

ESTUDIO SOBRE LA CUSTODIA COMPARTIDA

Virginia GARCÍA GÓMEZ
Grado en Derecho

RESUMEN

Con este trabajo abordo la Institución de la Custodia Compartida, que es la decisión que toman los tribunales por la que los padres comparten la custodia de los hijos. Para ello ha sido necesario tratar primero la Guarda y Custodia en general, algunos conceptos básicos como la patria potestad, el Favor Filii y la intervención del Ministerio Fiscal. Dejando constancia de los criterios necesarios para el establecimiento de la Custodia compartida, y de temas de especial relevancia. Todo ello a través de un análisis jurisprudencial y doctrinal, dando una visión pretendidamente neutral sobre sus ventajas e inconvenientes. Se ha incorporado la realidad fáctica de la misma a través de estadísticas. Y para terminar, acabo con una serie de conclusiones personales sobre la custodia compartida.

ABSTRACT

With this document I explain the Institution of Joint Custody, which is the decision made by the courts that parents share custody of children. For it, has been necessary cope first with the Custody in general, some basic concepts such as Patria Potestad, Favor Filii and the intervention of the Public Prosecutor. I include special reasons for the establishment of Joint Custody, and topics of particular relevance. For this work, I have used jurisprudential and legal articles; giving a view allegedly neutral about advantages and disadvantages. Is incorporated the factual reality of it through statistics. And finally, just a series of personal conclusions about joint custody.

Palabras claves: custodia compartida

Keywords: joint custody,

SUMARIO. I. INTRODUCCIÓN. II. OBJETIVOS. III. GUARDA Y CUSTODIA. Art 92 CC. 1. Patria Potestad. 2. Guarda y Custodia. 3. Principios generales de la custodia compartida. 4. Artículo 92.7 Violencia doméstica como límite a la custodia compartida. 5. Artículo 92.8 Custodia Compartida sin Acuerdo de los padres. IV. INTERÉS DEL MENOR. 1. Introducción en el ordenamiento jurídico. 2. Concepto. 3. Determinación. V. ACTUACIÓN DEL MINISTERIO FISCAL. 1. Inconstitucionalidad de la necesidad de informe “favorable” del Ministerio Fiscal para el otorgamiento de la guarda y custodia compartida. VI. ESPECIAL REFERENCIA: LOS CRITERIOS JUDICIALES SOBRE LA GUARDA Y CUSTODIA DE LOS HIJOS. VII. VENTAJAS E INCONVENIENTES DE LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA. VIII. LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA EN LA PRÁCTICA JUDICIAL. IX. DERECHO COMPARADO. (Inglaterra y American Law Institute Principles of the Law of Family Dissolution). X. CONCLUSIONES. XI. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

La finalidad de este trabajo es el acercamiento a la figura de la Custodia compartida. Pasando primero por un análisis de la Patria Potestad, ya que la Guarda y Custodia es un concreto aspecto del ejercicio de la Patria Potestad que se vincula con la noción de cuidado y asistencia diaria. La Patria Potestad se presenta como conjunto de derechos y deberes que los padres tienen sobre sus hijos, con el fin de procurarles las atenciones necesarias tanto para su asistencia como formación.

Siendo la Custodia Compartida una modalidad de la Guarda y Custodia, consiste esta según Fabiola LATHROP en aquel sistema familiar posterior a la ruptura matrimonial o de pareja que, basado en el principio de corresponsabilidad parental, permite a ambos progenitores participar activa y equitativamente en el cuidado personal de los hijos, pudiendo en lo que a residencia se refiere, vivir cada uno de ellos durante lapsos sucesivos más o menos predeterminadas.

Para establecer si es la medida más oportuna, es necesario determinar el interés superior del menor. Este supone el reconocimiento pleno de la titularidad de derechos en los menores de edad y de su capacidad progresiva para ejercerlos

Otro punto relevante en la materia es la necesidad de intervención del Ministerio Fiscal como garante de la legalidad y defensor de menores e incapaces.

Para terminar, es necesario realizar un análisis de la práctica real llevada a cabo por los tribunales, y establecer las ventajas e inconvenientes de la misma, siendo la primordial ventaja la no desconexión del menor con los progenitores, y el inconveniente más plausible el cambio periódico de rutinas y costumbres al producirse la movilidad de domicilios.

II. OBJETIVOS

- Conocimiento de la institución de Guarda y Custodia para un posterior acercamiento a la Custodia Compartida.
- Análisis de la significación del Interés Superior del Menor o Favor Filii.
- Conocimiento del por qué de la Intervención del Ministerio Fiscal en la determinación del interés del menor y posterior crítica a la imposibilidad fáctica de un control exhaustivo.
- Conocer los criterios usados en la práctica judicial para su establecimiento.
- Creación de una opinión crítica sobre la custodia compartida, en relación a los inconvenientes y ventajas establecidos por jurisprudencia y doctrina.
- Obtener una visión real o fáctica de su verdadera aplicación a través de las Estadísticas proporcionadas por el Instituto Nacional de Estadística.
- Obtener una ligera visión del Derecho comparado.

III. GUARDA Y CUSTODIA Artículo 92 CC

1. Patria potestad

Antes de incidir directamente sobre la institución de la guarda y custodia estimo necesario realizar un breve análisis de la Patria Potestad dada la relación que ambas guardan. Siendo la Guarda y Custodia un concreto aspecto del ejercicio de la Patria Potestad que se vincula con la noción de cuidado y asistencia diaria. Ambos conceptos –el de guarda y custodia y el de Patria Potestad- se pueden presentar como conceptos unitarios en el caso de que la convivencia familiar no se interrumpa y pueden aparecer diferenciados en situaciones de crisis familiar.

Se puede definir el concepto de Patria Potestad como conjunto de derechos y deberes que los padres tienen sobre sus hijos, con el fin de procurarles las atenciones necesarias tanto para su asistencia como formación.

Conforme a ALBALADEJO, la podemos definir como el poder global que la ley otorga a los padres sobre los hijos.

El artículo 154 del Código Civil establece las notas, los deberes y facultades de los padres:

“Los hijos no emancipados están bajo la potestad de los padres.

La patria potestad se ejercerá siempre en beneficio de los hijos, de acuerdo con su personalidad, y con respeto a su integridad física y psicológica. Esta potestad comprende los siguientes deberes y facultades:

- *1.º Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral.*
- *2.º Representarlos y administrar sus bienes.*

Si los hijos tuvieran suficiente juicio deberán ser oídos siempre antes de adoptar decisiones que les afecten.

Los padres podrán, en el ejercicio de su potestad, recabar el auxilio de la autoridad”.

El Código Civil remarca que la Patria Potestad debe permanecer intacta tras la ruptura del vínculo matrimonial, debiendo seguir siendo ejercida por ambos progenitores, salvo que la resolución judicial especifique otra cosa. (Ya que en casos concretos puede darse la privación del Patria Potestad a uno de los progenitores conforme a las causas previstas legalmente).

2. Guarda y custodia

En primer lugar hay que señalar que nuestro Código Civil no hace una regulación de forma orgánica de la guarda y custodia.

Sino que se refiere a ella fundamentalmente en su artículo 92, éste se encuentra en el Capítulo IX Título IV del Libro I, dentro de los efectos comunes de la nulidad, separación y divorcio, es decir, aparece regulado dentro de la crisis matrimonial.

Partiendo de la premisa de que en nuestro Ordenamiento Jurídico, la separación, nulidad y divorcio no eximen a los padres de sus obligaciones para con los hijos habrá que determinar como se desarrolla la Guarda y Custodia.

Nos encontramos con un concepto jurídico indeterminado, por lo que tendremos que hacer una aproximación al mismo para poder entender la esencia de esta institución.

La Real Academia de la Lengua define custodia como “acción y efecto de custodiar”, y “custodiar como guardar con cuidado y vigilancia”.

GARCÍA PASTOR¹ ha definido la guarda y custodia como “el conjunto de funciones parentales que requieren el contacto constante entre el adulto y el niño”.

Así, se puede entender que consiste en el cuidado de los padres sobre sus hijos, proporcionándoles todo lo necesario para su libre desarrollo personal.

Será necesario determinar como se ejercerá la guarda y custodia. Las modalidades de Guarda y Custodia son:

- Exclusiva: la convivencia se le atribuye a uno solo de los progenitores.
- Compartida: se reparte el tiempo o la convivencia entre los padres.
- Partida: se distribuyen los hijos entre ambos progenitores.

¹ GARCÍA PASTOR M. La situación jurídica de los hijos cuyos padres no conviven: Aspectos personales.

Como criterio determinante se establece el FAVOR FILII o interés del menor del que se deja expresión en páginas siguientes, junto con los siguientes:

- Será preciso oír a los menores si tienen suficiente juicio y, en todo caso, a los mayores de doce años. Todo niño o adolescente tiene derecho a ser oído o escuchado en todos los aspectos de su vida, esto es tomar en cuenta la opinión que ha manifestado sobre las cuestiones que le atañen. El principio del derecho del menor a ser oído afirma que éste es una persona en todo el sentido de la palabra, y por lo tanto tiene derecho a expresarse y a ser escuchado
- Si fuere necesario, se deberá recabar el dictamen de especialistas.
- El principio de unidad familiar. El artículo 92, en su apartado 5º señala in fine “procurando no separar a los hermanos”. Se trata, este principio, de una recomendación legal, ya que como se ve en el párrafo 2 del 96 del Código Civil se prevé la posibilidad de la custodia distributiva de los hijos.
- Por último, el juez deberá ponderar las circunstancias que concurran en cada caso concreto procurando siempre la estabilidad de los menores, la continuidad de los mismos en su entorno social, escolar, familiar, etc., evitando cualquier situación perjudicial o de riesgo para su formación y desarrollo físico, psíquico y emocional.

Centrándonos, pues, en la Custodia compartida, pasare a un análisis de la misma.

La custodia compartida en nuestro Ordenamiento no aparece como tal regulada hasta la reforma del Código Civil operada por la Ley 15/2005 de 8 de julio.

Con anterioridad a dicha reforma se admitía en algunos supuestos, en procesos consensuados, ya que no aparecía prohibición alguna que la excluyese.

Para dar un concepto sobre la misma es necesario acudir a la doctrina y jurisprudencia ya que la ley no contiene ninguna definición.

Según Fabiola LATHROP *“la custodia compartida, conjunta o alternada es aquel sistema familiar posterior a la ruptura matrimonial o de pareja que, basado en el principio de corresponsabilidad parental, permite a ambos progenitores participar activa y equitativamente en el cuidado personal de los hijos, pudiendo en lo que a residencia se refiere, vivir cada uno de ellos durante lapsos sucesivos más o menos predeterminadas”*

HERNANDO RAMOS *“la asunción compartida de autoridad y responsabilidad, de derechos y obligaciones, entre los padres separados en relación a todo cuanto concierna a los hijos comunes”*².

MORÁN GONZÁLEZ señala *“la custodia compartida nace como expresión de los derechos de los menores a relacionarse por igual con ambos progenitores”*.

Otro concepto jurisprudencial, lo ofrece la Audiencia Provincial de Barcelona³: *“ es una modalidad de la responsabilidad parental, tras la crisis de la relación de pareja, en la que tanto el padre como la madre están capacitados para establecer una relación viable ente 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*

² HERNANDO RAMOS S. Diario La Ley 7206, SECCIÓN TRIBUNA, 29 de Junio de 2009 año XXX.

³ Sección 12 en la sentencia de 12 de enero (26/2007).

distribuir de forma justa y proporcional la atención de las necesidades materiales de los desacuerdos que puedan surgir en el futuro”.

Por último, para que se acuerde el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos hay que tener en cuenta los requisitos que se contemplan en el párrafo quinto y sexto del artículo 92 del Código Civil:

-El artículo 92. 5 recoge que se podrá acordar 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.

- Recabar informe del Ministerio Fiscal

- Oír a los menores que tengan suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, partes o miembros del Equipo Técnico Judicial, o del propio menor

- Valorar las alegaciones de las partes vertidas en la comparecencia y la prueba práctica en ella

- Relación de los padres entre sí y con los hijos.

El artículo 92 en su apartado octavo establece que el juez puede determinar excepcionalmente la guarda y custodia compartida no existiendo común acuerdo entre los cónyuges cuando se produzcan estos requisitos:

-Que una de las partes lo solicite.

-Que existe informe *favorable* del Ministerio Fiscal.

-Que la decisión judicial se fundamente en que solo de esta forma se protege el interés del hijo.

3. Principios generales de la custodia compartida

Por último nos queda hablar de aquello que se podría enunciar como principios generales de la custodia compartida, estos son:

1. La corresponsabilidad paterna: consiste en el reparto equitativo de los derechos y deberes que los progenitores deben ejercer frente a sus hijos.

2. Principio de igualdad entre los progenitores: se consideran ambos padres en pie de igualdad para la determinación de los derechos y responsabilidades, sin conceder preferencia a uno de los progenitores respecto del otro debido a su sexo, edad, estado civil, o sexo del hijo.

3. Principio de la coparentalidad: consiste en garantizar la continuidad de las relaciones afectivas del menor con ambos progenitores.

4. Especial referencia al 92.7 CC. Violencia doméstica como límite a la custodia compartida

En el artículo 92.7 del Código Civil no encontramos los supuestos en los que no procederá la guarda conjunta, cita así:

“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”.

Así que las causas o motivos por los cual no se procederá a la guarda y custodia compartida son:

1. Cuando cualquiera de los padres esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, integridad física, la libertad, la integridad o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos.

No se exige que haya sido condenado, basta con que haya denuncia admitida a trámite.

2. Cuando el Juez advierta de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica.

La violencia de género actúa como causa de exclusión de la custodia y guarda conjunta. Estos supuestos pueden conllevar pérdida de la patria potestad, así como suspensión de la guardia y custodia.

Esta segunda hipótesis de improcedencia de la custodia compartida se basa en la existencia de indicios fundados de violencia doméstica, en la que es indiferente el sexo del agresor y la víctima puede ser tanto el padre como la madre o los hijos.

Hay que decir que este segundo supuesto es más amplio que el primero, ya que permite la asunción de más supuestos en el segundo caso que en el primero, así cita la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil sección 1, del 07 de Abril del 2011:

“El art. 92.7 CC establece que no procederá esta guarda cuando uno de los cónyuges esté incurso en un procedimiento penal del tipo de los previstos en la primera parte de este párrafo, pero a continuación añade que “tampoco procederá cuando el Juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica”. Es verdad que el delito por el que fue condenado el ahora recurrente no está incluido en la lista contenida en la primera parte del párrafo séptimo del art. 92 CC , pero sí puede constituir un indicio de violencia o de situación conflictiva entre los cónyuges, en cuyo caso, la ley declara que no procede la guarda conjunta.”

5. Especial referencia al artículo 92.8 CC. Custodia compartida sin acuerdo entre las partes

El artículo 92 del Código Civil en su apartado octavo recoge la posibilidad de que pese a que no haya acuerdo entre los padres se podrá acordar la guarda y custodia compartida, siempre y cuando se la mejor forma de satisfacer el interés superior del menor.

“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”

La posibilidad de la custodia compartida en los supuestos contenciosos, es decir, cuando no haya acuerdos de los padres, fue introducida por la reforma operada en el Código Civil por la ley 15/2005 de 8 julio.

En un primer momento eran dos los requisitos exigidos para se otorgará:

1. Informe Favorable del Ministerio Fiscal. El Tribunal Constitucional ha declarado inconstitucional inciso favorable, como se verá más adelante, por la Sentencia 185/2012 de 17 de octubre.
2. Siempre y cuando de esta forma se garantice el interés superior del menor.

El Tribunal Constitucional⁴ se ha pronunciado sobre la constitucionalidad de esta posibilidad alegando que en garantía de cualquier de los cónyuges, de los hijos, o del interés familiar más necesitado de protección, la ley atribuye al juez que conoce de un proceso de separación, divorcio o nulidad matrimonial, potestades de tutela relacionadas con determinados efectos de la crisis matrimonial que han de ejercitarse en defecto o en lugar de las propuestas de los litigantes. Argumentando así el cumplimiento de los principios de rogación y congruencia.

IV. INTERÉS DEL MENOR

1. Introducción del *favor filii* en nuestro ordenamiento jurídico español

El interés del menor se configura en nuestro Ordenamiento Jurídico español por influencia del derecho internacional. La introducción de este principio en nuestra legislación es consecuencia de la influencia de los textos internacionales en esta materia y en especial del artículo 3.1 de la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos del Niño 1989.

“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”

2. Concepto de interés del menor

Estamos ante un concepto jurídico indeterminado de gran complejidad, que a la hora de su aplicación práctica acaba en la mayoría de las ocasiones influenciado por las propias convicciones de aquellos que lo aplican, como jueces y fiscales.

Es un elemento decisivo en materia de custodia compartida ya que modula su contenido y también constituye el criterio de resolución de los conflictos que puedan surgir en el ejercicio de la patria potestad o en relación con cualquier situación que afecte a un menor, como la custodia del menor.

En nuestro Ordenamiento Jurídico apareció en el Código Civil con la reforma de 1981 como criterio que debía seguirse en el ejercicio de la patria potestad pero se recogía literalmente como beneficio del hijo.

En nuestra Constitución aparece en el 39.3 y 4.

Queda como un auténtico principio configurador en la legislación de la protección socio-jurídica del menor.

⁴ Sentencia 100/1987 del Tribunal Constitucional de 28 de enero.

A la hora de abordar un concepto debemos dar una visión doctrinal y jurisprudencial, para intentar delimitarlo.

Según SANTOS URBANEJA⁵ el concepto de interés del menor era algo que se dejaba al buen criterio, a la intuición del Juez en cada caso, mitad sentido común, mitad sentido práctico.

SANTOS conecta el concepto de interés del menor con la paz familiar, y la paz familiar con la obtención de una resolución lo más justa posible.

Su segunda aportación al concepto fue conectarlo con la educación, con su educación en los valores democráticos para que llegado a su tiempo pudiera llevar una vida independiente en sociedad, de modo libre y responsable.

Así SANTOS URBANEJA acuña para el esclarecimiento del interés del menor la fórmula LC2, es decir:

- LEGALIDAD
- Ponderación de las CIRCUNSTANCIAS FAMILIARES
- Ponderación de las CIRCUNSTANCIAS DEL CONTEXTO SOCIO-ECONÓMICO

El Tribunal Supremo⁶ considera que el favor filii es el principio inspirador de todas las materias que atañen al menor, vinculando así al juez, a los poderes públicos y obviamente a los padres y ciudadanos. Supone el reconocimiento pleno de la titularidad de derechos en los menores de edad y de su capacidad progresiva para ejercerlos.

3. Determinación del interés del menor

A la hora de la determinación del interés del menor la legislación no recoge ningún baremo de ponderación por lo que se ha de acudir a la jurisprudencia⁷

Conforme a esta se nos dice que al no recogerse en el Código Civil español 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.

Para resolverse la cuestión se puede acudir al estudio del derecho comparado, como es el sistema American Law Institute Principles of the Law of Family Dissolution. Este establece estos criterios:

- La práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales
- Los deseos manifestados por los menores competentes
- El número de hijos

⁵ SANTOS URBANEJA INTERÉS DEL MENOR Y CUSTODIA COMPARTIDA Fiscal de la Audiencia Provincial de Córdoba Actas II Jornadas Científicas de ASEMIP. “La convivencia con los hijos tras la crisis de la pareja” Córdoba, 19 y 20 de Noviembre de 2010

⁶ STS de 17 de septiembre 1996.

⁷ Sentencia de 8 octubre 2009, RC núm. 1471/2006 del Tribunal Supremo.

- El cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos
- 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

V. ACTUACIÓN DEL MINISTERIO FISCAL. JUSTIFICACIÓN

El Ministerio Fiscal interviene en los procesos matrimoniales y de familia por estar involucrados los intereses de menores de edad. Esta posición institucional tiene su fundamento en lo dispuesto en el artículo 124.1 CE. Que cita así:

“El Ministerio Fiscal, sin perjuicio de las funciones encomendadas a otros órganos, tiene por misión promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley, de oficio o a petición de los interesados, así como velar por la independencia de los Tribunales y procurar ante éstos la satisfacción del interés social”.

De esta manera, su intervención no es equiparable con la de las otras partes del proceso. El Ministerio Fiscal interviene en el proceso como órgano imparcial y defensor de los derechos de los menores afectados, teniendo como misión velar por los intereses de éstos.

El papel que cumple el Ministerio Fiscal en la concesión judicial de la guarda y custodia, se deduce su importancia a través del informe que emite, pues, siendo uno de los intervinientes en el proceso, los intereses que defiende son totalmente objetivos y sólo van encaminados a proteger al menor.

La Fiscalía debe, pues, velar por los derechos de los hijos y, a tal fin, durante el procedimiento puede solicitar las pruebas que tenga por conveniente, asistir a las exploraciones de los menores y, en definitiva, realizar cuantas actuaciones le conduzcan a un conocimiento directo de la situación a fin de ponderar objetivamente las circunstancias concurrentes en cada caso (por ejemplo, relación usual entre padres e hijos, distancia de los domicilios, períodos de alternancia, etc.) y emitir un dictamen fundado sobre la idoneidad de la guarda compartida solicitada.

No puede caber duda, por tanto, que el papel del Ministerio Fiscal, en este sentido, consiste en una valoración de las circunstancias concretas —de control del interés general— sobre la conveniencia para el menor de determinadas formas de guarda. El juez, en este caso, está facultado ya sea para acordar la medida consensuada, ya para denegarla incluso en el caso de que el Ministerio público haya dictaminado favorablemente, porque finalmente, a la vista del conjunto probatorio practicado, ha valorado que puede resultar lesiva⁸.

1. Inconstitucionalidad del inciso “favorable” en el informe del Ministerio Fiscal

El artículo 92.8 del Código Civil en la redacción dada por la ley 15/2005 recogía:

⁸ Sentencia 17 de Octubre de 2012 del Tribunal Constitucional (RTC 2012,185).

“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”

Conforme a este precepto el órgano jurisdiccional solo podía otorgar la custodia compartida en este supuesto cuando hubiera un informe favorable del Ministerio Fiscal.

La Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, Sección 5ª, , Auto de 13 septiembre 2006 AC 2010\1938 planteó la cuestión de inconstitucionalidad en relación con el artículo arriba citado por la vulneración de los artículos 14, 24, 39 y 117 de la CE.

Posteriormente otros órganos jurisdiccionales también la plantearon como el Juzgado de Primera Instancia de Murcia, en Auto de 6 de junio de 2007 (655/2007).

La motivación que se argumenta en el Auto de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria es:

- Vulneración del artículo 117.3 en relación con el artículo 24.1 y 2 CE:

“La concesión al Ministerio Fiscal de esta facultad de veto en un área sometida a la potestad jurisdiccional resulta exorbitante, interfiere, desde el poder ejecutivo, en la función primordial del Poder Judicial de juzgar y ejecutar lo juzgado, y atenta contra la independencia de dicho poder ya que sujeta la actuación judicial a los dictados del Ministerio Público sustrayendo de la jurisdicción este ámbito material, sin posibilidad de revisión”. “ Desde el momento en que en un determinado supuesto, como el de autos, el informe del Ministerio Fiscal no sea favorable a la custodia compartida, se veda al Juez de instancia y al Tribunal de apelación el emitir los oportunos pronunciamiento y resolver la controversia alguna, pues que la controversia deja de existir como tal tras la emisión de dicho dictamen del Ministerio Público al decantarse en contra de la custodia compartida, ya que al impedir al órgano jurisdiccional concederla, hace inútil siquiera valorarla. Quien en última instancia resuelve la controversia es por ello el Ministerio Fiscal”.

En relación con la vulneración de la tutela judicial efectiva del 24 CE se destaca:

“ la exigencia e el precepto cuestionado de contar con informe favorable a la custodia compartida del Ministerio Fiscal para poder acordar este régimen supone indefectiblemente que un informe contrario a la custodia compartida... impide al Juez o tribunal entrar en el fondo del asunto ”

“... como quiera que el Ministerio Público tiene materialmente la capacidad decisoria en este punto de forma vinculante para el Juez o Tribunal, al menos cuando no informa en sentido favorable... actuando como Juez, la exigencia del artículo 92.8 del Código Civil deja sin contenido el derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley que contempla el artículo 24.2 pues tal garantía es inexistente respecto del miembro del Ministerio Fiscal que acude al acto del juicio en la primera instancia”

Respecto de la vulneración del derecho de igualdad (14 CE):

“La Sala estima que la atribución al Ministerio Público en el apartado 8º del artículo 92 de una facultad de veto para impedir que sea concedida por el órgano

jurisdiccional la guarda y custodia compartida de un menor si únicamente lo solicita uno de los progenitores, facultad que no le asiste en los casos que contempla el apartado 6º del mismo precepto (ambos redactados de acuerdo a la Ley 15/2005) en que ambos padres se muestran de acuerdo en interesar la custodia compartida del hijo menor común, atenta contra el derecho a la igualdad, sin que el acuerdo o desacuerdo de los padres pueda justificar la facultad materialmente decisoria del Ministerio Público en un caso y no en el otro ”

“La diferencia de trato legal es evidente. El informe preceptivo previo no es vinculante para el Juez si ambas partes solicitan el ejercicio compartido de la guarda y custodia en la propuesta de convenio regulador o cuando los litigantes lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento. Sin embargo si la solicitud proviene de una sola de las partes, para que el Juez pueda acordar la custodia compartida, es requisito previo que el informe del Ministerio Fiscal sea favorable a la misma. En este caso de falta de acuerdo entre las partes el informe no favorable del Ministerio Público es vinculante para el Juez”

“Resulta además injustificado el trato discriminatorio si observamos que el desacuerdo u oposición formal de uno de los padres litigantes puede hacerse valer como medida de presión para obtener dentro del proceso de crisis matrimonial ventajas de otra índole, como por ejemplo las de carácter puramente económico de compensación de uno al otro, y que en nada tengan que ver con la existencia de hijos menores comunes ni con las obligaciones derivadas de la paternidad/maternidad para con estos hijos. (o ofrece duda que ese desacuerdo puede provenir de una motivación distinta del interés del menor”

No se tiene en cuenta el interés del menor vulnerándose lo dispuesto en el 3.1 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de la Infancia que obliga a tener en cuenta el interés superior del niño. Se supedita el interés del menor a otras consideraciones

Y por último el 39 CE:

“Parece que el concepto de custodia queda también enturbiado al sobreentenderse determinados efectos de su atribución sobre la obligación constitucional de ambos progenitores de prestar asistencia (artículo 39.3 CE) en su aspecto de contribuir económicamente en los gastos del sostenimiento del hijo menor común. (os referimos a la asignación en principio -de forma casi automática- al progenitor custodio de la gerencia y administración en favor del hijo que queda en su compañía de la pensión acordada a su favor a cargo del otro progenitor no custodio, y que nuevamente apunta a que el trasfondo de conflicto entre los progenitores sea diferente al hecho de compartir la custodia y provenga de pretender por uno de ellos la facultad de administración de las cantidades que aporta el otro para el hijo, en lugar de conservar cada progenitor la opción de asunción directa de aquellas cargas, obligaciones y gastos de sostenimiento del menor hijo en el tiempo compartido, buscando soluciones distintas, no de imposición sino de cooperación, para aquellos gastos extraordinarios, o bien ordinarios de mayor importancia como los escolares. Este pudiera ser el trasfondo de esta litis”

El Tribunal Constitucional se pronuncia en la Sentencia de 17 de octubre de 2012 (RTC 2012, 185) en la que declara la inconstitucionalidad del inciso “favorable” del 92.8, en virtud de éste razonamiento:

“Siguiendo el orden de alegaciones realizadas, la primera, formulada en el Auto de planteamiento de la presente cuestión, se refiere a la posible infracción del art. 117.3 CE (RCL 1978, 2836) en relación con el art. 39 CE. Recordemos que el

primero de ellos dispone que «el ejercicio de la potestad jurisdiccional, en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales, determinados por las Leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan». El segundo, por su parte, es el primer principio rector de la política social y económica que debe presidir la actuación de todos los poderes públicos, a cuyo tenor

«1. Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia.

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

3. Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda.

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

Dos reglas se desprenden de los preceptos citados en cuanto al ejercicio de la potestad jurisdiccional por parte de los Juzgados y Tribunales. La primera es la plenitud de su ejercicio, conforme a las normas de competencia y procedimiento. La segunda, la exclusividad, que se traduce en que sólo los Jueces y Tribunales son titulares de la potestad jurisdiccional, por lo que ninguna otra autoridad pública que no forme parte del Poder Judicial está investida constitucionalmente de dicha potestad, sin perjuicio de la jurisdicción del Tribunal de Cuentas y la propia jurisdicción constitucional en los ámbitos que le son propios. Si bien esto es indudable, cabe hacer una consideración más. La función de los Jueces y Magistrados es la de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, aplicando las normas de procedimiento que las Leyes establezcan. Y en la cuestión constitucional sometida a este Tribunal, la norma de procedimiento es la que establece que, para que excepcionalmente el Juez pueda acordar la guarda y custodia compartida cuando la solicite sólo uno de los progenitores, debe concurrir un informe favorable del Ministerio Fiscal. Si tal garantía —establecida como requisito sine qua non— no se da, el órgano jurisdiccional no puede libremente adoptarla.

Establecido lo anterior, habrá que recordar que tan reiterada es la doctrina de este Tribunal en virtud de la cual el ejercicio de la potestad de juzgar se ha de ejercer con absoluta independencia...”

“En conclusión, ha de afirmarse que la previsión normativa que exige el informe favorable del Ministerio Fiscal ex art. 92.8 CC debe ser declarada contraria a lo dispuesto en el art. 117.3 CE, pues corresponde exclusivamente al Juez o Tribunal verificar si concurren los requisitos legales para aplicar el régimen excepcional y, en el caso de que así sea, valorar si, en el marco de la controversia existente entre los progenitores, debe o no adoptarse tal medida”

“A la misma conclusión se llega examinando la alegación recogida en el Auto de planteamiento relativa a la supuesta colisión de la disposición impugnada con el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE (RCL 1978, 2836) , por condicionarse —a juicio de la Sala— el derecho de la parte a obtener un pronunciamiento sobre el fondo al requisito de que el Fiscal informe favorablemente sobre su pretensión.”

No sigue el TC analizando, ya que considera motivación bastante para la declaración de la inconstitucionalidad.

En conclusión, tras la lectura del fragmento de la sentencia, el inciso “favorable” es declarado inconstitucional por varios motivos:

1- Conforme al artículo 117.3 de la CE la potestad de juzgar y ejecutar lo juzgado corresponde a los jueces y tribunales. De manera que no corresponde al Ministerio Fiscal decidir sobre el fondo del asunto, y lo haría dando un informe negativo, porque se acabaría aquí con la facultad del tribunal para resolver.

2- Se deniega la tutela judicial efectiva del artículo 24 de la CE, ya que no resuelve el órgano jurisdiccional sobre la procedencia o no de la misma, sino el Ministerio Fiscal.

VI. ESPECIAL REFERENCIA A LOS CRITERIOS JUDICIALES SOBRE LA GUARDA Y CUSTODIA DE LOS HIJOS.

Existen una serie de factores de índole persona, ambiental o convicciones ideológicas o políticas que son tenidos en cuenta a la hora de la atribución de la guarda y custodia de los hijos. Entre estos encontramos:

- El cambio de domicilio a otra ciudad o país: el traslado del hijo a un lugar distinto que del que hasta entonces era su residencia constituye un elemento negativo frente a la determinación de la atribución de la guarda y custodia, ya que puede causar alteraciones en su entorno⁹.
- Algunas prácticas religiosas, o la participación en sectas, también se aprecia negativamente ya que la introducción temprana de los hijos en estas puede producir alternaciones dañinas en su formación¹⁰.
- Padecimiento de un progenitor de alguna enfermedad física o psíquica grave que impida un desenvolvimiento normal y adecuado de las funciones de cuidado personas de los hijos, en este supuesto se entiende ventajosa la custodia a favor del otro progenitor que no la padezca¹¹.
- Finalmente, si se ha producido una separación de hecho prolongada en el tiempo, la convivencia anterior de los hijos con uno solo de los cónyuges debe ser mantenida para salvaguardar la continuidad del entorno de los hijos¹².

VII. VENTAJAS E INCOVENIENTES DE LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA

Existe gran divergencia de opiniones respecto si esté régimen es más o menos beneficioso que el monoparental.

⁹ SAP de Castellón de 20 de abril de 2000.

¹⁰ SAP Almería de 13 de junio 1999.

¹¹ SAP Murcia de 22 de noviembre de 2005.

¹² SAP de Barcelona de 2 junio de 1998.

En este sentido encontramos la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona Sección 18ª de 20 febrero¹³, que recoge los inconvenientes y las ventajas de la custodia compartida:

“... las ventajas e inconvenientes de la institución conocida como custodia compartida.

... empezando por estos últimos, es de destacar como tales, la posible inestabilidad de los menores producida por los continuos cambios de domicilio; los problemas de integración o adaptación a los nuevos núcleos familiares que se vayan creando; y las dificultades para unificar criterios en las cuestiones más cotidianas de la vida de los menores.

En cuanto a sus ventajas o beneficios, realmente, son mayores y superiores a aquéllos, ya que con la custodia compartida:

a) se garantiza a los hijos la posibilidad de disfrutar de la presencia de ambos progenitores, pese a la ruptura de las relaciones de pareja, siendo tal presencia similar de ambas figuras parentales y constituye el modelo de convivencia que más se acerca a la forma de vivir de los hijos durante la convivencia de pareja de sus padres, por lo que la ruptura resulta menos traumática;

b) se evitan determinados sentimientos negativos en los menores, entre los cuales cabe relacionar los siguientes: miedo al abandono; sentimiento de lealtad; sentimiento de culpa; sentimiento de negación; sentimiento de suplantación; etc.,

c) se fomenta una actitud más abierta de los hijos hacia la separación de los padres que permite una mayor aceptación del nuevo contexto y se evitan situaciones de manipulación consciente o inconsciente por parte de los padres frente a los hijos;

d) se garantiza a los padres la posibilidad de seguir ejerciendo sus derechos y obligaciones inherentes a la potestad o responsabilidad parental y de participar en igualdad de condiciones en el desarrollo y crecimiento de sus hijos, evitando, así, el sentimiento de pérdida que tiene el progenitor cuando se atribuye la custodia al otro progenitor y la desmotivación que se deriva cuando debe abonarse la pensión de alimentos, consiguiendo, además, con ello, una mayor concienciación de ambos en la necesidad de contribuir a los gastos de los hijos;

e) no se cuestiona la idoneidad de ninguno de los progenitores; g) hay una equiparación entre ambos progenitores en cuanto a tiempo libre para su vida personal y profesional, con lo que se evitan de esta manera dinámicas de dependencia en la relación con los hijos, pues en ocasiones el dolor y vacío que produce una separación se tiende a suplir con la compañía del hijo o hija que se convierte así en la única razón de vivir de un progenitor;

f) los padres han de cooperar necesariamente, por lo que el sistema de guarda compartida favorece la adopción de acuerdos, lo que se convierte asimismo en un modelo educativo de conducta para el menor”

En semejantes términos se pronuncia la Audiencia Provincial de Ciudad Real en su sentencia de 3 de mayo *“hoy se tiende a la custodia compartida como mejor forma de implicación de los padres para el desarrollo de sus hijos, sin que éstos se vean perjudicados por tal régimen”*.

En contraposición encontramos a juristas como CARRASCO PERERA¹⁴ que nos dice:

¹³ SAP de Barcelona de 20 de febrero núm. 102/2007.

¹⁴ Lluven custodias compartidas Ángel Carrasco Perera. Catedrático de Derecho civil Publicación: Actualidad Jurídica Aranzadi num. 823/2011 parte Tribuna. Editorial Aranzadi, SA, Pamplona. 2011.

“La defensa jurisprudencial del modelo se sostiene conjuntamente en una falacia y en una ilusión. La falacia es la prohibición que explícitamente se hace del uso del argumento negativo que enfatiza el daño que a los hijos se les produce al obligarles a cambiar continuamente de domicilio; y se proscribese ese argumento a partir de la falacia formalista de que no es admisible disparar contra una institución un argumento perverso que se aprovecha de un rasgo que es típicamente necesario en el concepto de esta institución. Como es de esencia de la custodia compartida que los hijos peregrinen por casas diversas, precisamente por eso no se puede utilizar el argumento como arma arrojadiza contra la custodia compartida como modelo de custodia posruptura, si, como todo el mundo postula (también el Tribunal Supremo), la custodia compartida es la tendencia. La ilusión es más grave que la falacia, y reposa en el ensueño de la inexistencia de entropía en las relaciones humanas. Se nos dice por el Tribunal Supremo que resulta óptimo que los niños reproduzcan posruptura una situación de convivencia parental equivalente a la que disfrutaban prerruptura, conservando una coexistencia estable, siquiera alterna, con ambos progenitores. Como si el tiempo fuese reversible, como si éste no corriera en una flecha unidireccional que cada vez hace más intensa la realidad de la separación: incrementalismo del odio y de la incomunicación recíproca de los padres, vidas y proyectos progresivamente más separados, que en no pocos casos conducen a la aparición de un tercero en sus vidas, que poco o nada propicio es a este ménage de confusión con niños ajenos”.

El inconveniente más plausible se conforma así en la posible inestabilidad de los menores producida por los continuos cambios de domicilio y los problemas de integración o adaptación a los nuevos núcleos familiares que se vayan creando.

En este sentido la seguridad del menor se vería afectada al no contar con un punto de referencia estable, al generarse una convivencia itinerante y al hacerse imposible la uniformidad de criterios educacionales. Para que dicha seguridad no aparezca mermada sería necesaria que en ambos núcleos familiares las costumbres familiares sean análogas o como mínimo parecidas.

El menor se ve obligado a cambiar periódicamente de domicilio, de costumbres y rutinas, esto provoca que el niño no tenga un arraigo profundo, y este siempre en continuo cambio. Las normas, la permisibilidad de conductas e incluso los horarios varían según se encuentre con un progenitor u otro.

No solo esta movilidad significa un inconveniente, sino que encontramos aquí lo que llamamos *niño lanzadera*. Cuando se produce la disolución del matrimonio suele ser por la incompatibilidad de los cónyuges. Entre ellos, en la mayoría de los supuestos suele haber una mala relación, y usan a los hijos como arma arrojadiza entre ellos. Suele ser el centro de críticas respecto del otro cónyuge. Provocando en los hijos una inestabilidad emocional, y debido a las críticas de uno y otro progenitor el hijo se siente obligado a decidir “quién es el malo”. En este sentido cuando el hijo está sometido a una presión acaba despertando en él sentimientos de repulso por uno de los progenitores, e incluso, en otros casos, por los dos. Esta consecuencia es realmente negativa para los hijos ya que llegan a una desconexión de los padres o de uno de ellos, y esto afecta a otros ámbitos de la vida personal del hijo, como es su rendimiento académico, la relación con sus amistades, con el resto de la familia...

Otro inconveniente es cuando al núcleo familiar se incluye una nueva persona, como es la nueva pareja de uno de los progenitores, en tal caso se produce aquí una presión extra, en algunos casos el hijo puede sentirse desplazado por esa persona, en otros supuestos, si es de edad temprana puede confundir el papel de la nueva pareja en la familia, pudiendo confundir términos como mamá y papá.

Si además incluimos la posible actitud negativa del otro progenitor respecto de la pareja de su ex pareja, es posible que aparezca sentimiento de rechazo por parte del hijo a esa nueva pareja.

VIII. LA CUSTODIA COMPARTIDA E LA PRÁCTICA JUDICIAL ACTUAL.

En la actualidad legislativa, debemos mencionar que el actual Ministro de Justicia ALBERTO RUIZ-GALLARDÓN ha hablado de la futura modificación del artículo 92 del Código Civil para quitar el carácter excepcional de la custodia compartida. Pretendiendo establecer un equiparación entre regímenes.

La legislación foral aragonesa, en el 2010 modificó la regulación de custodia compartida estableciendo una preferencia por el dicho régimen, con el inciso de “*en interés de los hijos menores, salvo que la custodia individual sea más conveniente*”. Después sería Cataluña la que optaría por esta opción, en ese mismo año. Según el Instituto Nacional de Estadística los datos del año 2011 para la comunidad autónoma de Andalucía son¹⁵:

	TOTAL	Padre	Madre	Ambos	Otros	No procede
ANDALUCÍA	1.400	35	697	70	0	598
Almería	85	0	35	2	0	48
Cádiz	247	4	119	13	0	111
Córdoba	181	7	93	0	0	81
Granada	167	11	97	2	0	57
Huelva	59	2	27	3	0	27
Jaén	113	2	53	4	0	54
Málaga	243	6	118	26	0	93
Sevilla	305	3	155	20	0	127

Respecto a la aplicación actual de la custodia compartida, son pocas las resoluciones judiciales que acaban con esta medida, se baraja que sólo un 10% de las rupturas matrimoniales acaban con el régimen de guarda y custodia compartida.

Tras una nulidad:

	TOTAL	Padre	Madre	Ambos	Otros	No procede
ANDALUCÍA	31	0	2	0	0	29

Tras un divorcio:

¹⁵ <http://www.ine.es/jaxi/menu.do?type=pcaxis&path=/t18/p420/p01/a2011/&file=pcaxis>

	TOTAL	Padre	Madre	Ambos	Otros	No procede
ANDALUCÍA	18.210	465	9.131	761	50	7.803
Almería	1.427	158	633	46	7	583
Cádiz	2.816	24	1.448	138	8	1.198
Córdoba	1.605	37	832	42	2	692
Granada	2.058	25	1.025	61	5	942
Huelva	972	25	524	54	0	369
Jaén	1.220	37	696	26	11	450
Málaga	3.813	67	1.794	205	9	1.738
Sevilla	4.299	92	2.179	189	8	1.831

7. GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA EN EL DERECHO COMPARADO

Solo haremos una breve referencia a dos ordenamientos jurídicos, como es el ordenamiento jurídico inglés y el ordenamiento jurídico de Estados Unidos.

En Inglaterra se prevé, a diferencia de España, que cada padre posee la totalidad de la responsabilidad parental, y no se distingue entre titularidad y ejercicio, el progenitor aunque no conviva con el hijo, debe continuar cumpliendo sus deberes y desarrollando sus derechos. Son los padres quienes tienen que acordar la nueva vida familiar, y este acuerdo se adaptará conforme a las circunstancias que acontezcan. Y solo en caso de total incapacidad para llegar al acuerdo entre los progenitores supondrá la intervención judicial.

La ley de referencia es la Children Act, que no contiene mención alguna a la custodia compartida. En esta se hace plausible una contradicción entre sus secciones 11 y 8, ya que la undécima recoge la posibilidad de dictar orden de residencia a favor de ambos progenitores, pero en la octava al definir la orden de residencia dice que es concedida solo a una persona.

Esta contradicción es usada por los tribunales franceses para otorgar la custodia a uno solo de los progenitores. Y solo en contadas ocasiones, y cuando la relación entre los progenitores y la cooperación es adecuada proceden a acordar la custodia compartida.

El American Law Institute en los Principles of the Law of Family Dissolution para establecer la guarda y custodia compartida propone el approximation standard, que consiste en atribuir la guarda a cada uno de los progenitores en la medida de su dedicación histórica a las tareas de cuidado de los hijos antes de la ruptura.

La legislación americana establece una distinción entre la custodia legal y la custodia física, pero a la hora de otorgarla los jueces no distinguen entre ambas. Como en nuestro ordenamiento jurídico lo primordial es el interés superior del menor¹⁶.

¹⁶ El criterio de la continuidad frente a la guarda conjunta Margarita Garriga Gorina.

X. CONCLUSIONES

1. En primer lugar destacar la posible contaminación del favor filii con la intencionalidad del juzgador, del Ministerio Fiscal, y de las partes.

Muchas veces no se objetiviza el interés del menor, sino que en el se incluye apreciaciones subjetivas, en este sentido el juzgador lo interpreta conforme a sus propias convicciones, y no atendiendo a la verdadera esencia. En este mismo sentido pueden actuar el resto de los intervinientes del proceso.

Es muy difícil acotar el término interés del menor, y prácticamente imposible dar con él de forma objetiva.

2. Otra nota objeto de crítica, es la función del Ministerio Fiscal, en este sentido el Ministerio Fiscal debe realizar funciones de vigilancia y control tanto del menor, para la determinación de su interés así como e los progenitores para determinar su idoneidad, concluyendo con la realización de su informe. La ley recoge que estas son sus funciones, pero en la práctica es imposible que un funcionario pueda, aparte de sus tareas cotidianas, dedicar su tiempo a desplazarse hasta la vivienda del menor, de sus cónyuges, a entrevistarse con las personas cercanas a su ámbito doméstico... etc

Sería necesario ampliar la plantilla funcional para que la realidad se ajuste a la legislación, porque la actividad queda realmente mermada por la falta de tiempo y medios económicos. De ahí derivan consecuencias graves para el menor, porque no se han establecidos las medidas más idóneas para el desarrollo de su persona y estabilidad emocional.

3. Pese a que muchos apoyan la custodia compartida como la mejor opción, hay que tener en cuenta que en la práctica no es todo tan lineal y sencillo: cierto es que no se pierde el contacto con los padres, no rompe sus vínculos con ellos al repartir su tiempo, pero se somete al menor a un continuo cambio, a unas continuas presiones. Además el menor puede terminar como un arma arrojada entre los progenitores.

Pudiendo también convertirse el menor en un objeto de perjuicios graves por parte de los padres. Pudiendo sentirse obligado a focalizar a uno de los progenitores como el bueno y a otro como al malo.

Las consecuencias de la inestabilidad a la que se ve sometido el menor afectan a todos sus ámbitos, siempre reflejo en muchas ocasiones de fracaso escolar.

4. Si hacemos caso de las estadísticas vemos que aún queda mucho para una aplicación masiva de la custodia compartida. Quizás porque aún precede la idea tradicional de que la madre es la más idónea para el cuidado de los hijos. Idea que rechazo de plano.

Habrà que abrir el frente a los nuevos casos que se puedan producir entre matrimonios del mismo género con hijos comunes, y como se determina la custodia, si como monoparental o compartida, y si es el caso de monoparental a cual de los dos.

En este supuesto será de especial trascendencia la relación con el menor anterior a la crisis matrimonial con el menor, como en los casos de matrimonio heterosexuales.

5. Otra conclusión debe centrarse en la posibilidad del uso malicioso, por parte de uno de los cónyuges, de la violencia doméstica para evitar la custodia compartida. Entraña la dificultad, de enorme complejidad, de demostrar la no violencia doméstica, pudiendo llevarse a cabo juicios paralelos, uno usado para establecer la violencia domestica, y otro el

que pretende la disolución marital y la obtención de la custodia en exclusiva. Se usaría así la violencia doméstica como ardid para conseguir la custodia en exclusiva.

6. Para terminar, establecer, en mi opinión el acierto de la declaración de inconstitucional del inciso “favorable” del artículo 92 y en apartado octavo. Ya que suponía otorgar potestad de juzgar al Ministerio Fiscal, ya que resolvía de forma indirecta el fondo del asunto.

7. Como última conclusión incluyo mi valoración al respecto de la necesidad de una regulación menos jurisprudencial de la materia, ya que damos margen al órgano judicial a una interpretación, o al uso de criterios determinantes que puede ser usados conforme a la propia convicción del juzgador. Pudiendo acabar la decisión judicial, pese a estar siempre motivada, orientada a la mentalidad del juzgador, más que a la neutralidad del supuesto.

XI. BIBLIOGRAFÍA

TAPIA PARRARIO J. J (dir.) Custodia compartida y protección de menores

MORÁN GONZÁLEZ M. I Custodia compartida y protección de menores. Ministerio Fiscal y los sistemas de guardia y custodia: especial referencia a la custodia compartida y los criterios de atribución en beneficio del menor.

BERMÚDEZ BALLESTEROS M. Del Sagrario Criterios para la atribución y modificación de la guarda y custodia de los hijos en la práctica judicial Aranzadi Civil-Mercantil num. 2/2001. BIB 2001\324

ASENSIO SÁNCHEZ M. Ángel La patria potestad y la libertad de conciencia del menor.

RAVETLLAT BALLESTÉ I. El interés superior del niño: concepto y delimitación del término. Universidad de Barcelona Educatio Siglo XXI, Vol. 30 nº 2 · 2012, pp. 89-108

SANTOS URBANEJA Interés del menor y custodia compartida Actas II Jornadas Científicas de ASEMIP “La convivencia con los hijos tras la crisis de la pareja” Córdoba, 19 y 20 de Noviembre de 2010

LATHROP GÓMEZ F. Custodia Compartida de los hijos. LA LEY

CARRASCO PERERA A. Lluven custodias compartidas Publicación: Actualidad Jurídica Aranzadi num. 823/2011 parte Tribuna. Editorial Aranzadi, SA, Pamplona. 2011

GARCÍA PASTOR M. La situación jurídica de los hijos cuyos padres no conviven: aspectos personales.

HERNANDO RAMOS S. Diario La Ley 7206, SECCIÓN TRIBUNA, 29 de Junio de 2009 año XXX.

GARRIGA GORINA M. El criterio de la continuidad frente a la guarda conjunta