

La guarda compartida y las nuevas relaciones de familia

POR ISAAC TENA PIAZUELO.
Profesor Titular de Derecho Civil.
Facultad de Derecho,
Universidad de Zaragoza.

1

El presente trabajo guarda relación con otro mío, anterior, publicado en esta misma Revista: “La guarda compartida en Derecho francés”, *Aequilitas*, nº 7, mayo-agosto 2001, pp. 6 a 13. Resulta natural que algunas opiniones y cierta doctrina científica vertidas allá sean referidas también ahora.

2

Incluso resulta curioso que, en ocasiones sea más importante el debate político y social que la trascendencia real de las novedades jurídicas introducidas por las leyes. Un ejemplo, provisional, puede referirse a propósito de lo que sucede con el recién instaurado matrimonio homosexual: des-



de el anuncio de la medida, y en su tramitación parlamentaria, ha hecho correr ríos de tinta, ha desencadenado movimientos sociales encontrados y, al final, agrias acusaciones entre algunos representantes políticos y los especialistas de reparto. Y, pese a todo, la realidad (barómetro del CIS de junio de 2004 sobre la aceptación de las parejas de hecho y la homosexualidad) es que mientras un 74,8% de españoles se pronuncia a favor de que se reconozca a las parejas de hecho los mismos derechos y obligaciones que tienen los matrimonios, cuando se trata de formular en concreto tales derechos un 50,3% frente al 37,8% no les reconocería pensión de viudedad; un 44,9%, frente al 42,8% no les reconocería derecho a heredar; un 70,9% frente a un 16% no reconocería derecho de adopción. Dejando de lado que, como fenómeno, el número de parejas homosexuales no resulta demasiado significativo (según los datos barajados en aquel “barómetro”, puede tratarse del 0,11% del total de parejas matrimoniales y no matrimoniales) lo cierto es que los matrimonios que hasta ahora han llegado a celebrarse al amparo de la Ley 13/2005, de 1 de julio, tampoco dan a entender otra cosa (según parece, unas 4.500 parejas del mismo sexo han contraído matrimonio en el primer año de vigencia de la ley).

3

Téngase en cuenta, con carácter general para el estudio de las últimas novedades legislativas, a LINACERO DE LA FUENTE, M^a A., “Leyes de familia y Constitución: ley 13/2005, de 1 de julio y ley 15/2005, de 8 de julio”, *RD* 3/2006, pp. 33-82.

4

Desde una perspectiva más amplia, también me ocupo de esta cuestión en mi trabajo “La noción jurídica de crisis conyugal”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 3/2005, pp. 487-508.

5

Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio. Correlativamente, no había divorcio desde que desapareció en 1939, al derogarse la Ley republicana de Divorcio de 1932. Y el sistema legal de gestión de las crisis conyugales pasaba por el reconocimiento de la separación legal, ya que no se atribuían especiales efectos a la separación puramente fáctica.

6

En el contexto europeo y en el período que va de 1980 a 2004, se ha observado un incremento del 50% en las rupturas matrimoniales. Estadísticamente se produce el fracaso o ruptura de la mitad de los matrimonios contraídos en Europa. De tal modo que en los últimos quince años se han roto en Europa más de diez millones de matrimonios, lo que a su vez permite estimar que son más de dieciséis millones los niños *involucrados en el fenómeno*. En el grupo de los quince comunitarios, Portugal (con un incremento del 89%) es el país en que más destaca el fenómeno de la ruptura matrimonial en los últimos diez años, seguido de Italia (62%) y España (59%). Pese a todo, en nuestro país los matrimonios tienen un mayor promedio de duración, que puede cifrarse en 13,8 años (en el extremo contrario, el matrimonio de los chipriotas apenas dura siete años por término medio). *Cfr.* Instituto de Política Familiar, “Informe: evolución de la familia en Europa (2006)”, presentado en el Parlamento Europeo el 9 de mayo.

I. INTRODUCCIÓN¹

El Derecho de familia está resultando una de las ramas más dinámicas del Ordenamiento jurídico español. Sin duda las últimas reformas producidas, de las que ampliamente se han hecho eco los medios de comunicación, resultan llamativas tanto dentro, como fuera de nuestras fronteras. Ocupan y preocupan a los juristas, pero también reclaman el interés de la mayoría de los ciudadanos pues, más allá de su alcance técnico-jurídico, han calado profundamente en la opinión pública².

En algunos casos, esas reformas últimas han situado nuestro Derecho en el reducido grupo de países que admiten como modalidad de matrimonio el que contraen dos personas del mismo sexo, o de los que regulan un régimen de divorcio que no por casualidad ha sido denominado “divorcio express”, o de los países en que se ha introducido una modalidad de guarda sobre los hijos de la pareja separada o divorciada que tiene carácter *compartido*.

En nuestro país se ha secundado la iniciativa el Gobierno francés, que con la *Ley sobre la autoridad parental*, que entró en vigor el día 5 de marzo de 2002, fue el primer país europeo en optar legalmente por fórmulas de coparentalidad. Son muchas las esperanzas que se han depositado en la guarda conjunta. Pues se atribuye al modelo la virtud de hacer más llevadera para los hijos la ruptura de los padres. Incluso se dice que puede aliviar los términos de la disputa entre los padres, reduciendo también —finalmente— el número de divorcios. En cuanto a la guarda compartida, que es la novedad de que pretendo ocuparme directamente, debe tenerse en cuenta que este fenómeno tiene un presupuesto: que, habiendo hijos, se produzca la ruptura o crisis entre los progenitores. Es decir el marco general en que debe estudiarse la guarda compartida son las crisis de pareja, matrimonial o no. Creo que por eso, en cuanto constituye un presupuesto, resulta útil que dedique unas líneas a contextualizar las situa-

ciones de crisis familiar en este momento.

II. CONTEXTO ACTUAL DE LAS CRISIS FAMILIARES

Cuando en el verano de 2005 se aprobó por el pleno del Congreso la reforma de la separación y del divorcio en España, sin perjuicio del mayor o menor acierto de técnica y política legislativas, podría pensarse que tal vez fuera hora: transcurrido casi un cuarto de siglo desde su reforma en el Código civil, el procedimiento jurídico de gestión de las crisis conyugales era objeto de una puesta al día³. Pues mucho ha cambiado la sociedad española desde aquella Ley del divorcio de 1981. El tiempo dirá si se ha sabido responder adecuadamente a las exigencias del cambio, en una materia en la que es delicado experimentar, pues los errores tienen consecuencias que no resulta fácil resolver.

De cualquier modo, aunque no pueda hacer un análisis exhaustivo de las novedades acontecidas en las últimas décadas, en los conceptos de pareja, matrimonio, familia, y crisis familiar, vale la pena destacar algunos aspectos especialmente llamativos⁴.

Sin duda la circunstancia más importante de las que han afectado a las crisis jurídicas del matrimonio es la realidad del divorcio, que fue reintroducido en nuestro país en 1981⁵. Un fenómeno relacionado con el divorcio, y que ha adquirido en los últimos años una importancia creciente, es la extensión, y la socialización del fenómeno de las crisis matrimoniales. Según el Informe del Instituto de Política Familiar (publicado el mes de junio de 2005) en España, el índice de rupturas matrimoniales ha batido en 2004 su récord desde 1981: cada 3,9 minutos se produce la quiebra (tanto por separación, como por divorcio) de una pareja matrimonial. Tomando como referencia los ocho últimos años, de 1996 a 2004, se ha producido un incremento de más de un 60% en el número de rupturas familiares⁶. Actualmente, en términos



estadísticos, casi la mitad de los matrimonios españoles se divorcian. Al mismo tiempo que se desenfrena el fracaso familiar se ha incrementado la preocupación institucional hacia las consecuencias de las crisis matrimoniales y familiares⁷. Entre otras medidas dicha atención está llevando a que en nuestro país también se esté legislando la denominada *mediación familiar*; seis de las diecisiete CCAA ya cuentan con una Ley propia en la materia⁸, en espera de que el Gobierno elabore la anunciada (en la propia Ley 15/2005, de 8 de julio, *por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio*⁹) Ley general sobre mediación familiar.

Además de la propia inestabilidad del modelo matrimonial, hay que tener en cuenta la consideración que reciben las nuevas formas de convivencia en pareja, no matrimonial, las uniones de hecho. Obviamente el fenómeno no resulta novedoso. Sí lo es, en cambio, la admisión de su licitud y la regulación de derecho por las leyes. Aunque no deja de resultar un tanto sorprendente, lo cierto es que, en ausencia de una ley general que regule en todo el Estado las parejas de hecho, en este momento once CCAA tienen su propia Ley sobre parejas estables no casadas¹⁰. Aunque el fenómeno de las uniones de hecho no agote la estadística, el Anuario Estadístico de España (2006) publica que en 2004 el porcentaje de los nacimientos de madre no casada se eleva al 25,08%¹¹.

Desde luego en la evolución de las relaciones familiares no puede pasarse por alto algo que tiene una trascendencia especial para la comprensión de la guarda compartida: la nueva consideración igualitaria que reciben los miembros del grupo familiar. No solamente se ha consagrado a partir de la Constitución la igualdad jurídica del hombre y de la mujer¹² solteros, y de la esposa y el marido, sino que además se ha incorporado efectivamente a nuestro Ordenamiento jurídico el principio del interés superior del niño¹³.

Igualmente ha resultado de suma trascendencia la asunción de nuevos *roles*, por la mujer, por el hombre, en definitiva por la pareja, que superan algunos estereotipos tradicionales que se les han venido encomendando socialmente. Los encargados en detectar nuevas *tendencias* en el modo de vida de los individuos y de las familias (los *scooters*, o buscadores de tendencias), ven cómo unas suceden a otras a un ritmo tan dinámico como el de las modas. Si hace apenas unos años la vida *cocooning* (lo que en francés se denomina un *comportement casanier*) parecía sugerente, poco después el hombre *metrosexual* (opuesto a otro estereotipo, el de los “*quirkyalones*”, pues mientras aquéllos son personas que hacen gala de ser sensibles y preocupadas por su físico, los otros ofrecen un gusto curioso por la soledad) se atrevía a salir de casa, por fin ha vuelto el *hombre-hombre*, el *ubersexual*¹⁴ es el que arrasa.

Sin olvidar un colectivo que puede rondar en nuestro país las ochocientas mil personas, los “*dinkis*” (‘*Double Income No Kids*’ –salario doble sin hijos–): parejas sin hijos, de entre 25 y 35 años que disfrutan de un alto nivel adquisitivo al percibir sendos sueldos; muchas parejas tienen lo que resulta ser una “*etapa dinki*”, hasta que reciben descendencia, pero en otras ocasiones se trata de una situación de carácter estable (aunque, por razones obvias este último caso, me interesa menos en relación a los problemas de la guarda).

Buena parte de estos modelos tienen significados representantes (incluso a su pesar) en la vida pública, en el campo del deporte, o en el de las artes. Incluso las modas sobre la pareja no cesan de experimentar vaivenes, en un momento en que se aprecia socialmente, de un modo mucho más positivo que en épocas pasadas, la condición de *single*, soltero o *impar*.

No solamente se han incorporado nuevos valores a los estereotipos femenino y masculino, sino que se reivindican de otra manera los derechos que los fundamentan. En ese

7

Es la propia Unión Europea la que explicita tal preocupación, en una Recomendación de 21 de enero de 1989 sobre mediación familiar. La importancia de la misma es fundamental en el desarrollo que, también en nuestro país, está teniendo esa modalidad de mediación; así puede constatar a partir de las exposiciones de motivos de las leyes de ámbito autonómico que se ocupan en este momento de la mediación familiar, ya que suelen tomar pie en aquella Recomendación.

8

Cataluña (Ley 1/2001, de 15 de marzo), Galicia (Ley 4/2001, de 31 de mayo), Valencia (Ley 7/2001, de 26 de noviembre), Canarias (Ley 15/2003, de 8 de abril), Castilla-La Mancha (Ley 4/2005, de 24 de mayo), y Castilla y León (Ley 1/2006, de 6 de abril). Otras CCAA llevan muy adelantados los trabajos prelegislativos, también la Comunidad de Aragón.

9

Disposición final 3ª: “El Gobierno remitirá a las Cortes un proyecto de ley sobre mediación basada en los principios establecidos en las disposiciones de la Unión Europea, y en todo caso en los de voluntariedad, imparcialidad, neutralidad y confidencialidad y en el respeto a los servicios de mediación creados por las Comunidades Autónomas”.

10

A ese conjunto de leyes especiales habría que añadir las previsiones de algunas compilaciones de Derecho civil. El 6 de Junio del 2006 se aprobó en el Parlamento de gallego la nueva Ley de Derecho Civil de Galicia que, en cuanto a las uniones extramatrimoniales y sin perjuicio de que se dicte una ley específica, se prevé que se les extiendan los derechos y deberes reconocidos a los cónyuges por aquella Ley; otra novedad de la Ley de Derecho civil de Galicia es que dispone que las referencias hechas al hombre o a la mujer, o a uno solo de los géneros, se deberán entender referidas a ambos sexos.

11

Lo que bien puede consignarse entre los fenómenos significativos de la familia española en la actualidad, teniendo en cuenta la evolución en este respecto: 13,12 % en 1997, y en los años sucesivos 14,51%, 16,30%, 17,74%, 19,73%, 21,78%, 23,41%. Sin duda los problemas de ejercicio de la guarda en este tipo de familias tienen su propia autonomía, sobre la regla general (por lo expuesto, cada vez menor) de que los hijos se engendran en pareja de fundación matrimonial (religiosa, mayoritariamente, o civil en una cuarta parte –Cfr. Informe Instituto de Política Familiar, junio, 2005).

12

El penúltimo tramo de esa progresión puede encontrarse, tal vez, en marzo de este año, cuando el Gobierno aprueba el anteproyecto de Ley de Igualdad. Su artículo primero justifica la Ley para “hacer efectivo el principio de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, en particular mediante la eliminación de la discriminación de la mujer en cualesquiera ámbitos de la vida...”.

13

Un buen compendio de las consecuencias de tal principio puede encontrarse en la LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.



14

Para SALZMAN, M. (quien, al parecer, acuñó el término “metrosexual”); MATATHIS, I. y O'REILLY, A., autoras del libro *The Future of Men* (El futuro de los hombres), el término alude a un modelo de hombre de otra época pasada, fuerte, decidido..., para el que ocuparse de la familia y el hogar ya no es visto como algo poco masculino; se trata, según dicen, de los “hombres alfa”.

15

Pues por desgracia los medios de comunicación proporcionan suficientes ejemplos de tales sucesos, cada vez menos aislados.

16

Un botón de muestra: el pasado mes de enero fue noticia el desbaratamiento de una *conspiración* (además de otras mascaradas) de un grupo de padres divorciados ingleses (pertenecientes a la asociación *Padres por la Justicia*, “*Fathers 4 Justice*”) que, al parecer, pretendía secuestrar (al menos durante una hora) al hijo menor del primer ministro británico, con el objeto de llamar aquéllos la atención sobre su situación, reivindicando el derecho a pasar más tiempo con sus hijos.

17

Cuestión sobre la que comienza a haber cierta literatura científica, *vgr.*: AGUILAR CUENCA, J.M., “El uso de los hijos en los procesos de separación: el síndrome de alienación parental”, *Revista de Derecho de Familia*, 29/2005, pp. 71-82; BLANCO BAREA, M^aJ., “¿Qué es el síndrome de alienación parental?”, *IURIS: actualidad y práctica del Derecho*, 90/2005, pp. 44-55; RÍOS GONZÁLEZ, M. de los, “Cambio de guarda y custodia. El síndrome de Alineación Parental. Aspectos prácticos”, *Revista de Derecho de Familia*, 27/2005, pp. 305-310.

18

Su “especialización histórica como gestora del hogar”, en palabras de CARRASCO PERERA, A. (*cf.*: “Tribuna sobre guarda compartida”, en www.separadasydivorciadas.org/custodiacompartida.pdf).

19

Además de las razones derivadas de la inercia histórica. Aunque los criterios de adscripción de cometidos y tareas, basados en una apropiación del género, cada día son más relativos. Tal vez, en consideración del estado de la ciencia, la última frontera que separa lo que es propio de la mujer y lo que permite la condición del hombre, como seres complementariamente sexuados, tiene que ver con la gestación y el alumbramiento de su prole.

20

España (con 1,32 hijos por mujer), junto con Grecia (1,29) e Italia (1,34) integran el grupo de países comunitarios con índice de natalidad crítico. En general en Europa dicho índice es de 1,5, frente al 2,1 que constituye el índice de reemplazo generacional. *Cfr.* Instituto de Política Familiar, “Informe: evolución de la familia en Europa (2006)”.

21

Cfr. Instituto de Política Familiar, Informe 2006, *cit.*

sentido, puede resultar un fenómeno¹⁴ alarmante la dejación (desamparo, abandono incluso de los recién alumbrados, malos tratos en la esfera familiar...) por los progenitores de funciones que les corresponden con respecto de los hijos; y también, en el extremo contrario, en otros casos (particularmente en situaciones de ruptura de relaciones entre los progenitores) parece defenderse con saña el derecho a tener la compañía de los hijos¹⁵. Incluso, en ocasiones, se ataca con la igual saña el mismo derecho que tiene el otro progenitor a relacionarse con sus hijos, tratando de excluirlo absolutamente: en tal sentido se identifica el llamado “síndrome de alienación parental”¹⁶.

Con respecto a los nuevos paradigmas de comportamiento social debe considerarse la trascendencia enorme que ha supuesto, en tantos ámbitos de la economía, y también de la familia, la definitiva incorporación de la mujer al mundo laboral. Este fenómeno, por sí solo, hubiera sido suficiente para trastocar la tradicional distribución de papeles, en que era fundamental que la mujer se dedicase en exclusiva al cuidado del hogar y a la atención de los miembros de la familia¹⁷. Aunque hoy en día no ha dejado de considerarse que también aquél es uno de los cometidos que, por razones de género¹⁸, ha de desempeñar la esposa, ahora ya no resulta una ocupación exclusiva, sino que la mujer *debe* compaginar su trabajo fuera del hogar con las tareas que los tópicos sociales le encomendaban.

Por otra parte ese trabajo profesional de la mujer no solamente le ha reportado posibilidades de emancipación real, de que antes carecía en buena medida, sino que le ocasiona iguales dificultades que al varón a la hora de dedicar a los hijos un tiempo que ya no se les puede dispensar de manera casi en exclusiva. Tal vez aquí, precisamente, radique la especial idoneidad de la guarda compartida: no solamente puede resultar adecuada al interés de los hijos. Sino que igual-

mente se acomoda a la aspiración del padre y de la madre de serlo con sus hijos, cuando la dedicación que éstos demandan no pueden proporcionarla de manera exclusiva ni el uno ni el otro, sino por unos tiempos concretos y limitados. Por supuesto, siempre en el puro plano de lo ideal.

No puede dejarse de lado la caracterización de las relaciones padres-hijos en la actualidad, en el seno del grupo familiar, en que se asumen valores claramente diferentes de los preponderantes hace a penas una década. Deben incluirse factores muy diversos a partir de un progresivo reconocimiento de la autonomía personal de los menores de edad, que en la práctica va siempre por delante de lo que en estricta técnica jurídica sería su capacidad de obrar.

Ello a su vez tiene su correlato en la atenuación, asimismo progresiva, del principio de autoridad paterna (entendida tradicionalmente como potestad de varón) y en la introducción de pautas de discusión y negociación en todos los niveles de las relaciones familiares.

Igualmente debe considerarse que las familias españolas han cambiado en lo que respecta a su dimensión nuclear: se trata de familias reducidas, en cuanto al número de sus miembros, pues el índice de natalidad (aunque en los últimos años ha experimentado un ligero repunte, gracias a la emigración fundamentalmente) sigue siendo considerado como “crítico”²⁰. La familia española es cada vez más internacional, debido a la importancia del fenómeno de la emigración, y al incremento de las adopciones internacionales, circunstancias que tampoco resultan ajenas al cambio en la manera de entender las relaciones familiares.

La familia española se concierta a partir de una edad más avanzada de los progenitores: en el contexto de la Unión Europea la mujer española es la que más tarde comienza a tener hijos, en términos estadísticos, a los 30,84 años²¹.



En el relato de novedades sustanciales, en la conformación de la familia y el matrimonio, no ha de olvidarse la supresión del requisito de la diferenciación sexual entre los contrayentes del matrimonio civil, y la posibilidad de que las personas con orientación homosexual puedan ser adoptantes en general. Lo primero es consecuencia de la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio; dicha Ley entró en vigor al día siguiente de su publicación en el BOE de fecha 2 de julio (*cf.* D. Final 2^a)²². Por otra parte, a principios del mes de junio comienza su andadura la que, de prosperar el proyecto aprobado en Consejo de Ministros, será la Ley de identidad sexual, con la que se pretende facilitar la concordancia registral del sexo querido o percibido por los transexuales, que podrá prevalecer sobre la dotación sexual de nacimiento, que es fundamentalmente la que se ha tenido en cuenta hasta ahora.

En el contexto así descrito, muy a grandes rasgos, es en que el mes de julio de 2005, se originó legalmente un nuevo sistema de gestión de las crisis conyugales. Caracterizado por los plazos brevísimos para poder solicitar y obtener el divorcio, y también por la supresión de la separación conyugal que era un trámite por lo general previo a la solicitud del divorcio. Es decir, desde los años ochenta el sistema legal de gestión de las rupturas conyugales estaba constituido por la separación y el divorcio. Y además la separación venía ocupando un carácter accesorio o instrumental del divorcio vincular, en la práctica, pues era aquella una situación provisional tendente a preparar otra definitiva cual el divorcio²³.

La otra novedad importante de las contenidas en la Ley 15/2005 ha sido la trastocación del sistema tradicional de distribución de las funciones parentales en las situaciones de ruptura de la convivencia entre los progenitores: la introducción de la guarda compartida. Con ello se ha culminado la evolución que en las úl-

timas décadas comenzó a acelerarse, tras las reformas –en los años ochenta– del Derecho de familia contenido en el Código civil, con la finalidad de acabar de cohesionarlo con los nuevos principios constitucionales.

III. RÉGIMEN PRECEDENTE A LA REFORMA. LA GUARDA EXCLUSIVA

La comprensión del sistema actual tiene como presupuesto que entendamos la terminología tan diversa que se ha venido empleando, qué significado tienen expresiones como *guarda, custodia, patria potestad*²⁴... La segunda cuestión que debemos aclarar luego es la referente al criterio de atribución de la guarda antes de la reforma del pasado mes de julio de 2005.

Las referencias del Código civil español al ejercicio de la guarda sobre los hijos pertenecen a órdenes distintos, o cuando menos tienen en él una sistemática distinta. De un lado están las disposiciones referentes a las relaciones paterno-filiales, de otro los efectos de la separación o el divorcio. En el primer grupo normativo de los apuntados deben tenerse en cuenta los artículos 156 (que, en las situaciones de normalidad familiar, contiene una importante regla de ejercicio conjunto de la patria potestad) y 159 CC. El último párrafo del art. 156²⁵ parece que se está refiriendo exclusivamente al supuesto de separación de hecho de los padres²⁶.

Las dificultades para entender qué es la guarda no acaban con las de orden sistemático, pues aquel término tiene una manifiesta plurivocidad (además, con frecuencia la expresión “guarda” aparece asociada a la de “custodia”). La doctrina española no ha dedicado demasiada atención al concepto de guarda, como distinto del de patria potestad. En realidad, como digo, tal diferencia tiene verdaderamente sentido cuando presupone que se ha roto la convivencia de los padres, y consiguientemente ya no es posible que ambos convivan con el hijo, sino que éste vive con uno u otro de los

22

Aunque ahora no me ocupe del fenómeno, la verdad es que el desarrollo de la adopción en nuestro país tiene características específicas. Entre otras razones, la falta de niños abandonados, y el descenso en los niveles de natalidad, han provocado (sin excluir, tal vez, la influencia de algunas modas) la gran importancia adquirida por la adopción internacional: España es, después de los EEUU, el país en que hay mayor demanda de niños extranjeros en condiciones de ser adoptados.

23

Pero ¿qué ha cambiado realmente para que ahora se plantee prescindir de la obligatoriedad de la separación, como paso previo al divorcio vincular? Creo que, pese al interés que directamente pueda reportar el divorcio, la separación resulta una situación esencialmente útil para encauzar una crisis matrimonial, sobre todo por su revisabilidad: constituye como una última oportunidad para que los esposos en crisis se planteen qué curso dar a su matrimonio: ya la desaparición del vínculo, mediante el divorcio, ya precisamente la recuperación del contenido originario de aquel vínculo, mediante el instituto jurídico de la reconciliación. Por otra parte la desfuncionalización de la separación conyugal, no parece corresponderse con la realidad sociológica del país en la actualidad. Si nos atenemos a las estadísticas (Instituto de Política Familiar, basado en datos del año 2004, publicado en junio de 2005), hasta este momento hay más separaciones que divorcios: un 61% de las rupturas consisten en la separación matrimonial. Desde 1981 se han producido un millón de separaciones, mientras que el número de divorcios alcanza los setecientos mil. Tampoco se olvide que un 20% de las parejas separadas, llegan a reconciliarse.

24

Me baso especialmente ahora en lo ya expuesto en mi trabajo, ya referido anteriormente: “La guarda compartida en Derecho francés”, *Aequilitas*.

25

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

26

Cfr. SERRANO ALONSO, E., comentario al art. 156 CC, en *Comentario del Código Civil*, SIERRA GIL DE LA CUESTA, I. (coord.), tomo 2, Barcelona, 2000, p. 443. *Cfr.* GARCÍA PASTOR, M., *La situación jurídica de los hijos cuyos padres no conviven: aspectos personales*, Madrid, 1997, p. 3. En contra de aquellas limitaciones de ámbito de aplicación, *cf.* ECHARTE FELIÚ, A.M^a, *Patria potestad en situaciones de crisis matrimonial*, Granada, 2000, pp. 23 y ss.

27

Cfr. GARCÍA PASTOR, *opus cit.*, p. 74.

28

Me refiero a la guarda exclusiva o, si se quiere, a la guarda no compartida.



padres, único que puede prestar un *cuidado directo* al hijo. La distinción entre guarda y patria potestad cobra sentido, verdaderamente, cuando no son ambos padres los que conviven con el hijo, de tal manera que no es posible que (como se hace, de manera natural, a partir de la convivencia) los dos realicen materialmente las funciones encomendadas a la patria potestad²⁹. Es la noción de cuidado directo la que precisamente ha determinado el concepto más general de la guarda. A su vez es la falta de convivencia la que precisaba el contenido de la guarda ordinaria²⁸: ésta comprenderá aquellas funciones de la patria potestad que requieran de la convivencia con el hijo, puesto que sólo el progenitor que tenga encomendada tal convivencia (y la guarda) podrá realizarlas.

En definitiva se ha venido a denominar guarda a la posición que ocupa respecto del hijo el progenitor que convive con él³⁰: “la guarda –afirma GARCÍA PASTOR– significa encomendar el cuidado directo del niño, el que necesita del contacto continuo

con el niño, de la convivencia con él, a uno de los progenitores, dado que la falta de convivencia entre los padres impide que tal tarea sea desempeñada por los dos”³⁰.

Por otro lado, en el plano teórico, la guarda puede admitir dos distintos conceptos: ya se entienda en el sentido antes apuntado de cuidado del hijo, a través de la convivencia, o bien se la conciba como una responsabilidad global sobre el hijo, como el poder de decidir sobre él. Aunque esto último, por la propia razón de que no precisa de la convivencia con el hijo, más bien parece que, aun siendo un aspecto propio de la patria potestad, no forma propiamente parte de la guarda. En suma la conclusión que puede extraerse es que, en nuestro Derecho cuando menos (ya que del sentido de sus disposiciones no resulta otra cosa), se había acogido (por supuesto, hasta la reforma de la institución en 2005) un *concepto restringido de guarda, relacionado como se ha dicho con la convivencia, que consiste en el cuidado personal del hijo*³¹. Es decir, patria potestad resultaba un tér-

29

Así lo normal será que la guarda determine a su vez la convivencia habitual con el hijo, su compañía, salvo algunas excepciones lógicas, motivadas por ejemplo por la realización de estudios. Cfr. RIVERO HERNÁNDEZ, F., en *Comentarios al Código Civil*, (RAMS ALBESA, J. et al. –coord.–), II, vol. 1º, Barcelona, 2000, p. 931.

30

Cfr. GARCÍA PASTOR, M., *opus cit.*, pp. 72-75.

31

Cfr. GARCÍA PASTOR, *opus cit.*, *ibidem*, cuyo criterio me parece perfectamente compartible.



mino *genérico* mientras que el de guarda era *específico*. Por supuesto que en Derecho español se entiende que la guarda es parte del contenido (una de sus funciones) de la patria potestad, que a su vez puede comprender los deberes de *velar por los hijos, el de convivencia, alimentación y educación*³²; sin embargo, al margen de las posibilidades de compartir, privar, o atribuir la titularidad de la patria potestad o las funciones inherentes a la misma a uno de los cónyuges³³, no estaba previsto en el Código –y ahora sí, con la reforma– que judicialmente (cuando los cónyuges no quisieran acordarlo de grado) cupiera encomendar la guarda de manera conjunta a ambos padres³⁴.

Recapitulemos. El modelo seguido por el Código para las relaciones

paterno-filiales (configurado fundamentalmente en 1981) había contemplado el ejercicio conjunto de las funciones de guarda únicamente en los casos en que se conservaba la relación de convivencia entre los padres, dando lugar en otro caso a la atribución exclusiva en favor de uno o de otro. Como concepto general puede admitirse que, en cambio, la guarda conjunta supone que los padres que hayan perdido la situación ordinaria de comunidad de vida familiar, de alguna manera, siguen comportándose como pareja en lo que respecta al cuidado del hijo³⁵. A partir de aquí resulta natural que el contraste favorezca la modalidad más reciente: el planteamiento de la guarda conjunta debe resultar grato en cuanto sugiere una cierta relación armónica entre

32

Cfr., vgr., CASTÁN VÁZQUEZ, J.M.^a, en *Derecho civil español, común y foral*, de CASTÁN TOBEÑAS, tomo V, vol. 2.^o, 10.^a ed., Madrid, 1995, pp. 302-304. Cfr. RIVERO HERNÁNDEZ, F., en *Comentarios al CC*, (RAMS ALBESA, J. et al. –coord.–), II, vol. 1.^o, Barcelona, 2000, p. 931; dada la amplitud de facultades que contiene la guarda, resulta razonable la terminología utilizada por el autor precitado (cfr. *ibidem*), en el sentido de que el progenitor no guardador detenta una patria potestad formal y capitidismida, que tiene su mayor trascendencia en cuanto al derecho de visita y a relacionarse con el hijo; esto último, a su vez, viene a suponer una especie de limitación correlativa en las funciones del guardador.

33

Aunque quepa imponer ciertos límites a que estas posibilidades se acuerden por los propios cónyuges, lo que tropezaría con el principio de patria potestad compartida contenido en el art. 156 CC. Cfr. GARCÍA VARELA, R., comentario al art. 90 CC, en *Comentario del CC*, SIERRA GIL DE LA CUESTA, I. (coord.), tomo 2, Barcelona, 2000, pág. 7. Con todo, cabe incluso que conforme al art. 103 CC, aun con carácter excepcional, la guarda y custodia sobre los hijos menores o incapacitados se encomiende a terceras personas.

34

Aunque quepa imponer ciertos límites a que estas posibilidades se acuerden por los propios cónyuges, lo que tropezaría con el principio de patria potestad compartida contenido en el art. 156 CC. Cfr. GARCÍA VARELA, R., comentario al art. 90 CC, en *Comentario del Código Civil*, SIERRA GIL DE LA CUESTA, I. (coord.), tomo 2, Barcelona, 2000, p. 7. Con todo, cabe incluso que conforme al art. 103 CC, aun con carácter excepcional, la guarda y custodia sobre los hijos menores o incapacitados se encomiende a terceras personas.

35

Con todo, debe tenerse presente que la guarda conjunta, tal como se presenta con la Ley 15/2005 constituye, efectivamente una novedad, que convierte ahora derecho positivo. No es necesario hacer ningún circunloquio a partir del derecho anterior a la reforma. Antes, yo mismo había opinado (cfr. la conclusión del ya citado trabajo “La guarda compartida en Derecho francés”, *Aequalitas*, n.º 7, mayo-agosto 2001, pp. 6-13) que la guarda conjunta en Derecho francés solamente podía suponer atribuir a ambos padres, aun viviendo separados, la responsabilidad genérica en cuanto al cuidado del hijo; de tal modo que se podía equiparar perfectamente con lo que para nosotros significaba la patria potestad en el *sentido amplio* (distinto del *específico* que comporta el ejercicio de la guarda y custodia) que deriva de la noción de titularidad: una vez se había determinado cuál de los progenitores tendrá la compañía del hijo, quedará al otro una responsabilidad mediata en cuanto al cumplimiento de las funciones que ejerce el guardador, por más que ambos pudieran participar en la toma de decisiones, y estuviera asistido el primero de un derecho de vigilancia. Ahora la guarda conjunta, en los casos en que proceda, atribuye a ambos cónyuges, de manera sucesiva, la guarda y custodia del hijo.

36

El art. 159 cuenta con la posibilidad de atribuir la guarda de los hijos a uno u otro de los padres –como también sucedía en los arts. 90 y 103– pues se limita a decir: “Si los padres viven separados y no decidieren de común acuerdo, el Juez decidirá, siempre en beneficio de los hijos, al cuidado de qué



progenitor quedarán los hijos menores de edad. El Juez oirá, antes de tomar esta medida, a los hijos que tuvieran suficiente juicio y, en todo caso, a los que fueran mayores de doce años³⁷). Y el art. 156, que contempla la posibilidad de que se pueda atribuir total o parcialmente la patria potestad a uno de los cónyuges, en cuanto a la guarda únicamente señala que pueden distribuirse entre los progenitores las funciones inherentes a la patria potestad (cfr. art. 156, párrafos segundo y quinto).

37

Pueden ser dispares los efectos que se originan en el plano psicológico y en el modo de vida de los sujetos implicados en una ruptura de la guarda (padre-madre-hijos), aunque por otro lado se detectan unos tópicos: los hijos pueden experimentar determinadas tendencias (distintas de los casos de fallecimiento de uno de los progenitores), como agresividad o pasividad acusadas, mal rendimiento escolar, sentimientos de abandono, etc; en cuanto a la madre, que es quien habitualmente conservaba (antes del actual sistema de guarda compartida) los hijos en su compañía, su situación puede caracterizarse por un estado de ánimo proclive a la ansiedad (agravada tal vez por la nueva coyuntura de la economía familiar), miedo al fracaso, mayor dependencia afectiva con los hijos; la relación del padre (cuando queda sin la guarda) con los hijos suele caracterizarse por su superficialidad y convencionalismo, dentro de lo que se ha denominado “síndrome de Disneylandia”, que va provocando un progresivo distanciamiento y que los contactos se van haciendo más esporádicos, y que en definitiva el padre tenga la sensación de haber perdido su papel como tal, de no contar en nada para la educación de los hijos. Últimamente la fenomenología de los efectos de las crisis familiares en cuanto a los hijos, incluye el llamado “síndrome de alienación parental”.

38

Vgr. SEISDEDOS MUIÑO, A., “Las medidas relativas a los hijos en los procesos de divorcio y separación matrimonial: primera aproximación al nuevo texto del Código Civil (ley 15/2005), *Aranzadi Civil*, n.º 22, abril de 2005 (bib. 2005/2649). Este magnífico trabajo resulta igualmente interesante por la minuciosa comparación que realiza entre el texto legal resultante y los avatares que, durante el itinerario de la tramitación parlamentaria, sufrieron los trabajos legislativos.

39

Pues es cierto que la previsión legal de la medida es ociosa cuando, por existir una relación armónica entre los padres, pese a la ruptura de su comunidad de vida, hubieran podido acordar compartir la guarda sin necesidad de que lo diga ninguna norma legal. Y es inútil tal previsión del legislador, cuando una actitud recalcitrante de los progenitores haga ese compartimiento materialmente imposible. Una argumentación parecida lleva al autor que reseño a concluir, respecto de lo que podría tratarse de un “parto de los montes”: “Otra vez el legislador incurre en el infantilismo de creer que debe ofrecer a los protagonistas del conflicto unas técnicas que aquellos podrían igualmente procurarse sin intervención del legislador, si quisieran. Pues no es la técnica lo que al conflicto matrimonial le falta, sino la voluntad cooperativa, que el legislador no puede inventar. Si esta empatía no existe, la orden de custodia compartida, el Derecho de Familia recupera el mismo procedimiento de “doble tramo” que habrá superado cuando modifique el régimen del divorcio; ahora habrá un primer paso judicial de fijación de custodia compartida, y una segunda vuelta, con objeto de modificar la medida primeramente tomada, cuando se aprecie que es inviable o inyectable”.

40

CARRASCO PERERA, A., “Tribuna...”, *opus cit.*

padres separados, mientras que el régimen precedente (la guarda exclusiva que, como digo, había sido regla general en nuestro Derecho) parece asociarse a lo contrario, al conflicto, a la tensión, y al descuido del *favor filii* en definitiva.

Veamos con más detalle de dónde provenía que, efectivamente, la guarda exclusiva fuera la regla general en la atribución de los hijos cuando mediaba la ruptura entre los padres. El Código civil español, trataba de la guarda de los hijos en artículos como el 90, 103, 156, ó 159, estableciendo en caso de ruptura de la convivencia entre los progenitores la regla general de que se atribuya a uno de los progenitores (muy frecuentemente, en la práctica, a la madre) la compañía de los hijos, y así igualmente buena parte de las funciones en que consiste la guarda y custodia, y que de forma natural se cumple a través de la convivencia³⁸. Es decir, cuando se rompe la convivencia entre los padres (cuya normalidad permite un ejercicio conjunto de la guarda), nuestro sistema abocaba como digo a una situación de guarda unilateral.

Parece una consecuencia lógica toda vez que, por faltar la convivencia, no resulta materialmente factible (salvo en términos ideales, poco frecuentes) que la totalidad de las funciones inherentes a la guarda sigan desempeñándose simultáneamente. Y, con todo, esta solución no dejaba de plantear algunos inconvenientes (más allá de la previa crisis de la comunidad de vida), básicamente porque colocaba a uno y otro progenitor en el papel de vencedor y vencido, incrementando con frecuencia las tensiones entre ambos y el grado de involucración de los hijos en ellas³⁹.

IV. LA GUARDA COMPARTIDA

1

Regulación actual y precedentes legales

Como vengo diciendo, la guarda compartida es una novedad muy específica entre las contenidas en la Ley

15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código civil y la Ley de Enjuiciamiento civil en materia de separación y divorcio. A ese respecto hay que tener en cuenta el renovado artículo 92 del Código, como luego veremos. La guarda compartida parece suponer la posibilidad de que, no obstante una ruptura de la comunidad de vida o la convivencia entre los padres (porque su matrimonio entra en crisis jurídica, o simplemente se pone fin a una unión no matrimonial), ambos ejercen la guarda conjuntamente (al menos esto es lo que, *prima facie*, puede desprenderse del propio término con que se designa el fenómeno. En otras palabras, se trata de la ficción consistente en procurar el mantenimiento de una normalidad familiar que realmente se ha perdido: todo queda más o menos igual en cuanto a la relación que tienen los hijos con sus progenitores, con la salvedad de que éstos ya no viven juntos. Tal vez no deba caer en saco roto el juicio crítico con el que significados juristas han valorado la custodia compartida⁴⁰. Así CARRASCO PERERA observa –con toda razón⁴⁰– que el presupuesto en que se basa, por no resultar fácil que concurra, resta utilidad a la medida: “Para que exista una custodia compartida, las partes tendrían que ser capaces de reproducir después de la ruptura una situación colaboradora similar a la existente antes de aquélla. Más con ello se desconocen el hecho mismo de la ruptura y las causas que llevan a ella, y se recrea la necesidad de mantener incólumes los canales de comunicación de la pareja. La custodia compartida necesita casi reproducir la situación familiar prerruptura, haciendo peligroso el incremento de intensidad de la vieja relación, que los “ex” querrían (se supone) dejar atrás, y dificulta la expectativa de construir una nueva vida sin la presencia del otro. Por lo demás, si entre los padres existe este nivel de comprensión, empatía y solidaridad necesarios para construir una custodia compartida, ya se cuidarán de hacerlo, al margen de las previsiones legales”⁴⁰.



La guarda compartida, al parecer, si nos atenemos a la razón de la ley, podría ser una modalidad de guarda apreciada socialmente, en cuanto resulta conveniente tanto los esposos o progenitores en crisis como también para los menores que fueran objeto de tal medida. Entre otras consecuencias podría comportar la disminución del número de hogares monoparentales, que suele percibirse como signo de una cierta desestructuración social⁴¹. En particular, han sido los colectivos de padres (varones⁴²) separados, los que vienen reivindicando esta nueva modalidad de guarda. Por el contrario, resulta curioso constatar que la guarda compartida no ha sido excesivamente bien recibida, en general, ni por la doctrina ni por los tribunales europeos, en cuanto se suele considerar que resulta poco conveniente para el hijo. En este sentido ha resultado paradigmática la resistencia de los tribunales franceses (al menos así sucedía hasta la importante reforma del Derecho francés en esta materia en el año 2002). A lo sumo se admitían formas de *guarda alternada*, en que los padres se repartían por períodos más o menos amplios la compañía del hijo y el ejercicio de su guarda.

En sí misma la guarda compartida puede resultar un sistema satisfactorio para los padres, mas en cuanto a los hijos tal vez comporta una mayor dificultad (sobre todo en los de temprana edad) en orden a su estabilidad, ya que tienen que adaptarse sucesivamente a ambientes y modos de vida diferentes⁴³.

Son muchas las esperanzas que, los partidarios de la reforma, han depositado en la custodia compartida, sobre todo si se la contrasta con la custodia exclusiva. En este sentido resulta muy interesante el “Informe Reencuentro” elaborado por la Asociación de Padres de Familia Separados (APFS) y la Federación Andaluza de Padres y Madres Separados (FASE)⁴⁴. Aquí se destacan, entre otras consecuencias ventajosas de la guarda compartida, efectos favorables tanto para los hijos, como para sus padres. En cuanto a los primeros: se dice que mejora su adaptación al propio entorno, e incluso su rendimiento escolar, proporciona mayor satisfacción en la distribución de los tiempos de convivencia, incrementa la autoestima del menor, mejora su relación con ambos progenitores, le evita problemas psíquicos y reduce el estrés psicosomático, produce menos interferencias de nuevas

41

Me limito a reproducir un argumento que se utiliza a favor de la guarda conjunta. Sin demasiada convicción por mi parte pues, al menos formalmente, esa modalidad supondrá precisamente el aumento de hogares monoparentales si la guarda conjunta supone que la convivencia del hijo se alterna en sendos hogares, el de la madre y el del padre.

42

Tal vez porque, haciendo abstracción del beneficio que puede reportar a los hijos, de algún modo con la guarda compartida la mujer ha perdido la situación ventajosa que resultaba de una cierta inercia histórica (cuando no se establecía directamente por las leyes; en relación a esta cuestión, *vid.* LASALA PORTA, C. de, “El Prejuicio del sexo en la atribución de la Guarda y Custodia de los hijos e hijas”, *Aequalitas*, 7/2001, pp. 14-19). CARRASCO PERERA (*cf. loc. cit.*), en aquel sentido, vaticina que, como la madre por lo general valora más que el padre la custodia de los hijos, estará dispuesta a ceder en lo que sea antes que perder al hijo, hundiendo así su posición negociadora.

Aunque las generalizaciones suelen ser relativas, en cuanto al escaso entusiasmo de las mujeres por la custodia compartida –a modo de ejemplo basta con echar un vistazo a lo que publicaban los medios escritos cuando se estaba aprobando el anteproyecto de la reforma. *Vgr.* la edición de “El Mundo” de 17-IX-2004 recogía unas declaraciones de la presidenta de la Asociación de Mujeres Separadas y Divorciadas opinando que la custodia compartida no solamente no solucionará conflictos, sino que los creará, calificándola de ‘disparate’: “...la *guardia y custodia compartida tal y como recoge la ley supondría ‘dar un instrumento a los violentos, porque son prácticamente los únicos que la reclaman, ya que el 80% de los casos la deciden los progenitores sin necesidad de intervención judicial’*”. En similares términos (en el mismo periódico citado) parecen manifestarse el Defensor del Menor de la CA de Madrid y la presidenta de la Asociación de Mujeres Juristas “Themis”, y de manera más matizada opina el presidente de la Asociación de Abogados de Familia; aquél “...*considera que la custodia compartida no es adecuada para los menores, y se ha decantado por la responsabilidad compartida, pero que los hijos vivan habitualmente con el padre o con la madre*”; mientras que la otra “...*ha advertido de que la guardia y custodia compartida es ‘perjudicial’ y un ‘trastorno’ para los hijos*”, destacando el inconveniente de que el menor pierda un punto de referencia como el de su vivienda. El presidente de la Asociación de Abogados de Familia se manifestaba a favor de que se facilitasen a los jueces más opciones para ordenar la custodia de los hijos, un abanico más amplio de posibilidades.



43

Aunque luego me detendré en los argumentos que pueden hacer relativa esta dificultad.

Sin duda, entre todos los intereses en juego, el que realmente debe justificar en su caso la medida de la guarda conjunta es el interés del menor, el *favor filii*. Aunque deba procurarse el equilibrio entre el interés del menor y los derechos de los progenitores, ha de primar aquella consideración teniendo en cuenta que la guarda no es solamente un derecho de los padres, sino una *función*, un combinado de derechos y de obligaciones. Las exigencias del principio de beneficiar ante todo al hijo, bien podrían hacer que la propia regla de igualdad absoluta de los progenitores cediera ante un tratamiento desigual de los mismos, siempre que fuese esto mismo lo que mejor conviniera al interés del hijo. En este punto ha de ponderarse adecuadamente la exigencia de que el juez oiga a los menores, pues puede constituir la vía por la que, atendida la preferencia del interés de aquéllos, se haga perder eficacia al acuerdo de los progenitores en orden a la adjudicación de la guarda.

Téngase en cuenta a GOIRIENA LEKUE, A. “La custodia compartida, el interés del menor y la neutralidad de género”, *Aequalitas*, 16/2005, pp. 52-57.

44

Con el apoyo de otras Asociaciones del mismo ámbito. Dicho Informe está fechado en Madrid, septiembre de 2002, y sigue siendo fundamentalmente útil para el estudio de la guarda compartida, tanto por las opiniones de sus redactores, como por la abundante información documentada que suministra sobre la situación de los hijos en los casos de ruptura familiar. De ahí que por mi parte haga una abundante remisión al mismo en este trabajo.

45

Informe Reencuentro, p. 165.

46

Cfr. Informe Reencuentro, p. 14. Aun siendo respetable, creo que hay que oponer alguna reserva a esta argumentación, que parece someter a un determinismo inexorable a todos los padres que no cuentan con custodia conjunta.

47

Vid. Informe Reencuentro, pp. 79 ss.

48

Me limito a recoger la idea que aparece consignada en la p. 79 (donde se anticipan otras opiniones) del Informe Reencuentro. Aunque personalmente el argumento me parece, si no ingenuo, sí demasiado simplificador, pues las motivaciones diversas en cuanto a los hijos no son las únicas que pueden aparecer involucradas en la determinación de los cónyuges para solicitar su divorcio.

49

En otros trabajos he tenido ocasión de indagar sobre el fenómeno de las crisis conyugales. Resulta imposible, probablemente, hacer un diagnóstico preciso que se base en uno o varios factores solamente: son muchas las circunstancias que coadyuvan provocando la ruptura de la pareja. Aunque al mismo tiempo pienso que, sobre otros factores, suele descubrirse en la mayoría de las ocasiones un déficit de comunicación.



parejas de los progenitores, e incluso disminuye las probabilidades de maltrato físico. En cuanto a la utilidad para los padres (según la misma fuente): origina menos conflictividad (que la custodia exclusiva) y más cooperación, más satisfacción en la relación con los hijos, recurren menos a los castigos físicos, a la presión psicológica y a la culpabilización del otro progenitor, y facilita el cumplimiento de las obligaciones económicas⁴⁵. También se afirma que los regímenes de coparentalidad favorecen un aumento del nivel de vida de los niños, pues al ser cada uno de los progenitores quien satisface inmediatamente las necesidades del menor cuando convive con él se les anima a mejorar su situación económica y la de sus hijos; al contrario –se dice– de lo que sucede con la custodia exclusiva, pues el progenitor no custodio que paga las pensiones alimenticias se ve desincentivado económica y profesionalmente, tanto como el progenitor custodio

que se hace dependiente de dichas asignaciones económicas que el otro satisface⁴⁶. Por si este halagüeño panorama no fuese suficientemente estimulante para la adopción de la custodia compartida, también se ha dicho que tiene la virtud de reducir las tasas de divorcio⁴⁷. El argumento de esta conclusión parece basarse en que la mecánica de la custodia exclusiva favorece desmesuradamente los intereses de una de las partes, de tal modo que resulta tentador conseguirla a través del divorcio; y, correlativamente, si el sistema de guarda fuese distinto (es decir, si se reemplazase por la guarda conjunta), podría pensarse que pierde interés el divorcio, en cuanto no puede lograrse tanto como se conseguía con la custodia exclusiva⁴⁸. De tomarse por cierto este planteamiento, cabría formular el corolario de que es la custodia exclusiva la que, hasta la aparición de la nueva modalidad de guarda, ha incentivado los índices de divorcio⁴⁹.



Sin desconocer las ventajas y los inconvenientes que puede reportar la guarda compartida, pienso que habrá que esperar algún tiempo para valorar la trascendencia de su introducción en nuestro Derecho: el necesario para poder tener una opinión fundada en la nueva litigiosidad de las relaciones familiares en cuanto a la guarda, y sus consecuencias en la maduración, el desarrollo de la personalidad y el bienestar de los hijos. Aunque no es menos cierto que, tal vez por la novedad de la institución⁵⁰, resulta un tanto difícil entender que se puedan crear (mejor dicho, que resulte conveniente en todos los sentidos) dos distintos modelos de convivencia, a modo de compartimentos estancos, del hijo con sus respectivos progenitores. Frente a esa objeción se ha dicho que la guarda conjunta es necesaria, pues lo que está en juego es, ni más ni menos, una cuestión de derechos humanos: los del niño a seguir manteniendo vínculos estrechos con ambos padres, tras su divorcio, y también el de éstos a seguir siendo padres plenamente⁵¹.

Por otra parte conviene matizar el alcance de la novedad que ha supuesto el reconocimiento positivo de la guarda conjunta. En realidad no es tan novedosa, pues aunque el Código no se refería expresamente a ella, antes de la reforma, tampoco la prohibía⁵², la doctrina científica reconocía su posibilidad⁵³, y algunos Tribunales –aunque fuera de modo excepcional– la venían aplicando (*vgr.* STC de 15 de enero de 2001, que viene a confirmar la sentencia de la AP de Valencia de 1 de septiembre de 1997, que concedió a un padre el régimen de guarda compartida)⁵⁴. En la doctrina científica no faltaban autores que consideraban que cabría, de hecho, la guarda conjunta mediante la adopción de un derecho de visita amplio (o con amplios períodos de convivencia)⁵⁵.

¿Cómo se perfila la guarda por el sistema vigente? El renovado art. 92 CC ha configurado un sistema ciertamente complejo de atribución de la guarda:

1

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

2

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

3

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

4

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

5

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

6

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

7

No procederá la guarda conjunta cuando cualquiera de los padres esté in-

50

Lo realmente novedoso no es la figura, pues se venía proponiendo por las asociaciones de padres separados desde hace algunas décadas (*cf.* Informe Reencuentro, p. 3), sino su admisión expresa en las leyes.

51

Cfr. Informe Reencuentro, p. 3. Más adelante (*cf.* p. 9) se ofrece una explicación tranquilizadora: “Una abrumadora cantidad de estudios ha coincidido en que los niños que mantienen un contacto regular con ambos progenitores tras el divorcio muestran mejores niveles de adaptación social y rendimiento académico que los niños criados en hogares monoparentales, y han puesto de manifiesto las imborrables y negativas huellas de la ausencia del padre durante la infancia y la adolescencia. En cambio, los estudios sobre niños en situación de convivencia alterna con ambos padres no han permitido constatar trastornos significativos asociados al cambio de domicilio”. Lo que no queda tan claro es que esta benéfica virtud de la custodia compartida se prodigue igual en los casos en que ambos progenitores están de acuerdo en la adopción de tal medida, por haber una relación más o menos pacífica entre ellos, y en los casos en que se trata de una solución impuesta.

52

Nuestro Derecho en realidad no prohibía expresamente dicha modalidad, pero lo cierto es que podría considerarse una situación poco deseada, en la medida en que el artículo 158-2º CC faculta al juez para adoptar las disposiciones oportunas, a fin de evitar a los hijos perturbaciones dañosas, en caso de cambio de titular de la potestad de guarda.

53

Cfr. la propia opinión y la doctrina –concordante con ella– que cita SEISDEDOS MUIÑO, A., “Las medidas relativas a los hijos en los procesos de divorcio y separación matrimonial: primera aproximación al nuevo texto del Código Civil (ley 15/2005)”, *Aranzadi Civil*, nº 22, abril de 2005 (bib 2005/2649), nt. 31.

54

Téngase en cuenta para el estudio de la doctrina judicial precedente, a la custodia compartida de la Ley 15/2005: CAMPUZANO TOMÉ, H., “La custodia compartida: doctrina jurisprudencial de las Audiencias Provinciales”, *Aranzadi Civil*, 3/2004, pp. 2479-2512; PÉREZ UREÑA, A.A., “El interés del menor y la custodia compartida (Comentario de la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 7ª, de 7 de noviembre de 2003. *Revista de derecho de familia*, 26/2005, pp. 275-278.

55

Cfr. GARCÍA PASTOR, M., *La situación jurídica de los hijos cuyos padres no conviven: aspectos personales*, Madrid, 1997, pp. 97-100.

56

Como hace notar SEISDEDOS MUIÑO, *cf.* *loc. cit.*, resulta superflua la previsión del art. 92-4º CC de que los cónyuges pueden acordar en su convenio que la patria potestad sea ejercida total o parcialmente por uno de ellos: tal posibilidad ya resulta del art. 90-1 A) CC. Incluso cabría entender, con la referida autora, que ahora el art. 92-4 CC limita la libertad de los cónyuges, pues podría inducir a creer que solamente permite lo que en el mismo precepto se menciona, y no, en cambio, el mantenimiento íntegro del ejercicio conjunto.



curso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos. Tampoco procederá cuando el Juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica.

8

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

9

El Juez, antes de adoptar alguna de las decisiones a que se refieren los apartados anteriores, de oficio o a ins-

tancia de parte, podrá recabar dictamen de especialistas debidamente cualificados, relativo a la idoneidad del modo de ejercicio de la patria potestad y del régimen de custodia de los menores”.

Como puede verse se utiliza en la norma una superposición de reglas, en que tan pronto se da preferencia al acuerdo de los padres, como al poder discrecional del juez. Aunque éste deba contar con el informe del Ministerio Fiscal, y deba dar al menor la oportunidad de ser oído, además de los dictámenes a que se refiere de manera imprecisa (pues no se determina la especialidad) el número 9 del art. 92 CC. Creo que lo primero, atender al acuerdo de los progenitores, debe tener carácter de regla, mientras que la otra posibilidad constituye la excepción. Por otra parte, tanto la voluntad de los progenitores como la del Juez, pueden ir ya en el sentido de enco-

mendar una guarda exclusiva (total o parcial) o bien la compartida. Igualmente, en este aspecto, considero que la guarda exclusiva constituye regla general, pese a la novedad de la guarda, que resulta verdaderamente lo llamativo, y que en sí misma no deja de resultar excepcional. Así puede deducirse del número 4 del art. 92 CC que confiere cierto automatismo al sistema tradicional de guarda, cuando lo pidan los padres o lo acuerde el Juez⁵⁶. Mientras que, cuando se trata de la guarda compartida, aunque la elección del sistema resulte de un *acuerdo de coparentalidad* entre los padres, el número 5 del artículo 92 CC impone la adopción de ciertas cautelas.

El *favor filii*, es un criterio que vincula al juez a la hora de resolver lo procedente en la atribución de la guarda. Al tratarse aquél de un principio general, no tiene mayor rele-



vancia la falta de referencias al mismo en determinados aspectos. Si se observa el tenor literal del art. 92 solamente en dos apartados, el cuarto y el octavo, se alude al beneficio del hijo. Aunque resulta obvio que esa misma ha de ser la regla de actuación en los apartados quinto, sexto y séptimo⁵⁷.

Además el número 7 excluye la guarda conjunta en las situaciones extremas que enumera. No parece que la relación de causas que impiden atribuir a uno de los progenitores la guarda constituya un catálogo taxativo o cerrado (por más que, si llega a darse alguna de ellas, el tenor imperativo –“No procederá la guarda conjunta...”– de la norma deba excluir toda posibilidad de que el Juez resuelva de otro modo). Pues además de que pudiera alargarse esa

relación de circunstancias, el buen juicio hará que se subsuman en el principio del beneficio del hijo que debe apreciar el Juez en todo caso.

Al parecer la reforma ha optado con preferir la voluntad del juez en la atribución de la guarda, teniendo en cuenta lo que dispone el número 8 del art. 92 a modo de cláusula de cierre, aun con las precisiones que luego haré.

2

Denominación o terminología. El sistema francés

Probablemente, aunque la expresión guarda conjunta o compartida esté adquiriendo carta de naturaleza en nuestro Derecho, sería más correcto utilizar el término *guarda alternada* que precisamente se uti-

lizaba en las enmiendas introducidas en el Senado⁵⁸. Descriptivamente la *guarda alternada* se entiende bastante bien: supone que los padres se *reparten* por períodos más o menos amplios la compañía del hijo (la convivencia), sucediéndose o *alternándose* en el ejercicio de las funciones de guarda. En cambio las denominaciones “custodia compartida” “custodia conjunta” parecen sugerir, equivocadamente, que todavía se conserva una comunidad de vida entre los progenitores del menor, cuando en realidad el presupuesto básico de tal forma de guarda es que precisamente una crisis de convivencia ha provocado una ruptura de su condición de pareja.

Sin duda el legislador español ha tenido muy en cuenta a la hora de introducir en nuestro Derecho la



guarda compartida, además de otros precedentes⁵⁹, el nuevo modelo francés de la Ley sobre la *autoridad parental*⁶⁰ de 4 de marzo de 2002 (que entró en vigor al día siguiente), que se suele conocer como *Loi Ségolène Royal* (a la sazón *ministre déléguée à la Famille, à l'Enfance et aux Personnes handicapées*). Precisamente dicha Ley introduce la *résidence en alternance, résidence alternée*⁶¹. Dispone ahora el *Code civil français: art. 373-2-9 (inséré par Loi n° 2002-305 du 4 mars 2002 art. 5 V Journal Officiel du 5 mars 2002)*: “*En application des deux articles précédents, la résidence de l'enfant peut être fixée en alternance au domicile de chacun des parents ou au domicile de l'un d'eux. / A la demande de l'un des parents ou en cas de désaccord entre eux sur le mode de résidence de l'enfant, le juge peut ordonner à titre provisoire une résidence en alternance dont il détermine la durée. Au terme de celle-ci, le juge statue définitivement sur la résidence de l'enfant en alternance au domicile de chacun des parents ou au domicile de l'un d'eux*”.

En el vecino país la regla general es que dicha forma de guarda se solicita por ambos padres; en los demás casos, a falta de acuerdo entre ellos, en las tres cuartas partes de los casos la residencia habitual del menor se establece con uno de sus progenitores, en la mayoría de las ocasiones con la madre⁶². En el sistema francés (como también ha sucedido con nuestra custodia compartida) se hace recaer sobre los jueces buena parte de la responsabilidad para determinar el régimen de ejercicio de la autoridad parental; ello no obstante el arbitrio judicial está auxiliado, además del papel que corresponde al fiscal, por la posibilidad que tienen aquéllos de recabar un informe elaborado por un especialista (*un informe social*)⁶³, y por el específico recurso a los mecanismos de mediación familiar⁶⁴.

Deben tenerse en cuenta con respecto al modelo Derecho francés de coparentalidad los siguientes preceptos. Article 373-2-7 Code Civil (*inséré par Loi n° 2002-305*): “*Les parents peu-*

vent saisir le juge aux affaires familiales afin de faire homologuer la convention par laquelle ils organisent les modalités d'exercice de l'autorité parentale et fixent la contribution à l'entretien et à l'éducation de l'enfant. / Le juge homologue la convention sauf s'il constate qu'elle ne préserve pas suffisamment l'intérêt de l'enfant ou que le consentement des parents n'a pas été donné librement”. Es decir, además de la posibilidad de que sea el juez mismo quien decida la custodia alterna, en primer término son los propios progenitores los que deciden la modalidad de guarda, y su acuerdo vincula al juez salvo que se constate que el interés del menor no queda debidamente preservado, o que el acuerdo de los padres no se decidió libremente. Pero no solamente son los padres los que pueden solicitar del juez que se establezcan las modalidades de ejercicio de la autoridad parental, también pueden instarlo el ministerio fiscal y terceras personas a través de éste: art. 373-2-8 CC (*inséré par Loi n° 2002-305*) “*Le juge peut également être saisi par l'un des parents ou le ministère public, qui peut lui-même être saisi par un tiers, parent ou non, à l'effet de statuer sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale et sur la contribution à l'entretien et à l'éducation de l'enfant*”. E incluso el propio juez, si uno de los progenitores lo solicita, y también en caso de desacuerdo de los padres, podrá escoger entre la residencia alterna (aunque sea ésta una medida provisional, sometida a un determinado plazo) o la residencia exclusiva: art. 373-2-9 CC (*inséré par Loi n° 2002-305*) “*En application des deux articles précédents, la résidence de l'enfant peut être fixée en alternance au domicile de chacun des parents ou au domicile de l'un d'eux. / A la demande de l'un des parents ou en cas de désaccord entre eux sur le mode de résidence de l'enfant, le juge peut ordonner à titre provisoire une résidence en alternance dont il détermine la durée. Au terme de celle-ci, le juge statue définitivement sur la résidence de l'enfant en alternance au domicile de chacun des parents ou au domicile de l'un d'eux*”.

57

Por lo que SEISDEDOS MUIÑO, A. *cfr. loc. cit.*, sugiere que se hubiera podido lograr una redacción más clara, si se hubiese destacado suficientemente el reconocimiento del *favor filii* como criterio rector de todas las actuaciones relativas a los hijos menores.

58

Si se acepta que esa modalidad de guarda supone que los progenitores se suceden uno a otro en el ejercicio de sus funciones, se alternan, si que la actúen con la simultaneidad que parece sugerir la expresión “conjunta”.

En el repertorio terminológico de los autores también son utilizadas, aunque con menos frecuencia, otras expresiones sinónimas como “coparentalidad”.

59

Vid. en el Informe Reencuentro, pp. 31 ss., información sobre *shared custody* en EEUU; *vid.*, pp. 50 ss. en cuanto a Canadá; *vid.* pp. 59 ss., Suecia.

60

Habiendo desaparecido la noción de *garde*.

61

Para el estudio de la guarda alterna en Francia (con información, también, de otros países) resulta muy interesante el *Rapport*, “*Bien-fondé de la résidence alternée pour les enfants dont les parents son séparés*”, de RASCHETTI, B., fechado en diciembre de 2005 (http://raschetti.blog-emploi.com/globe_trotter/Enfant_2_parents/Rapport.pdf).

62

Cfr. Études et Statistiques de Justice, n° 23. Ministère de la Justice, www.justice.gouv.fr/publicat/etudesst.htm#23.

63

Cfr. art. 373-2-12 (renovado con la Ley de 2002).

64

Cfr. art. 373-2-10 (renovado con la Ley de 2002): “*En cas de désaccord, le juge s'efforce de concilier les parties. / A l'effet de faciliter la recherche par les parents d'un exercice consensuel de l'autorité parentale, le juge peut leur proposer une mesure de médiation et, après avoir recueilli leur accord, désigner un médiateur familial pour y procéder. / Il peut leur enjoindre de rencontrer un médiateur familial qui les informera sur l'objet et le déroulement de cette mesure*”.



3

Actuación práctica de la guarda compartida

Sin duda, de todos los intereses en juego, el que realmente debe justificarse en su caso tal medida es el interés del menor, el *favor filii*. Debe asegurarse un equilibrio entre el interés del menor y los derechos de los progenitores, teniendo en cuenta que la guarda no es solamente un derecho de los padres, sino una función, un combinado de derechos y de obligaciones. Llevando a la práctica tal principio, bien podría suceder que la propia regla de igualdad de los progenitores debiera ceder en *pro* de un tratamiento desigual de los mismos, siempre que eso fuese lo que mejor conviniera al interés del hijo.

Una de las cuestiones más llamativas que se plantearon en el debate parlamentario (y correlativamente en los medios de comunicación) de la guarda compartida fue si puede tratarse de una medida no querida por los padres, sino impuesta judicialmente. Dicho de otro modo, ¿para que proceda la modalidad compartida, resulta preciso que la interese alguno de los progenitores, o ambos de consuno?⁶⁵ La respuesta es que, siempre resultará necesario que al menos uno de los padres solicite la guarda compartida. Lo cual, a su vez, debe explicarse relacionando lo que es una regla general, con su correspondiente excepción.

La regla general es la contenida en el apartado quinto del art. 92 CC: “Se acordará el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador o cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento”. Mientras que el apartado octavo de aquel precepto dispone que: “Excepcionalmente, aun cuando no se den los supuestos del apartado cinco de este artículo, el Juez, a instancia de una de las partes, con informe favorable del Ministerio Fiscal, podrá acordar la guarda y custodia compartida fundamentándola en que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor”.

En suma para que, sin acuerdo de ambos progenitores, el Juez pueda acordar la guarda compartida, se precisan tres requisitos: la solicitud por parte de uno de ellos, la conformidad del Fiscal, y además que pueda invocarse como fundamento de la decisión judicial la efectiva protección del interés del menor. De tal modo que creo que no basta por sí solo el interés de uno de los padres, para que de manera automática deba adoptarse la guarda compartida, ya que, con independencia de las consecuencias que pudieran originarse por un informe del Ministerio Fiscal contrario a aquella medida, habrá que recordar el carácter prevalente del principio de protección del menor. Y, por la misma razón, tampoco el Juez estará vinculado por la solicitud de ambos progenitores que estuvieren de acuerdo en la guarda compartida, si no es eso lo que conviene al interés del menor.⁶⁶

Otra cuestión interesante a efectos prácticos es la de cómo se reparten los períodos de convivencia. Una vez más, a falta de unas pautas expresas que el Derecho no ofrece, será el arbitrio judicial el que tenga que resolver esta cuestión atendido lo que mejor interese al menor, en función de un conjunto amplio de las circunstancias que afectan tanto a ambos padres (lugar de residencia, condiciones de vivienda, obligaciones laborales...) como a los hijos (centros educativos, atención sanitaria, lugares de ocio, proximidad de otros parientes⁶⁷ y de las amistades del menor...)⁶⁸. Desde las asociaciones de padres se sugiere que la alternancia semanal (ya se ha visto antes que esta es la regla general de alternancia en la coparentalidad francesa) resulta la fórmula más conveniente cuando los domicilios de los padres están próximos geográficamente; al mismo tiempo se recomienda que el ritmo de alternancia de hogares sea más frecuente cuanto menor sea la edad del niño.⁶⁹

V. CONCLUSIÓN

Solamente el tiempo, todavía corto desde la instauración de la custodia

65

Una vez más remito a SEISDEDOS MUÑO, A. (*cf. loc. cit.*, nt. 33 ss.), quien da cumplido detalle de la superposición de enmiendas hasta dar con la redacción actual del art. 92 CC.

66

Tal vez quepa dar la misma solución, a favor de la improcedencia de la guarda compartida, cuando según el arbitrio judicial resultare gravemente perjudicial para alguno de los cónyuges, aun habiéndose solicitado por ambos (pues lo que dispone el art. 92.-5 queda condicionado, en el supuesto del 90 CC –apartado A) del párrafo primero–, a que no concurra lo que señala el segundo párrafo del art. 90).

67

En particular de los abuelos, cuyo derecho a relacionarse con los nietos, y el de éstos con aquéllos, fue expresamente reconocido con la reforma del Código y de la Ley de Enjuiciamiento Civil operada por la Ley 42/2003, de 21 de noviembre.

68

En la valoración del juez, probablemente se deberá tener en cuenta globalmente la contraposición entre ventajas materiales y ventajas para la estabilidad emocional del hijo, dando preferencia en cuanto sea posible al modelo de alternancia que hayan decidido los progenitores.

En el sistema francés el juez, para decidir sobre las modalidades de ejercicio de la autoridad parental, debe tener en cuenta tanto la voluntad de los padres (manifestada en la práctica precedente, como en los acuerdos a que hayan llegado), los sentimientos del hijo, la aptitud de cada uno de los progenitores para el cumplimiento de sus deberes, y los informes técnicos que se hayan elaborado. Cfr. art. 373-2-11 CC (renovado en 2002).

69

Cfr. Informe Reencuentro, p. 7. Con respecto a esta solución debe tenerse en cuenta que, relativamente en función de la edad, los niños pequeños tienen una peculiar percepción del tiempo y de su transcurso. En la p. 12 del citado Informe puede verse el detallado modelo propuesto por la institución norteamericana *Children's Rights Concil* para distribuir los períodos de compañía: niños menores de un año, mañana o tarde cada día; niños de hasta dos años, días alternos; de dos a cinco años, no más de dos días seguidos; a partir de cinco años, alternancia semanal. Otro posible modelo de alternancia, más detallado, puede verse en la página 15 del Informe.

Cuando me ocupo ahora de los posibles criterios de distribución de la convivencia me refiero a la guarda compartida en sentido propio, es decir aquella que comporta una verdadera convivencia del hijo con cada uno de sus progenitores; distinta, por tanto, de los supuestos de custodia exclusiva por parte de uno de los progenitores, por más que se permita una amplia participación del otro en el cuidado del hijo.

compartida, dirá si se ha tratado o no de un acierto, en virtud de lo que se pueda constatar a partir de la reducción o del incremento de los litigios sobre custodia, su mayor o menor acritud, y, por encima de todo, a partir del estudio de la situación de los menores que hayan sido objeto de tal medida.

Si por conclusión debiéramos entender una valoración crítica de la custodia en términos taxativos, no resulta fácil, pues ofrece aspectos positivos y otros que cuando menos se prestan a la duda. Tampoco puede desconocerse en la institución una dimensión política, de una determinada política legislativa, que se conlleva con la utilidad específica que la guarda compartida puede proporcionar, aliviando los proble-

mas que para padres e hijos surgen de una situación de ruptura de la familia. Ni resulta fácil hacer oídos sordos a la reivindicación de la custodia compartida que, como ya he dicho, probablemente se ha hecho con más entusiasmo desde los colectivos de padres que por los juristas. Yo mismo abrigo alguna reserva sobre si era preciso tanto aparato, cuando la guarda compartida se fundamenta en un correcto entendimiento de los progenitores que, si lo hay, no surge solamente por virtud de una ley: probablemente hubiera bastado con reconocerla de manera explícita, dejando que los tribunales siguieran contando con la posibilidad de concederla o denegarla en función de cómo resultase mejor protegido el interés del menor.

Considero que el legislador, en vez de ahormar la guarda en situaciones de crisis familiar, debería haber buscado la raíz de los problemas que en esos casos se originan, recurriendo de una manera más decidida a mecanismos como la mediación (que está llamada, sin duda, a tener un papel muy relevante en los modernos procedimientos de gestión de las crisis familiares). Cierto es que la puesta en marcha de servicios oficiales de mediación adecuados comportaría un nuevo esfuerzo –incluso económico– de la administración; sobre todo cuando, como debiera ser, no se limitase la utilidad de ese mecanismo alternativo de solución de conflictos a los casos en que ya se ha consumado una ruptura familiar, y más bien se tratase antes de prevenirla.

