excluye la custodia compartida alternativa cuando cualquiera de los padres esté incurso en un proceso penal por atentar contra la vida, la integridad física o moral, la libertad e indemnidad sexual del otro progenitor o de los hijos que convivan con ambos. La inclusión de este párrafo manifiesta una desconfianza absoluta hacia el sistema judicial, pues cómo va a pensarse que una circunstancia que puede originar la privación de la titularidad de la patria potestad, crítica medida en esta materia, no va a ser determinante para atribuir la guarda exclusiva al otro progenitor, y probablemente, como se verá, con suspensión del derecho de visitas, al menos hasta que finalice el procedimiento penal. Si se trata de actos de violencia de género se permite al Juez de Violencia sobre la mujer, como se ha visto, suspender para el inculpado el ejercicio de la patria potestad o de la guarda y custodia (artículo 65) y, en el caso de disfrutar de un régimen de comunicación y estancia, podrá, asimismo suspender éste (artículo 66), medidas éstas que adoptará siempre en interés del menor y no en protección de la mujer víctima de la violencia o en sanción al maltratador (GUILARTE, 2009, p.220), Parece, pues, más que evidente que, en estos casos, el régimen de guarda compartida alternativa está más que proscrito,

y no por la exclusión del párrafo séptimo del artículo 92, sino por la naturaleza misma de las cosas (SAP Álava 12 de marzo de 2001). Este precepto, que ha sido muy criticado en la doctrina y al que se le imputaba el incremento de denuncias (falsas) para eludir la custodia compartida, ha sido el fundamento de la denegación en varios supuestos:

- SAP Barcelona (12) de 9 de marzo de 2007: *...vivencia de maltrato... que excluye por sí sola la posibilidad de acordar la guarda y custodia compartida; misma fecha y misma ponente (Pérez Tormo): ...dos delitos de malos tratos en el ámbito familiar por sentencia de 26 de septiembre de 2005 (Sección 8ª)... por lo que este motivo excluye por sí solo la posibilidad de acordar la guarda y custodia compartida solicitada.*

- SAP Barcelona (12) de 12 de Abril de 2007: *... la condena penal con la prohibición de aproximación y comunicación entre los padres de la menor, hace inviable la posibilidad de una guarda y custodia compartida, además de ser inaplicable tal medida por aplicación del artículo 92.7 CC, que impide la adopción de tal medida cuando se ha atentado contra la integridad del otro progenitor...*

- SAP Toledo (1) de 25 de Abril de 2007; SAP de Madrid (24) de 26 de junio de 2007... *ha quedado acreditado que el demandado ha sido condenado por sentencia penal firme como autor de una falta del artículo 620 CP cometida contra su esposa...*

- SAP Las Palmas (3) de 27 de noviembre de 2007... *el padre incurso en procedimiento penal por falta de coacción a la esposa y ahora ya consta la firmeza de la condena... aplica el art.92.7.*

- asimismo, queda plenamente descartada su procedencia en SAP Barcelona (12) de 24 de mayo de 2007 al seguirse un procedimiento en el Juzgado de Violencia sobre la mujer contra el padre, al que *se le prohíbe comunicarse por cualquier medio con la madre, por todo el tiempo en que esté en vigor el presente procedimiento y acabe mediante sentencia firme ejecutoria o archivo.*

Es preferible, *lege ferenda*, exigir, por una parte, que no exista acuerdo de los padres en materia de custodia e informe preceptivo del ministerio Fiscal. En este punto, y tal y como defendí en otro lugar (GUILARTE, 2008), debería el juez fundamentar su decisión en el superior interés del menor y en la concurrencia de circunstancias y factores que permitan a los padres organizar materialmente la guarda y no hacer depender su decisión de la existencia de un informe favorable que limita la facultad decisoria del juez (pendiente, como se ha señalado, de dos cuestiones de inconstitucionalidad).

Si no concurren los presupuestos legales, el juez deberá optar por la custodia exclusiva, si bien, en la práctica, se han otorgado custodias compartidas sin el informe favorable del Ministerio Fiscal (vid.ampliamente, GUILARTE, 2008, p. 28; GUILARTE, 2007, p. 32). Ahora bien, donde, a la vista de las sentencias dictadas y de los estudios publicados, aparece una importante dificultad es, precisamente, en aquellos supuestos en los que ambos progenitores aparecen perfectamente cualificados para desempeñar las funciones de guarda y debe decidirse el modelo de custodia, garantizando el interés superior del menor; parece claro que si, en el supuesto concreto, de la prueba que obra en poder del juez resulta que uno de los progenitores no es apto para la función de guarda, deberá optarse por el modelo de custodia exclusiva con el correlativo régimen de

comunicación y estancia, más o menos amplio, en función del interés del menor (toxicomanías, enfermedades nerviosas, violencia doméstica, de género, imposibilidad de hecho...).

Si se reúnen los presupuestos legales, si ambos progenitores son aptos para desempeñar la guarda y cuidado de sus hijos menores, deberá decidirse qué modelo es el más respetuoso con el principio del interés del menor. El interés del menor es una noción vaga, imprecisa y, sobre todo, variable, pues cambia en función del intérprete (padres, jueces, legislador), del menor (varía de un menor a otro y, desde luego, en el mismo menor, varía con la edad) y de la evolución de las costumbres. Es el Juez quien debe apreciar cual es el interés del menor en cada situación, en cada ruptura, y decidir, conforme a este interés, las medidas personales y económicas que le afecten.

A lo largo de los años, el interés del menor se ha personificado en distintos criterios que facilitaban la adopción de los sistemas de guarda. Así, y sin ánimo de exhaustividad, pueden citarse (GOIRIENA, 2005, p. 53-55; GUILARTE, 2008):

a) La preferencia de la madre para el cuidado de los hijos de corta edad: la madre por el hecho de serlo está mejor cualificada que el padre para atender el cuidado de los hijos pequeños, de manera que se atribuirá la guarda a aquélla, a no ser que se demuestre su concreta incapacidad (enfermedades, adicciones, conducta desordenada o irregular). Preferencia recogida en el Principio sexto de la Declaración de los Derechos del Niño que expresamente establece que *salvo circunstancias excepcionales, no deberá separarse al niño de corta edad de su madre*.

b) La estabilidad del menor o el mantenimiento del status quo: *por regla general nuestros Tribunales vienen valorando negativamente, de cara al equilibrio y normal desarrollo de los menores, tanto en la esfera emocional como escolar como social, el cambio en la situación fáctica de los menores* (SAP (1ª) de 2 de julio de 2007), de manera que atribuyen la guarda y custodia al dador de los cuidados básicos del menor, la persona que asumió el cuidado diario y desarrolló con él un vínculo más fuerte.

c) El mantenimiento de las relaciones con ambos progenitores: el artículo 9.3 de la Convención sobre los Derechos del niño obligan a los Estados partes a respetar *el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y cuidado directo con ambos de modo regular, salvo si ello es contrario al interés del niño*. Este es el criterio prevalente en aquellos ordenamientos jurídicos que introducen el modelo de custodia compartida como modelo principal, salvo que el interés del menor requiera una custodia exclusiva.

d) El bienestar emocional del menor: se traen aquí las conclusiones alcanzadas en la moderna psicología que mantienen que lo más importante para el adecuado desarrollo del menor en la actualidad como para su futuro como adulto es su bienestar afectivo y emocional.

En la mayoría de los supuestos, puede encontrarse que la elección del juzgador concita todos o casi todos los criterios: la preferencia de la madre/padre porque es el/la dador/a de los cuidados básicos, y, por tanto, el/la que mantiene con los menores mayores lazos de afectividad y cariño (el roce hace el cariño) tan necesarios para un desarrollo armónico de la personalidad del menor y, por tanto, el mantenimiento del *status quo*.

Ahora bien, ¿qué sucede en aquellos supuestos en los que esta circunstancia o todas ellas concurren en ambos progenitores que desarrollan sus funciones parentales de forma absolutamente fungible? En estos supuestos, el interés del menor se concreta en la necesidad de mantener relaciones con ambos progenitores, a imagen y semejanza de lo acontecido hasta la crisis convivencial. Esta descripción no es idílica, lo demuestran las custodias compartidas pactadas por los padres en sus convenios reguladores, las impuestas por el juez en los procesos contenciosos, aunque es bien cierto que se trata de una práctica limitada porque todavía hoy se reproducen en las convivencias los viejos esquemas tradicionales en los que a la madre le corresponde una función de cuidado y al padre una función de sustento; y a esta realidad, y no a otra, responde el elevadísimo porcentaje de custodias exclusivas atribuidas a las madres que son quienes constante convivencia han ejercido funciones de cuidado y guarda de sus hijos menores (Vid. las conclusiones en GUILARTE, 2007, p. 3).

En los primeros comentarios a la ley de 2005, de forma optimista, mantuve que la custodia compartida alternativa constituiría, con el paso del tiempo, 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 debe alcanzarles por igual.

En este sentido, la SAP de Barcelona de 11 de Diciembre de 2007: ...Como ya se ha dicho en anteriores pronunciamientos no será esta Sala quien discuta que efectivamente nada hay mejor para los hijos que poder conseguir que ambos progenitores, padre y madre, en igualdad de condiciones y respetándose mutuamente, ejerzan de forma compartida la custodia de sus hijos, pues a fin de cuentas esta sería la situación ideal y más parecida a la convivencia familiar, minimizándose así los efectos más negativos de la ruptura de la unidad familiar en la medida en que los hijos se pueden sentir más seguros arropados por ambos progenitores. La colaboración de ambos en la formación integral de los menores es esencial para un desarrollo armónico de la personalidad de los hijos, les aporta seguridad y aumenta su confianza y al tiempo permite una mayor fluidez de las relaciones familiares evitando ese aspecto tan negativo que suele producirse cuando uno de los progenitores se ve obligado a asumir la práctica totalidad del aspecto controlador y disciplinar frente al otro progenitor que puede permitirse una mayor flexibilidad y condescendencia.

Han pasado casi cinco años desde entonces y las cosas han cambiado poco (GUILARTE, 2010). Si bien opino, otra vez de forma optimista?, que las sentencias dictadas por el Tribunal Supremo en esta materia contribuirán a la normalización de un modelo que es visto con disfavor y al que se le exige una prueba incontestable de constituir la “única forma” de proteger el interés del menor. Esta exigencia constituye un portillo abierto a la denegación de la custodia compartida cuando en el procedimiento no logra el solicitante probar la bondad del régimen e incluso, a veces, su superioridad frente a la custodia exclusiva; así acontece en las sentencias que han motivado estas reflexiones:

- en la STS de 10 de marzo de 2010 donde expresamente se recoge *se cumple con el principio del interés del menor manteniendo la medida acordada, porque no existe elemento alguno en las actuaciones que acredite que la atribución a favor de la madre pueda significar un perjuicio, ni existe prueba que permita calibrar la conveniencia de modificar una situación que proviene de un acuerdo de los progenitores.*

- en la STS de 11 de marzo de 2010 que asimismo sostiene *la guarda y custodia compartida es una medida excepcional "que sólo se justifica de demostrarse que con ello se favorece el desarrollo, personal, emocional y afectivo de los menores, sin producir desequilibrios.* (vid. además en el mismo sentido, SSAP Madrid (24) de 24 de Enero y 15 de febrero de 2007; SAP La Coruña de 24 de Enero de 2007; SAP Albacete de 19 de Enero de 2007; SAP Valencia (10) 15 de Enero de 2007; SAP Badajoz 15 de Enero de 2007; SAP Barcelona (18) 8 de Enero de 2007; SAP Castellón (2) de 7 de marzo de 2007; SAP Valencia (10) de 15 de marzo de 2007; SSAP Sevilla (2) de 27 de Abril y de 25 de junio de 2007; SAP Las Palmas (3) de 23 de Noviembre de 2007.

Creo que la interpretación que debe darse a esta exigencia es la que efectúa la SAP Alicante (4) 1 de Febrero de 2007 *...lo que no cabe hacer es interpretar el precepto legal en términos tan estrictos que supongan exigir para la custodia compartida no consentida por los dos cónyuges que en el caso concreto éste sea el único régimen posible y que los demás sean absolutamente inviables, pues ello supondría lesionar el interés de los hijos en mantener la relación integral con sus padres en circunstancias absolutamente favorables a la custodia compartida como las que se han descrito. También la SAP Madrid (22) de 9 de marzo de 2007 la sanción judicial sobre la custodia compartida será viable cuando la misma se revele como la solución más idónea para el sujeto infantil, en orden a favorecer, por el contacto regular y fluido con uno y otro progenitor, un desarrollo armónico y equilibrado de aquél en sus distintos aspectos, paliándose así las nocivas consecuencias que, para el mismo, conlleva, por regla general, la ruptura de la convivencia de quienes asumieron la responsabilidad de traerle al mundo. En el mismo sentido, y muy claramente, la SAP Santander (2) de 3 de Abril de 2007 sostiene: ...este tribunal entiende que si ambos padres están capacitados para el cuidado de sus hijos en exclusiva, mejor defendido estará su derecho a un desarrollo integral de su personalidad si pueden los niños contar razonablemente con la presencia por igual de sus dos progenitores. Desde esta óptica se concluye que la máxima protección del superior interés de los menores sólo puede obtenerse de esta forma.*

#### **4. Los criterios de atribución de la custodia compartida alternativa**

En las tres sentencias dictadas recientemente por el Tribunal Supremo, de las que ha sido ponente la Excm. Dra. Encarna Roca Trías, se ponen de manifiesto algunas de las dificultades e inconvenientes que se han señalado a lo largo de estas líneas. Una de ellas, y que viene a colmarse con esta nueva doctrina jurisprudencial, es que en la regulación de la custodia compartida no se recogieron pautas o criterios para su adopción; en el trámite parlamentario en el Senado se incluyó como criterio procedente la ubicación próxima del domicilio de los padres a fin de garantizar la estabilidad del entorno del menor, pero debido a un error en la dirección de las votaciones, fue rechazado por el Grupo Parlamentario Socialista en el Congreso. La inexistencia de criterios facilita que, en muchas ocasiones, la denegación de la custodia compartida refleje una condena o disfavor hacia un modelo legal y, por tanto, aplicable si se dan las circunstancias fácticas que recomiendan su adopción. Así, y como ya puse de relieve (GUILARTE, 2008, p. 26), denegaron su concesión por considerar el régimen compartido de custodia contrario al interés del menor y a su estabilidad (SSAP Madrid (24) de 24 de Octubre de 2007 y 13 de Septiembre de 2007; SSAP Valencia (10) de 20 de Septiembre de 2007, 18 de junio de 2007, 7 de marzo de 2007 y 25 de Enero de 2007; SAP Barcelona (12) de 8 de marzo de 2007; SAP Huelva (1) de 30 de marzo de 2007; SAP Cuenca 3 de Septiembre de 2007; SAP San Sebastián (2) de 18 de junio de 2007; SAP Málaga (6) 1 de marzo de 2007).

Además de las citadas, especialmente las SSAP Madrid (24) de 22 de Febrero de 2007 sostiene: ... *Si lo que se pretende con la palabra empleada es una guarda y custodia de las partes sobre la hija por periodos alternativos, también procede su desestimación pues ello es contraproducente con la estabilidad de la hija si se viene cada poco tiempo de peregrinaje del domicilio de un padre al del otro o si la menor vive en su domicilio en cada momento, unas veces con su padre, otras con su madre dirigiéndola día a día con distintos horarios, costumbres y rigores. Y de 11 de Abril de 2007 ...no debe tenerse en cuenta la guarda y custodia para las partes por periodos alternativos que según constante doctrina jurisprudencial es altamente perjudicial para los hijos el por el continuo cambio de domicilio, o de costumbre dentro del domicilio familiar si quienes cambian son los padres...*

En este mismo sentido, las sentencias dictadas por las audiencias, origen de las sentencias comentadas, incluyen entre los motivos que fundan sus decisiones consideraciones sesgadas sobre el modelo de guarda: *la atribución trimestral implicaría para los menores un cambio de domicilio trimestral, con la correspondiente deslocalización y la necesidad de tener que adaptarse, por un plazo de tiempo relativamente breve a nuevos hábitos, costumbres, pautas de comportamiento y compañías, originando un total desarraigo familiar que puede llegar a afectar a su estabilidad emocional (STS 11 de marzo de 2010); se desconoce el domicilio de ambos, la proximidad entre ellos, lo que hace sumamente dificultoso el tener un desarrollo armónico de aquel sistema, y en el que las funciones de custodia sobre los hijos menores, y por las edades con que cuentan, no iban a serlo con la permanencia de éstos en un domicilio estable, sino alternando su estancia en el domicilio del padre o de la madre por periodos semanales (STS 8 de octubre de 2009).*

Y es aquí donde la doctrina jurisprudencial recogida en las tres sentencias citadas adquiere una relevancia sustancial pues impone al juez la necesidad de fundar la fijación del modelo de custodia (su concesión o denegación) en criterios fiables<sup>2</sup>; criterios que no supongan una crítica, encubierta o no, a la dinámica del modelo de custodia que implica, incuestionablemente, una mayor complejidad en la organización familiar. En los tres supuestos contemplados, el recurso de apelación, o bien opta por la custodia exclusiva, variando el criterio de la instancia que opta por la custodia compartida, o bien mantiene el criterio de la sentencia recurrida que fijaba un modelo de custodia exclusiva; en todos los casos, se presume que el interés del menor se encuentra mejor atendido por aquella forma de custodia, sin probarse que el modelo de custodia compartida no es el procedente porque, en el supuesto enjuiciado, no se reúnen las circunstancias de orden fáctico que aconsejan o recomiendan su concesión; al contrario, se considera que la dinámica alterna, que es precisamente en lo que consiste el modelo, no protege el interés del menor, se cuestiona, por tanto el modelo en abstracto y no su particular puesta en marcha en el caso concreto. Así en la Sentencia de 11 de marzo de 2010 expresamente se rechaza como criterio para la resolución del conflicto... los que utiliza la Sala de instancia, relativos *uno, a la que denomina "deslocalización" de los niños, cuando esta es una de las consecuencias de este tipo de guarda, y otro, a la actitud de la madre al abandonar el domicilio familiar, puesto que la guarda compartida no consiste en "un premio o un castigo" al progenitor que mejor se haya comportado durante la crisis matrimonial...*

La doctrina sentada en la Sentencia de 8 de Octubre de 2009, reiterada en la de 10 y 11 de marzo de 2010, sostiene:

---

<sup>2</sup> El Estudio elaborado por la Fundación Themis pone de manifiesto que *salvo honrosas excepciones, la elaboración de las sentencias y su fundamentación es exigua y no reflejan la realidad que está juzgándose* (p. 25).

*Los sistemas de guarda compartida vigentes en derecho comparado adoptan métodos diferentes para interpretar si concurre o no interés del menor en cada caso en que se considere conveniente acordar esta modalidad de ejercicio de la guarda y custodia, ya que no existe un modelo general que obligue a repartir la convivencia en periodos iguales con cada uno de los progenitores. Algunos sistemas jurídicos reservan la guarda y custodia compartida únicamente en los casos en que exista acuerdo entre los cónyuges (Alemania o Noruega), mientras que otros permiten al juez otorgar dicha guarda en los casos de falta de acuerdo, siempre que se cumpla la regla del interés del menor (Bélgica, Francia, Inglaterra, Gales y Escocia, así como los art.76.1.b y 139 del Codi de Família de Catalunya).*

*A diferencia de lo que ocurre en el derecho francés (art.373-2-11 Code civil, modificado por la ley 2002-305, de 4 de marzo de 2002) o en la Children Act 1989 inglesa, el Código español no contiene una lista de criterios que permitan al Juez determinar en cada caso concreto qué circunstancias deben ser tenidas en cuenta para justificar el interés del menor en supuestos en que existen discrepancias entre los progenitores, que no impiden, sin embargo, tomar la decisión sobre la guarda conjunta. Otros sistemas, como los American Law Institut Principles of the Law of Family Dissolution ha fundado en la dedicación de cada uno de ellos en relación con dicho cuidado. Del estudio del Derecho comparado se llega a la conclusión que se están utilizando criterios tales como la práctica anterior de los progenitores en su relación con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes, el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales y con otras personas que convivan en el hogar familiar; los acuerdos adoptados por los progenitores; la ubicación de sus respectivos domicilios, horarios y actividades de unos y otros; el resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada en una convivencia que forzosamente deberá ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven.*

Por lo tanto, junto a la concurrencia de los presupuestos legalmente exigidos para la adopción del régimen de guarda, deben existir determinadas circunstancias que, a priori, faciliten el desenvolvimiento de este modelo de guarda. Así, agrupando los criterios que recogía la doctrina<sup>3</sup> y los apuntados en las sentencias citadas, puede ofrecerse el siguiente elenco de criterios:

#### **4.1 Las aptitudes personales de los progenitores**

- a) La capacidad de los padres para mantener un acuerdo de cooperación activo y de corresponsabilidad

Esta capacidad o predisposición para el diálogo y el acuerdo no debe entenderse, a mi juicio, como equivalente al acuerdo para decidir la custodia compartida alternativa como forma de organizar las relaciones tras la ruptura. Los padres pueden manifestar un desacuerdo sobre este punto porque ambos desean de forma principal verse atribuida la guarda unilateral y, sin embargo, se aprecia en ambos una tendencia a superar las desavenencias por el bien del hijo, a buscar un entendimiento mínimo, a mantener una corresponsabilidad. En algunos casos se considera imprescindible el acuerdo o, al menos, la falta de oposición del otro progenitor (SAP Córdoba de 31 de Octubre de 2007; SAP Valencia (10) de 12 de junio de 2007; SSAP Madrid (24) de 5 de Febrero, 9 de marzo y 3 de septiembre de 2007; SAP Alicante (6) de 16 de mayo de 2007; SSAP Zaragoza de 20 de noviembre de 2007 y 13 de marzo de 2007; SAP Las Palmas de 23 de Noviembre de 2007). El acuerdo no debe considerarse obstáculo, desde luego, es lo deseable, pero piénsese que si así se concibe, bastará una actitud contraria al régimen por parte del presunto custodio exclusivo para alejar cualquier posibilidad de custodia compartida: se le coloca en una

<sup>3</sup> (ZARRALUQUI, p. 66-67; PÉREZ (2002, p. 111-112); GODOY (2003, p. 340-341); TAMBORERO DEL RIO (2003, p.518); THÉRY (1996, p. 168-169); GAREIL (2004, p.103); BOULANGER (1999, p.235); BRIÈTE (2002, p.575); LAROQUE-RUELLE (2000, p. 29).

posición privilegiada de decidir por sí sólo el régimen de guarda de los hijos comunes (SSAP Barcelona (18) de 21 de junio y de 4 de julio de 2007... *la conflictividad o la falta de entendimiento no es motivo suficiente para denegar la custodia compartida...*; en el mismo sentido, SAP Madrid (22) de 9 de marzo de 2007).

Desde otro punto de vista, puede traerse aquí la necesidad de valorar la aptitud de los padres para respetar los derechos-obligaciones que corresponden al otro, de suerte que una actitud negativa, no conciliadora y obstaculizadora puede servir de base a un cambio en la fijación del régimen de guarda (si se trataba de custodia compartida podrá atribuirse en exclusiva al otro progenitor –SAP Gerona 9 de Febrero-, o si era exclusiva fijarse, con ese mismo carácter, a favor del otro)<sup>4</sup>.

b) La capacidad de los padres para mantener un modelo educativo común

Ello facilita que el tránsito de un hogar a otro no sea traumático sino imperceptible para los menores que, de otro modo, perderán los referentes y la ya citada estabilidad. Cambia el guardador pero no la línea educativa y formativa (SAP Valencia (10) de 22 de julio de 2005). Este requisito es puesto en valor por la AP de Madrid (22) en Sentencia de 16 de Octubre de 2007 en la que señala como condicionante de la custodia compartida alternativa *las pautas coincidentes o, al menos similares, respecto del cuidado y educación de los comunes descendientes...*; o en la de 26 de julio de 2007 que exige para su procedencia un modelo educativo similar; o la de 15 de marzo de 2007 que presupone, entre otras cosas, *unas condiciones de semejanza en los diversos órdenes de la vida, personales, sociales y culturales y un proyecto común en lo tocante a la educación y formación de los hijos*. En todas ellas, su falta determina la improcedencia de la custodia compartida alternativa.

c) La baja conflictividad entre los padres

La relación que los padres mantienen entre si: una relación correcta, educada y adulta; así, si existe una deteriorada, pésima, conflictiva o, simplemente, inviable relación (SAP Barcelona (12) de 13 de Febrero de 2007; SAP Salamanca de 7 de marzo de 2007), debe descartarse este régimen de guarda pues *para que sea eficaz y no un sistema generador de continuos problemas, se precisa una actitud, un entendimiento y una colaboración en los padres* (SAP Segovia (1) de 9 de Febrero de 2007; SAP Cartagena (5) de 13 de Febrero de 2007; SAP Alicante (4) de 22 de Febrero de 2007). Probablemente, sea ésta la causa más frecuente de denegación del régimen compartido de guarda y custodia: SAP Burgos (2) de 8 de Enero de 2007 (*enfrentamiento y falta de comunicación entre los padres...*); SSAP Las Palmas (5) de 26 de Enero y 17 de mayo de 2007 (*...exige que las relaciones sean fluidas y cordiales en todo lo que afecte al cuidado, educación...*); SAP Murcia (1) de 5 de Febrero de 2007 (*la mala relación de los padres ha resultado constituir un maltrato emocional para la hija que le ha causado graves padecimientos psíquicos...*); SSAP Madrid (24) de 8 de Febrero, 15 de marzo, 17 de mayo y 21 de junio de 2007, SAP Tarragona 2 de marzo de 2007, SAP Sevilla (2) de 16 de marzo, SAP Granada (5) de 23 de marzo de 2007, SAP Las Palmas (3) de 21 de mayo de 2007, SAP Barcelona (18) 26 de junio de 2007, SAP Barcelona (12) 10 de mayo, 29 de junio y 28 de noviembre

<sup>4</sup> Rechazan la custodia compartida en atención a este criterio antes de la reforma: SAP Valencia de 14 de Junio de 1999; SAP Avila de 5 de Junio de 2001; SAP Madrid, de 20 de mayo de 2003 y 9 de Julio de 2004; SAP Barcelona de 23 de Abril de 2003; SAP Sevilla de 30 de junio de 2003; SAP Cádiz de 7 de julio de 2003.

de 2007, SAP Córdoba de 31 de Octubre de 2007, (...*las relaciones son altamente conflictivas...*); SAP de Córdoba de 3 de Octubre de 2007; SAP Madrid (24) de 4 de Octubre de 2007; SAP Madrid (24) de 2 de noviembre de 2007; SAP Barcelona (12) de 2 de noviembre de 2007; SAP Barcelona (18) de 18 de julio de 2007, SAP Barcelona (12) de 7 de Noviembre de 2007, SAP Madrid (22) de 26 de Diciembre de 2007 (...*se requiere una situación de entendimiento, flexibilidad y comunicación que no existe en el caso de autos...*)

Debe probarse, por tanto, la capacidad de entendimiento, la colaboración, la coordinación y ayuda mutua, no obstante la ruptura personal, de ambos progenitores con el fin de procurar el mejor cuidado y óptimo desarrollo integral de los hijos (SAP Madrid (22) de 9 de marzo de 2007). Debe existir *una buena relación entre los progenitores que les permita postergar su desencuentro personal en aras al beneficio del hijo común, ya que en caso contrario puede convertirse en el germen de un espacio de inestabilidad y conflictividad en el que naufraguen emocionalmente los menores* (SAP Bilbao (4) de 20 de marzo de 2007), una voluntad acorde de los padres o, al menos, la inexistencia de conflicto (SAP Barcelona (18) de 12 de julio de 2007).

El éxito del modelo de custodia radica en la relación de los padres y si los menores presentan problemas psicológicos no obedecen al modelo de custodia elegido sino a la persistencia del conflicto parental (vid. RAPPORT (2007, p. 3).

d) La relación previa y coetánea a la ruptura de los padres con sus hijos

Debe valorarse asimismo la relación padres-hijos, susceptible de excluir la constitución del régimen de custodia compartida alternativa, de la misma forma que determina la atribución de la guarda unipersonal al otro progenitor (SAP Las Palmas de 26 de julio de 2007). La dedicación de cada uno de los progenitores a la atención y cuidado del menor antes de la ruptura, la estrechez de los vínculos emocionales y la aptitud personal de cada progenitor en relación con dicho cuidado son determinantes a la hora de decidir el modelo de custodia. En este sentido, si se relaciona lo dispuesto en el artículo 68 del Código civil que obliga a los cónyuges a *compartir las responsabilidades domésticas y el cuidado y atención de ascendientes y descendientes y otras personas dependientes a su cargo*, puede apuntarse que, acaso sea el único deber personal previsto en el Código que, tras la supresión de las causas en la separación y el divorcio, tiene una virtualidad práctica, pues aquella dedicación constante convivencia condicionará el modelo de custodia. Y no debe, en ningún caso, ignorarse que es precisamente este criterio el determinante del altísimo número de custodias exclusivas otorgadas a las madres que son quienes se han venido ocupando del cuidado y atención de los menores.

En este sentido, se apunta como condición fundamental para el establecimiento de esta custodia compartida la existencia previa de una situación de paridad entre los cónyuges, tanto a nivel de medios económicos como a nivel de dedicación al cuidado y atención de los hijos (GUILARTE, 2010, p. 20).

#### 4.2. La proximidad de los domicilios de los padres

Esta proximidad garantiza la estabilidad del entorno del menor. La proximidad de los domicilios implica el mantenimiento de puntos de referencia tales como el colegio, acaso de la ruta escolar, del círculo de amistades del menor, pediatra, canguro, actividades extra-escolares... Incluso, aunque los domicilios estén en la misma ciudad, aunque no cercanos, podría ser adecuada la custodia compartida alternativa, que, sí en cambio parece desaconsejable en caso de residir en ciudades distintas (cambio de colegio, de entorno...) <sup>5</sup>. La proximidad de los domicilios a fin de garantizar la necesaria estabilidad del menor en su entorno habitual se considera imprescindible y su falta, junto a la de otros factores, determina la exclusión de la custodia compartida en SAP Sevilla de 12 de Febrero de 2007, SAP Alicante (4) de 22 de Febrero de 2007, SAP Barcelona (18) de 17 de Abril de 2007; SAP Zaragoza 12 de Diciembre de 2007. La distancia domiciliaria sobrevenida con posterioridad pone fin a la custodia compartida en convenio en SAP Oviedo (4) de 31 de mayo de 2007 la distancia geográfica entre la nueva residencia de la madre (Madrid) y el padre (Oviedo) y SAP Madrid (22) de 16 de Octubre de 2007 que modifica la guarda y custodia compartida y atribuye la exclusiva al padre, pues la madre, por razones laborales, traslada su residencia a Guadalajara.

#### 4.3. La disponibilidad de los padres para mantener el trato directo con los hijos en el periodo alterno correspondiente

Las profesiones que exigen desplazamientos continuos y de cierta permanencia, en principio, no aconsejan la custodia compartida alternativa y será preferible fijar un régimen de comunicación y estancia amplio (Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 10ª) de 31 de Marzo de 2004).

#### 4.4. Medios materiales suficientes

Será precisa una cierta capacidad económica para hacer frente a los gastos que se originan como consecuencia de la alternancia; en este punto cabe apuntar, como ya se señaló, que la custodia compartida alternativa puede resultar un sistema de guarda eficaz en aquellas rupturas en las que ambos padres obtienen ingresos, similares o no, de suerte que la obligación de mantenimiento de los hijos se concreta en la aportación de una cantidad fijada en proporción a aquellos ingresos a una cuenta común abierta al efecto de soportar los gastos ordinarios y extraordinarios de los hijos y que ambos gestionan <sup>6</sup>.

---

<sup>5</sup> Así, SAP de Barcelona de 8 de Junio de 2000 afirma que *una guarda y custodia compartida, salvo supuestos excepcionales de ausencia de conflictividad de los cónyuges, cercanía de domicilios y entorno habitual, preferencia mostrada por los hijos, no se traduce en beneficio para los menores*; excluye la custodia compartida alternativa por tratarse de localidades distintas SAP Guadalajara de 9 de Abril de 2002 y de 27 de Junio de 2003; SAP Alicante (6ª) de 28 de Abril de 2005. Tras la Reforma, SAP Valencia (10) de 3 de Noviembre de 2005; SAP Jaén de 19 de Enero de 2007; SAP Oviedo (5) de 17 de noviembre de 2005 y SAP Sevilla de 12 de Febrero de 2007 -residencia en países distintos; SAP Huelva (1) de 30 de marzo de 2007; exige proximidad domiciliar SAP Las Palmas (3) de 27 de Noviembre de 2007.

<sup>6</sup> Se ha señalado que la custodia compartida es buena, viable y está funcionando en muchos casos y entre éstos el 95% responde a una situación en la que los cónyuges tienen ingresos parecidos (Declaraciones de J.De Miguel, Secretario de la Junta de Gobierno del Colegio de Abogados de Barcelona, a Expansión Jurídico, Martes 5 de Abril, La Ley, 2005, pág. 1; en el mismo sentido, GUILARTE (2010, p. 20).

#### 4.5. La edad de los hijos

No parece determinante en la elección de uno u otro modelo de guarda, así en algunos casos la corta edad de los hijos sirve para fundar la procedencia de una custodia compartida alternativa, como sucede en la SAP Zaragoza (4) de 15 de Octubre de 2003 que considera que no hay dato objetivo alguno que permita sostener que el régimen de guarda acordado es *contrario a los intereses de la citada menor y dañoso para la misma, máxime teniendo en cuenta su corta edad, ya que por el contrario, favorece, en principio, la fijación en ella de ambas figuras paternas*; y en otros casos, para excluirla, como es el caso de la SAP Cuenca de 30 de Septiembre de 1996, al considerarla contraria al interés del menor, pues *la permanencia de un niño de tan corta edad por períodos quincenales o mensuales con cada uno de los progenitores privaría al niño de un punto de referencia fijo sobre cuál es su auténtico entorno...*; en el mismo sentido, SAP Málaga (5), de 16 de Julio de 2003, que no considera *positivo semejante trasiego de la menor que con tan escasa edad se vea en la necesidad de tener que cambiar de domicilio, de habitación y de persona encargada de su guarda y custodia, cada una de ellas con sus propias costumbres diferentes, con lo que al final ello puede ser contraproducente para la formación de la menor...* Para lo que sí es determinante la edad de los menores es para fijar la alternancia: a menor edad, mayor alternancia (AGUILAR, 2006, p. 94-95).

En este punto, conviene traer aquí las conclusiones del informe que se elaboró en Francia para valorar la aplicación de la ley de 4 de marzo de 2002, que introdujo la custodia compartida (Rapport n° 349 (2006-2007): la résidence en alternance reste marginale dans les toutes premières années de l'enfant (2% pour les moins de un an, 4,2% à un an, 6,7% à deux ans), cesse de l'être à trois ans en passant la barre des 10%, augmente légèrement jusqu'à neuf ans, pour atteindre un maximum de 13,8% puis décroît, surtout à partir de onze ans. Les trois quarts des enfants en résidence alternée ont moins de dix ans, l'âge moyen étant de sept ans.

#### 4.6. La voluntad de los menores

La voluntad de los menores es valorada convenientemente por el juzgador tanto para excluir la custodia compartida alternativa (SSAP Madrid (24) de 8 de Febrero, de 15 y 29 de marzo, de 11 de abril de 2007 y de 11 de Octubre de 2007; SAP Murcia (1) 26 de Febrero de 2007; SSAP Tenerife (1) de 26 de marzo y 30 de abril de 2007; SAP Gijón (7) 27 de Abril de 2007; SAP Alicante (6) de 4 de abril de 2007; SAP Ciudad Real (2) de 20 de Abril de 2007; SAP Madrid (22) de 8 de mayo de 2007) como para acordarla (SAP Barcelona (18) de 20 de Febrero y 1 de Octubre de 2007; SAP Valencia (10) de 1 de marzo de 2007; SAP Barcelona (12) 5 de Octubre de 2007; SAP Madrid (22) de 27 de Diciembre de 2007).

#### 4.7. El resultado de los informes exigidos legalmente

El informe pericial psicológico emitido por el Equipo Técnico adscrito al Juzgado *proporciona al juez elementos precisos y preciosos* (SAP Madrid (24) de 22 de Febrero de 2007) y para acordar la custodia compartida *debe probarse la bondad del régimen recabando un previo informe técnico* (SAP

Jaén (2) de 20 de marzo de 2007; SAP Ávila (1) 18 de mayo de 2007); por ello, si propone como régimen adecuado la custodia exclusiva o se limita a desaconsejar la custodia compartida, el juez no se aparta de la propuesta (SAP Valencia (10) de 15 de Enero de 2007, SAP Badajoz 15 de Enero de 2007, SAP Bilbao de 19 de Enero de 2007; SSAP Madrid (24) de 5, 7, 15 y 21 de Febrero, 11 de abril y 27 de marzo de 2007, SAP Madrid (22) de 13 de Febrero de 2007; SAP Oviedo (1) de 23 de Febrero, SAP Barcelona (18) 22 de marzo, 3 y 26 de julio de 2007; SSAP Tarragona (1) de 23 de marzo y 23 de Abril de 2007; SAP Gerona (1) de 26 de Abril de 2007; SAP Vitoria (1) de 27 de Abril de 2007; SAP Salamanca (1) 24 de mayo de 2007; SAP Barcelona (12) de 25 de Septiembre de 2007; SAP Madrid (24) de 11 de Octubre de 2007; SSAP Zaragoza de 13 de marzo y 20 de noviembre de 2007; SAP Logroño de 13 de marzo de 2007; SAP Cádiz (5) de 31 de mayo de 2007; SAP Lleida (2ª) de 2 de julio), y si puede hacerlo en el caso de custodia compartida alternativa y lo hace en SSAP Jaén (2) de 19 de Enero y 19 de marzo de 2007; SAP Valencia (10) de 15 de marzo de 2007; SAP Madrid (24) de 11 de Abril de 2007; SAP Alicante (6) de 16 de mayo de 2007; SAP Córdoba de 3 de Octubre de 2007. Por su parte, la inexistencia de informe favorable del Ministerio fiscal es la causa más común de denegación de la custodia compartida.

No concurre este requisito SAP Alicante (4) de 4 de Abril; SSAP Barcelona (12) de 13 de julio, 10 de mayo, 23 de Octubre, 6 y 21 de noviembre, 20 de Diciembre de 2007; SAP Oviedo (6) de 3 de Diciembre de 2007; SSAP Tenerife (1) de 2 y 30 de abril, 28 de mayo, 9 de julio y 26 de Noviembre de 2007; SAP Las Palmas (3) de 19 y 22 de Noviembre de 2007; SAP Cádiz (5) de 19 de Noviembre de 2007; SAP San Sebastián (3) de 9 de Noviembre de 2007; SAP Cuenca (1) 18 de Octubre de 2007; SSAP Madrid (22) de 14 de Septiembre, 24 de abril, 22 de mayo y 16 de Octubre de 2007; SSAP Barcelona (18) 4 de julio, de 12 de julio y 15 de Octubre y 27 de Septiembre de 2007; SSAP Valencia (10) de 7 de junio y 26 de Septiembre de 2007; SSAP Ciudad Real (2) de 20 de abril y 24 de julio de 2007; SSAP Castellón (2) de 28 de marzo y 11 de julio de 2007; SAP Pontevedra (1) 4 de julio de 2007; SAP Lugo de 25 de junio de 2007; SAP Sevilla (2) de 25 de junio de 2007; SAP Santiago de Compostela (6) de 29 de junio de 2007; SAP Pamplona (2) de 24 de mayo de 2007; SSAP Málaga (6) de 4 de enero, 23 y 24 de Abril de 2007; SAP Huesca (1) 20 de Abril de 2007; SAP Cáceres de 11 de abril de 2007; SAP Murcia (1) de 6 de marzo de 2007; SAP Tenerife (4) de 14 de Febrero de 2007; SAP Santiago de Compostela (6) de 14 de Febrero de 2007; SAP Pontevedra (3) de 17 de Enero de 2007.

La ponderación de todos los criterios, según las circunstancias del caso, será la clave para determinar la procedencia de uno u otro sistema de guarda y custodia (SAP Barcelona (12) de 13 de Febrero de 2007) y no deberán recogerse consideraciones, opiniones o pareceres sobre el modelo de guarda en abstracto, sino la existencia o inexistencia de las circunstancias propicias para la adopción de un modelo u otro.

### ***5. Valoración final***

Tal y como se ha ido desgranando a lo largo de este trabajo, las sentencias dictadas por la Sala 1ª del Tribunal Supremo constituyen, a mi juicio, el inicio de una nueva etapa en materia de guarda y custodia de los hijos en los procesos de nulidad, separación y divorcio. Sin duda, contribuirán a

la normalización de un modelo de guarda cuyo alcance, sin duda, es todavía reducido, pero que no por ello debe ser contemplado con disfavor. Aténgase el juzgador a la concurrencia de los criterios que aconsejan o desaconsejan el modelo en cuestión y no deje traslucir su particular o personal opinión sobre la alternancia de los padres en el cuidado y atención de sus hijos menores ni exija una prueba diabólica de la superioridad del modelo de custodia compartida sobre el de custodia exclusiva. Si concurren los presupuestos legales (petición de uno de los padres, ausencia de indicios de violencia doméstica y de género, informes favorables del Ministerio Fiscal y del Equipo Técnico) y los criterios o circunstancias fácticas a las que se ha hecho referencia, deberá acordarse la custodia compartida porque el interés del menor se concretará en el mantenimiento de relaciones personales y cuidado directo de modo regular con su padre y con su madre.

## 6. Bibliografía

François BOULANGER (1999), "Faut-il revoir les règles d'attribution de l'autorité parentale?", *Recueil Dalloz*, nº 22.

Carine BRIERE (2002), "La Coparentalité: mythe ou réalité?", *Revue de Droit Sanitaire et social*, n. 3, pp. 567-580.

Laurence GAREIL (2004) *L'exercice de l'autorité parentale*, L.G.D.J, París.

Amparo GODOY MORENO (2003), "La guarda y custodia compartida. Guarda conjunta y guarda alternada", en Cristina DE ANDRÉS IRAZAZÁBAL/ Gloria HERNÁNDEZ CATALÁN (Coords.), *Diez años de Abogados de Familia (1993-2002)*, Asociación Española de Abogados de Familia, La Ley, pp. 315-342.

Argurtzane GOIRIENA LEKUE (2005), "La custodia compartida, el interés del menor y la neutralidad de género", *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombre*, nº16, pp. 52-57.

Cristina GUILARTE MARTÍN-CALERO (2010) *Estudio de Jurisprudencia (Años 2006, 2007 y 2008) Audiencias Provinciales relativa aplicación art.92.8 CC, tras reforma Ley 15/2005*, Fundación de Mujeres Juristas Themis, Madrid

Cristina GUILARTE MARTÍN-CALERO (2009a), "El ejercicio de la patria potestad en situaciones de ruptura convivencial: análisis jurisprudencial y propuesta de reforma del Código civil", en Cristina GUILARTE MARTÍN-CALERO (Coord.), *Aspectos civiles y penales de las crisis matrimoniales*, Lex Nova, Valladolid.

Cristina GUILARTE MARTÍN-CALERO (2009b), "La atribución de la guarda y custodia de los hijos menores y el régimen de comunicación y estancia en los supuestos de violencia de género", en DE HOYOS SANCHO (Dir.), *Tutela Jurisdiccional Frente a la Violencia de Género*, Lex Nova, Valladolid, pp. 203-230.

Cristina GUILARTE MARTÍN-CALERO (2008), "La custodia compartida alternativa", *InDret* 2/2008 ([www.indret.com](http://www.indret.com)).

Cristina GUILARTE MARTÍN-CALERO (2007) *Estudio de Derecho comparado sobre la Regulación de la Custodia Compartida*, Fundación de Mujeres juristas Themis, Madrid.

Cristina GUILARTE MARTÍN-CALERO (2005), "Comentarios del artículo 92 del Código civil", en Vicente GUILARTE GUTIÉRREZ (Dir.), *Comentarios a la Reforma de la Separación y el Divorcio*, Lex Nova, Valladolid, pp. 113-184

LAROQUE-RUELLE (2000) "Résidence alternée, les parents son condamnés à s'entendre", *Revue juridique Personnes et Famille* (12).

Antonio Javier PÉREZ MARTÍN (2002), "El Reparto de la convivencia de los hijos menores con sus progenitores", *Los Hijos Menores de Edad en Situación de Crisis Matrimonial*, Asociación Española de Abogados de Familia, Dykinson, Madrid, pp. 87-114.

Ramón TAMBORERO DEL RIO (2003), "La Guarda y Custodia compartida", en Cristina DE ANDRÉS IRAZAZÁBAL/ Gloria HERNÁNDEZ CATALÁN (Coords.), *Diez años de Abogados de Familia (1993-2002)*, Asociación Española de Abogados de Familia, La Ley, pp. 515-519.

Irène THÉRY (1996), *Le Démariage*, Editions Odile Jacob, Paris.

Luis ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA (2005) "Las Reformas legales que nos esperan", *Actualización del Derecho de Familia y Sucesiones*, Asociación Española de Abogados de Familia, Dykinson, Madrid, pp. 13-96.

Luis ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA (2004), "Reflexiones en relación con la guarda y custodia de los hijos menores en las crisis de convivencia de sus padres", *La Conflictividad en los Procesos familiares: Vías Jurídicas para su Reducción*, Asociación Española de Abogados de Familia, Dykinson, Madrid, pp. 19-116.