

***La custodia compartida, síndrome de alienación parental e  
interés del menor.***

***Trabajo de Investigación realizado***

***por Eugenia Lucía González Martínez y dirigido por José Manuel de Torres Perea  
en el ámbito del I Curso de Experto en Derecho de Familia organizado por la Universidad  
Internacional de Andalucía en colaboración con el Ilustre Colegio de Abogados de Málaga.***

***En Málaga, a 28 de diciembre de 2009.***

I.	La custodia compartida.	
	A. Génesis de la custodia compartida y referencia al Derecho Comparado.	3
	B. Principios generales.	15
	1. El interés del menor.	15
	2. Principio de corresponsabilidad.	22
	3. Igualdad entre los progenitores.	23
	4. Derecho del hijo a seguir manteniendo el contacto con sus padres.	24
	C. Significado, ventajas e inconvenientes.	25
	D. Sistemas de custodia compartida.	32
	E. Requisitos legales y jurisprudenciales para su adopción.	34
	1. Petición por ambos progenitores.	35
	2. La norma y la excepción en la petición de custodia compartida.	36
	3. Valoración de la relación que tengan entre sí los padres.	37
	4. No separación de hermanos.	40
	5. Inexistencia de violencia doméstica.	40
	6. Derecho del menor a ser oído.	43
	F. Cuestiones relacionadas con la guarda y custodia compartida.	47
	1. Teoría de Coase.	47
	2. La vivienda familiar.	48
	3. La pensión de alimentos.	51
	G. La tendencia jurisprudencial y parlamentaria actual.	53
	1. La cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Audiencia Provincial de las Palmas en el auto de 13 de octubre de 2006.	54
	2. Revocación de la guarda y custodia compartida.	56
	3. Tratamiento del Tribunal Constitucional.	59
	4. Estado de la cuestión de lege ferenda.	59
II.	El síndrome de alienación parental.	59
	A. Concepto, origen y críticas.	61
	B. Delimitación de otros síndromes.	65
	C. Síntomas.	69
	D. Niveles.	71
	E. Comportamiento del progenitor alienador.	71
	F. Clasificación según nivel de victimización del menor.	72
	G. Efectos del síndrome en el hijo y en el padre alienado.	72
	H. Aspectos jurisprudenciales.	73

1. La sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº4 de Manresa el 14 de junio de 2007..-----	73
2. Indemnización por privación indebida de la compañía de los hijos.-----	75
I. Estado actual de la cuestión. -----	80

III. Conclusiones

Bibliografía

*LA CUSTODIA COMPARTIDA, SÍNDROME DE ALIENACIÓN PARENTAL E INTERÉS DEL MENOR.*

I. LA CUSTODIA COMPARTIDA.

A. Génesis de la custodia compartida y referencia al Derecho Comparado.

En esta materia se ha producido una lenta evolución legislativa que se puede dividir en tres etapas. Hasta la reforma obrada por la Ley 30/1981, de 7 de julio, se estimaba que en los casos de nulidad matrimonial o separación la obtención o pérdida de la guarda de los hijos era el premio o castigo que recibía el cónyuge según su buena o mala fe, su inocencia o culpabilidad. Tras la reforma de 1981, se consideraba ya el beneficio de los hijos; pero no con carácter prioritario, sino concurrente con el interés de los padres; y por otro lado, puesto que el sistema de divorcio y separación creado por dicha Ley era eminentemente causal, se conectaba la obtención o pérdida de la guarda y custodia de los hijos con el hecho de haber sido culpable o no de la causa del divorcio o de la separación. Finalmente apreciamos una tercera etapa tras la LO 1/1996, de 15 de enero que estableció la primacía del interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir; y la reciente reforma del CC obrada por la Ley 15/2005 que ha establecido un sistema de divorcio directo y no causal, por lo que ya la atribución de la guarda y custodia de los hijos nunca podrá ser considerada como un castigo o un premio al progenitor, promovándose la custodia compartida de los hijos. El interés del menor implica que el divorcio no puede ni debe alterar la relación paterno filial, pues es un derecho del menor el poder relacionarse de forma plena con sus dos progenitores.<sup>1</sup> Por tanto, la guarda y custodia compartida es una medida adoptada en las crisis familiares, que aunque no estaba regulada en el CC, fue admitida en la práctica porque no estaba prohibida expresamente su regulación, siendo las normas reguladoras de la

---

<sup>1</sup> DE TORRES PEREA José Manuel. “Guarda y custodia tras la crisis matrimonial o la ruptura de la pareja de hecho”. *Interés del Menor y Derecho de Familia una perspectiva multidisciplinar*, Madrid, 2009, 1.ª edición, p.232.

patria potestad de los progenitores “el paradigma de las relaciones derecho-sociedad-persona en el momento genético de la norma”.<sup>2</sup>

Para *GARCÍA RUBIO*, a pesar de que no podemos establecer taxativamente fases perfectamente definidas por toda la doctrina, si podemos atisbar de un modo orientativo estas tres etapas antes diferenciadas en lo que a la evolución de la atribución de la guarda y custodia de los hijos menores se refiere. En la primera etapa que comprende los años 1981-1990 existe clara preferencia materna, los pilares de esta tendencia se asientan, de un lado, en la corriente psicológica imperante que consideraba la figura materna como la idónea para el cuidado del menor, y de otro, en la redacción del art. 156 Cc, que actuaba como respaldo legal, de tal suerte que “ si los padres viven separados y no decidieren de común acuerdo, los hijos e hijas menores de siete años quedarán al cuidado de la madre, salvo que el Juez, por motivos especiales proveyere de otro modo”. La segunda etapa antes enunciada que comprende los años 1990-2000 en la que existe un progresivo reconocimiento de la aptitud paterna, debido a la Ley 11/1990, de 15 de octubre, de modificación del Código civil en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo, da una nueva redacción al artículo 156 del Cc, pues desaparece el umbral de los siete años, y con ello el automaticismo legal anterior. Por último, una tercera etapa iniciada en el año 2000 hasta actualidad hacia la custodia compartida, produciéndose un aumento progresivo en el reconocimiento de un, cada vez más amplio, derecho de visitas a favor del progenitor no custodio<sup>3</sup>.

*IVARS RUIZ* propone la siguiente diferenciación de etapas en consonancia con las principales reformas del Cc en nuestro derecho de Familia. En concreto, una primera etapa sería la comprendida entre los años 1981-1990, reformas legislativa de 1981(principalmente, la Ley 30/81); y que en lo que aquí nos afecta, la regulación de los artículos 156, 159 del Cc sobre patria potestad. En este periodo la jurisprudencia se inclina a atribuir la custodia exclusiva de los hijos a la madre con un oprimido derecho de visitas para el progenitor masculino. En la que, también la custodia de los hijos de poca edad debía ser otorgada a la madre sin discusión. Una segunda etapa comprendida entre los años 1990-2000, reforma legislativa de 1990 (Ley 11/1990) con la regulación del artículo 156 del Cc. Tras aquella reforma no resultaba preceptivo que los hijos menores de siete años se queden bajo el cuidado de la madre. Siguen imperando las resoluciones por las que se otorga la guarda a la madre y se consolida el establecimiento de un régimen ordinario de comunicación de fines de semana alternos y mitad de periodo vacacionales al padre. Una tercera etapa de 2000-2005, en la que se fortalece la idea de análoga aptitud de los padres como progenitores custodios que se venía percibiendo en resoluciones judiciales de la etapa anterior. El derecho de comunicación del progenitor no custodio se amplía. Se van manifestando más pronunciamientos favorables a la custodia conjunta sobre la idea del “favor filii” aunque expresamente no estuviera reconocido en la Ley. El Tribunal Constitucional dicta sentencia, 4/2001, de 15 de enero, en la que el recurrente cuestionaba la atribución de la custodia compartida “ex officio” por la Audiencia

---

<sup>2</sup> MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, “Problemas que genera la actual regulación de la guarda y custodia en el proceso contencioso”. *Diario La Ley*. Número 7105, año XXX, 2 de febrero de 2009, refª D-29, p. 1448.

<sup>3</sup> GARCÍA RUBIO María Paz. “Apuntes sobre la referencia expresa al ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos en la Ley 15/2005”. *Revista jurídica de Castilla y León*, número 8, febrero 2006, pp.75-79.

Provincial de Valencia, negando vicio de incongruencia y la posible vulneración del artículo 14 de la Constitución Española, razona la especial naturaleza de las funciones atribuidas a la jurisdicción de familia, y de protección de interés del menor. Se crean asociaciones de padres y, también de madres, separados y divorciados. Las exigencias de los primeros vienen a modificar la tendencia jurisprudencial, incluso legislativa, hasta la aparición de la Ley 15/2005 sometida a enérgicos posicionamientos de las distintas asociaciones. Y por último una cuarta etapa, tras la aparición de la Ley 15/2005; nueva regulación de los artículos 90,92 y 103 del Cc; se ubican nuevas reglas sobre el ejercicio de la custodia y se fija legalmente dos formas de custodia conjunta, consensuada y excepcional. El legislador da entero protagonismo a los progenitores para excitar el acuerdo de dicho régimen sobre la garantía de la estabilidad e igualdad, si bien admite con carácter excepcional este tipo de custodia cuando sea solicitada a instancia de uno sólo de los progenitores, fijando excesivas cautelas, y un “prius” ciertamente turbulento como la exigencia de informe de favorabilidad del Fiscal de equívoco encaje legal.<sup>4</sup>

La aportación fundamental de la ley 15/2005 en lo relativo a la llamada custodia compartida ha sido la de hacer visible una modalidad de ejercicio de la patria potestad que, como regla general es la que mejor protege el interés del menor posibilitando las relaciones en condiciones de paridad con ambos padres y la que, consecuentemente, respeta en mayor medida el principio de igualdad entre ellos. Siendo ya una modalidad posible tras las reformas operadas en nuestro Derecho de familia en 1.981, la práctica judicial de casi veinticinco años pone de relieve las dificultades con las que ha venido encontrándose, si bien es cierto que con el curso de los años el reparto o alternancia en las facultades y deberes derivados del ejercicio de la patria potestad ha sido cada vez más frecuente.<sup>5</sup>

La Ley 15/2005 potencia la custodia compartida acogiendo la línea de lo que viene ocurriendo en otros países del entorno europeo y del Reglamento de la Unión Europea 2201-03. Precisamente, dentro de los principios de Derecho Europeo relativos a la responsabilidad parental adoptados por la Comisión para el Derecho Europeo de Familia y con la finalidad de armonizar el Derecho de familia en Europa, se recomienda que en todas las cuestiones relativas a la responsabilidad parental, el interés superior del niño debe ser la consideración preponderante y que la responsabilidad parental no se vea afectada ni por la disolución o la anulación del matrimonio u otra unión formalizada ni por la separación legal o de hecho de los padres.<sup>6</sup>

Vamos a describir en las siguientes líneas aunque sea de forma concisa el panorama existente en algunos países de nuestro entorno, exponiendo en primer lugar el resumen realizado por el propio TS en la sentencia de 8 de octubre de 2009, en la que establece una visión trascendente sobre la cuestión, que

---

<sup>4</sup> IVARS RUIZ Joaquín, “Falta del debido ajuste en la terminología utilizada”. *Guarda y custodia compartida. Aspectos procesales y sustantivos. Doctrina y jurisprudencia*. Valencia, 2008, 2ª edición, pp.179-181.

<sup>5</sup> GARCÍA RUBIO María Paz y OTERO CRESPO Laura. “Apuntes sobre la referencia expresa al ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos en la Ley 15/2005”. *Revista jurídica de Castilla y León*. nº8, febrero de 2006, pp. 104.

<sup>6</sup> Principios de Derecho Europeo de Familia relativos a la responsabilidad parental recogidos en <http://www.padresdivorciados.es/wp-content/uploads/derecho-europeo-responsabilidad-parental.pdf>, documento consultado el día 29 de septiembre de 2009.

por su importancia reproducimos a continuación: “Es cierto que en materia de guarda y custodia compartida, el Código civil contiene una cláusula abierta que obliga al juez a acordar esta modalidad siempre en interés del menor, después de los procedimientos que deben seguirse según los diferentes supuestos en que puede encontrarse la contienda judicial, una vez producida la crisis de la pareja y que resulta muy difícil concretar en qué consista este interés a falta de una lista de criterios, como ocurre en algunos ordenamientos jurídicos, que sí los especifican. Los sistemas de guarda compartida vigentes en derecho comparado adoptan métodos diferentes para interpretar si concurre o no interés del menor en cada caso en que se considere conveniente acordar esta modalidad de ejercicio de la guarda y custodia, ya que no existe un modelo general que obligue a repartir la convivencia en periodos iguales con cada uno de los progenitores. Algunos sistemas jurídicos reservan la guarda y custodia compartida únicamente en los casos en que exista acuerdo entre los cónyuges (Alemania o Noruega), mientras que otros permiten al juez otorgar dicha guarda en los casos de falta de acuerdo, siempre que se cumpla la regla del interés del menor (Bélgica, Francia, Inglaterra, Gales y Escocia, así como los Arts. 76.1, b y 139 del Cód de Familia de Catalunya). A diferencia de lo que ocurre en el derecho francés (Art.373-2-11 Code civil, modificado por la ley 2002-305, de 4 marzo 2002) o en la Children Act 1989 inglesa, el Código español no contiene una lista de criterios que permitan al Juez determinar en cada caso concreto qué circunstancias deben ser tenidas en cuenta para justificar el interés del menor en supuestos en que existen discrepancias entre los progenitores, que no impiden, sin embargo, tomar la decisión sobre la guarda conjunta. Otros sistemas, como los American Law Institute Principles of the Law of Family Dissolution ha fundado en la dedicación de cada uno de los progenitores a la atención y cuidado del menor antes de la ruptura, teniendo en cuenta el ligamen emocional entre cada uno de los progenitores y el menor o las aptitudes de cada uno de ellos en relación con dicho cuidado. Del estudio del derecho comparado se llega a la conclusión que se están utilizando criterios tales como la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales y con otras personas que convivan en el hogar familiar; los acuerdos adoptados por los progenitores; la ubicación de sus respectivos domicilios, horarios y actividades de unos y otros; el resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada en una convivencia que forzosamente deberá ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven”.<sup>7</sup>

En Inglaterra no se distingue entre titularidad y ejercicio de la patria potestad, los padres deben de llegar a un acuerdo para organizar la vida familiar y sólo cuando sea absolutamente imposible que los progenitores organicen la vida familiar puede intervenir la autoridad judicial. La Children Act de 1989 no contempla la custodia compartida sólo la orden de residencia (residence order), por la cual se establece las condiciones que tiene que cumplir la persona con la que va a convivir el menor, pudiendo ser otorgada a favor de dos o más personas que no viven juntas, como la ley define la orden de residencia presuponiendo que se establece a favor de una persona en la sección 8, ha desencadenado la denegación de solicitudes de residencia compartida. La convivencia alternada se establece en los casos de un alto nivel de cooperación

---

<sup>7</sup> STS de 8 de octubre de 2009 Número del Recurso 1471/2006. Número de Resolución 623/2009, Sala Civil, Magistrada Ponente Iltma. Sra. Encarnación Roca Trias. Id Cendoj 28079110012009100624.

entre los padres. La ley no es rígida respecto de las órdenes de residencia debiendo de ser flexibles para incluir el mayor número de situaciones.<sup>8</sup>

En Francia, en marzo de 2002, impulsada por la ministra de la Familia y la Infancia, Segolène Royal, fue aprobada la referida institución de la custodia compartida. En palabras de la ministra: - "Las expectativas de un niño respecto de sus padres no deben depender del vínculo de la pareja, cada hijo tiene el derecho a ser educado por su padre y por su madre, con independencia de la situación familiar... Hay que reafirmar el papel del padre cuando está marginado por el divorcio, no es necesario seguir siendo pareja para seguir siendo padre y madre al cien por cien, la fórmula de compartir el tiempo del hijo entre sus dos padres a partes iguales, según un ritmo general de una semana cada dos, es la que mejor puede responder a las necesidades del niño". El texto de la ley francesa estipula que: "la residencia del niño podrá fijarse en el domicilio de cada uno de los progenitores, con carácter alterno, o en el domicilio de uno de ellos. Si uno de los progenitores lo solicita, o en caso de desacuerdo entre ambos respecto al modo de residencia del niño, el juez podrá ordenar con carácter provisional una residencia alterna durante un plazo determinado. Al término de este plazo, el juez emitirá un fallo definitivo sobre la residencia alterna del niño en el domicilio de cada uno de los progenitores o la residencia en el domicilio de uno de ellos." Igualmente: "En caso de desacuerdo, el juez tratará de conciliar a las partes. Al efecto de facilitar la búsqueda por los progenitores de un ejercicio consensuado de la patria potestad, el juez podrá proponerles una solución de mediación y, tras haber obtenido su conformidad, designar un mediador familiar al efecto. Asimismo, podrá ordenarles que se dirijan a un mediador familiar para que les informe sobre el objeto y el desarrollo de esta medida."<sup>9</sup>

El 8 de enero de 1993 se transformó el ejercicio de la autoridad parental conjunta en la regla general, el derecho francés establece que dicho ejercicio conjunto de la autoridad parental es el mejor instrumento de realización del interés del hijo, en la actualidad este sistema es adoptado en el 90% de los casos. El art. 371.1 del CC francés establece la autoridad parental que equivale a la patria potestad española como el conjunto de derechos y obligaciones que tiene como finalidad el interés del hijo y velar por su seguridad, salud, moralidad, educación y permitir su desarrollo como persona, de manera que la autoridad parental se ejerce de manera conjunta y no se ve alterada por la posterior separación de los padres, precisamente el art. 373.2 del Code establece que la separación de los padres no repercute en las reglas de atribución del ejercicio de la autoridad parental, siendo muy clarificadora la excepción prevista en el art. 373.2.1 en el sentido de que el interés del menor puede exigir que el juez determine el ejercicio de la autoridad parental a uno de los padres pero conservando el otro cónyuge el derecho de visitas, tenerlo en su compañía, cuidarlo, educarlo, alimentarlo siendo informado de las decisiones más importantes relativas a la vida del menor. Con la ley 2002-305, de 4 de marzo ha desaparecido el concepto de custodia, para hablar de ejercicio común de la autoridad parental, dando relevancia al

---

<sup>8</sup> LATHROP GÓMEZ, Fabiola. *La custodia compartida de los hijos*, Madrid 2008, pp.313-346.

<sup>9</sup> <http://www.padresdivorciados.es/wp-content/uploads/custodia-compartida-en-eeuu-y-francia-y-suecia.pdf>. El "Informe Reencuentro" es un excelente estudio al respecto realizado por Javier Alvarez y Rafael Marañón. Se analizan las legislaciones de divorcio de tres países (Francia, EEUU y Suecia), documento consultado el 10 de noviembre de 2009.

convenio presentado por los padres y el establecimiento de fórmulas de mediación en caso de desacuerdo de los progenitores.<sup>10</sup>

En cuanto a Suecia, fue el primer país que en el año 1983 introdujo en su legislación la custodia compartida. Precisamente, denominan custodia compartida (“vardnaden gemensam”) a la responsabilidad compartida de los padres en el cuidado de los hijos, independientemente de si este es ejercido cotidianamente de manera individual o alternada. La coparentalidad es el régimen natural, ambos padres deben de atender las necesidades y derechos del menor y ambos deben de adoptar en común las decisiones que le afecten. Esto significa que en caso de separación o divorcio han de decidir conjuntamente con quien debe vivir el hijo y de qué forma ha de compartir su tiempo con el padre o madre con el que no convive. La norma fundamental en la materia es el Código de los Niños y de los Padres, cuya modificación se produjo en 1998 estableciendo el interés del menor como criterio rector en las decisiones sobre custodia, considerando los deseos del niño en atención a su edad y madurez, no admitiéndose la custodia compartida si ambos progenitores están en contra de ella, si uno sólo de los progenitores la pidiera el Ministerio de Justicia sueco ha interpretado que la custodia compartida pueda ser ordenada aun cuando uno de los padres se oponga a ello, pero siempre que la decisión se fundamente en el mejor interés del menor.<sup>11</sup> Aunque vemos que la regla general sueca es la custodia compartida se debe distinguir, al igual que sucede con la legislación alemana, si los padres están o no casados de manera que, si los padres están o han estado casados tienen la custodia conjunta, si contraen matrimonio posteriormente al nacimiento también obtienen la custodia conjunta siempre que quede legalmente acreditada la paternidad, y lo que es fundamental en esta materia es que la custodia compartida subsiste si los padres se divorcian, pudiendo alterarse el régimen en caso de desacuerdo ante el Consejo de Bienestar Social o por sentencia judicial. En el caso de que los padres no estén casados y no esté confirmada la paternidad, la madre es la que obtiene la custodia exclusiva, en este caso es posible obtener la custodia compartida mediante la correspondiente solicitud al Consejo de Bienestar y reconociendo la paternidad, en este caso la Ley distingue entre la solicitud de custodia conjunta al nacer el hijo en la que la ciudadanía sueca no es requisito esencial o posteriormente al nacimiento en la que se exige la ciudadanía sueca tanto de los padres como del hijo, como podemos ver esta regulación distinta atenta al principio de igualdad presente en numerosos Tratados Internacionales que vinculan a Suecia. La convivencia del menor cuya custodia se ejerce de forma compartida puede organizarse a través de la designación de una residencia principal, o bien de forma alternativa con ambos padres, siendo siempre el mejor interés del menor el principio rector fundamental.<sup>12</sup>

La legislación sueca ha alcanzado tal nivel de precisión que regula de forma pormenorizada el tema relativo a la pensión de alimentos, en base a esta regulación si el progenitor deudor tiene a su hijo consigo un periodo no inferior a cinco días consecutivos con sus noches, o no inferior a seis días con sus

---

<sup>10</sup> LATHROP GÓMEZ, Fabiola. *La custodia compartida de los hijos*, Madrid 2008, pp. 313-346.

<sup>11</sup> Folleto divulgativo del Consejo Nacional de Salud y Bienestar de Suecia. Puede consultarse en: <http://www.sos.se/FULLTEXTT/0000-008/0000-008>, se encuentra traducido en el Informe de Reencuentro de la página web [www.padresdivorciados.es](http://www.padresdivorciados.es).

<sup>12</sup> LATHROP GÓMEZ, Fabiola. *La custodia compartida de los hijos*, Madrid 2008, pp. 313-346.

noches en el espacio de un mes, se ha establecido que podrá realizar la deducción correspondiente de la pensión alimenticia que haya de pagar. Además el progenitor residente está obligado a cofinanciar los gastos de desplazamiento ocasionados por la necesidad de contacto del niño con el otro progenitor, según su capacidad financiera y circunstancias generales de ambos padres. El objetivo de la reforma de 1998 del Código de los Niños y de los Padres fue potenciar el mutuo acuerdo e impulsar el principio de mejor interés del niño. Por tanto, el mejor interés del niño es la consideración fundamental a tener en cuenta en cualquier decisión relacionada con la custodia y según la cual el niño ha de compartir su tiempo de residencia y contacto con ambos padres.<sup>13</sup>

En Holanda, la custodia compartida no tiene reglamentación en cuanto a la forma de desarrollo. Los menores de dieciocho años están sujetos a “authority”, la cual es ejercida usualmente de forma compartida por ambos progenitores, esta es la responsabilidad parental o patria potestad conforme al derecho español. A la vez esta autoridad puede ser ejercida por un padre y un no padre, es decir un tercero, es lo que se llama joint responsibility o responsabilidad conjunta, otorgando los mismo derechos y obligaciones al no padre y al padre, la responsabilidad parental es ejercida de forma compartida por los progenitores que están casados respecto de los hijos nacidos durante el matrimonio y por otra parte las parejas de hecho registradas, de conformidad con la reforma de 1 de enero de 2003, ejercen de forma conjunta y automática la responsabilidad parental respecto de cualquier niño nacido después de la fecha del registro, siempre que el progenitor varón haya reconocido al hijo. Respecto de las uniones civiles homosexuales, dos mujeres que conformen una unión civil homosexual o una pareja registrada, tienen la responsabilidad conjunta de cualquier niño nacido durante su matrimonio o sociedad registrada, siempre que no tenga legalmente otro progenitor. En cuanto al cuidado de los hijos después del divorcio, los padres tienen la custodia compartida, como custodia natural después de la ruptura, la excepción es la custodia unilateral que debe ser solicitada ante el Tribunal de Distrito por ambos o uno de los progenitores y adoptada en cuanto al interés superior del niño. Resulta muy interesante la cuestión relativa a la existencia de varios hermanos pues la custodia se adecuará a las necesidades de cada uno de ellos dependiendo de la situación concreta de cada menor. El hijo llega a tener una posición privilegiada en esta materia llegando a tener fuerza vinculante su opinión y deseo, disponiendo la audiencia de los que tienen 12 o más años de edad o una edad inferior pero con una madurez suficiente para detectar sus intereses, llegando a establecerse la posibilidad de que el hijo que tenga una edad igual o superior a los 12 años pueda solicitar la revisión judicial del acuerdo relativo al régimen de comunicación y estancia.<sup>14</sup>

En Italia, el proceso relativo a las crisis familiares contemplaba hasta el año 2006 la guarda y custodia unilateral, siendo la doctrina la que había sido partidaria de la custodia conjunta y alternativa haciendo una interpretación amplia de los preceptos reguladores de la materia haciendo aplicación analógica del art. 6 de la Ley del divorcio de 1987 que atribuía al tribunal la facultad de establecer un cuidado conjunto, alternativo o unilateral según lo considerara conveniente para los intereses del menor. Actualmente la Ley de 8 de febrero de 2006 establece como principio rector el derecho a que el hijo

---

<sup>13</sup> <http://www.padresdivorciados.es/wp-content/uploads/custodia-compartida-en-eeuu-y-francia-y-suecia.pdf>.El "Informe Reencuentro" , documento consultado el 10 de noviembre de 2009.

<sup>14</sup> LATHROP GÓMEZ, Fabiola. *La custodia compartida de los hijo* , Madrid 2008, pp. 313-346.

menor mantenga una relación equilibrada y continuada con cada progenitor, para la obtención de esta relación el juez atenderá al interés material y moral de la prole y valorará prioritariamente la posibilidad de una guarda y custodia conjunta. De tal forma que para establecer una guarda y custodia exclusiva el juez debe justificar las razones por las que la guarda compartida no procede y es contraria a los intereses del menor.<sup>15</sup>

En Australia actualmente la regulación se encuentra contenida en la Australian Family Law Act de 1975, que en su Sección 61D, establece el principio de corresponsabilidad y mantenimiento de los mismos poderes, responsabilidades y autoridad después de la ruptura a menos que una resolución judicial ordene lo contrario. En el año 2006 se reformó el Derecho de Familia de este país estableciendo respecto de la custodia compartida una presunción legal a favor de la coparentalidad, regulando el tiempo que el hijo pasa con cada uno de sus padres. La ley diferencia en relación al tiempo de convivencia dos aspectos: una igual cantidad de tiempo de una sustancial y significativa cantidad de tiempo en ambos casos velando siempre por el interés del menor.<sup>16</sup> El Gobierno de Australia, financia varias organizaciones comunitarias bajo el Programa de Servicios para las relaciones familiares, estableciéndose un programa de Sentencias de Responsabilidad Parental que es el nombre que recibe el programa parental posterior a la separación conforme a ley. A este programa se puede acudir voluntariamente o por decisión judicial, recibiendo los menores de familias separadas orientación familiar, asistencia a sesiones en grupo con otros niños cuyas familias se encuentran en una situación similar. Las actividades que se ofrecen el Gobierno de Australia en estos programas son muy variadas: orientación familiar, seminarios informativos, sesiones educativas y grupales con los padres que tienen problemas similares y la utilización de un servicio de resolución de disputas familiares. En principio toda la información facilitada en estos programas es confidencial, salvo aquella relativa a evitar daños a la vida, a la salud o constitutivas de abuso infantil o riesgo de abuso. La duración de estos programas suele ser de tres meses a dos años.<sup>17</sup>

En los EEUU<sup>18</sup> la custodia compartida (shared custody) o custodia conjunta (joint custody) se configura como la presunción general aplicable en casi todas las legislaciones sobre divorcio de los distintos estados. De hecho se distingue entre dos formas de custodia compartida o conjunta: la custodia legal conjunta, en virtud de la cual los padres comparten el derecho de decisión, la responsabilidad y la autoridad respecto a todas las cuestiones de importancia que afecten al niño con un régimen amplio de convivencia que varía según los distintos estados, y la custodia física conjunta en la que los padres comparten el tiempo de residencia con el niño, sin exigir que dichos periodos sean matemáticamente iguales. En general se considera el 35% del tiempo como umbral mínimo de convivencia del progenitor que menor tiempo pasa con el niño, siendo frecuente un reparto al 50%. En algunos estados como

---

<sup>15</sup> MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, “Problemas que genera la actual regulación de la guarda y custodia en el proceso contencioso”. *Diario La Ley*. Número 7105, año XXX, 2 de febrero de 2009, ref<sup>a</sup> D-29, p. 1449.

<sup>16</sup> LATHROP GÓMEZ, Fabiola. *La custodia compartida de los hijos*, Madrid 2008, (pp. 313-346).

<sup>17</sup> Folleto divulgativo del Gobierno de Australia, puede ser consultado en la página [http://www.padresdivorciados.es/?page\\_id=757](http://www.padresdivorciados.es/?page_id=757).

<sup>18</sup> <http://www.padresdivorciados.es/wp-content/uploads/joint-custody-in-the-usa-en-espanol.pdf>. En este enlace puede ser consultada en español la legislación correspondiente a diversos estados.

California y Montana, la expresión “custodia conjunta” comprende los dos tipos de custodia explicados, la física y la legal, mientras que en otros estados como Florida o Michigan se regula la “custodia alterna”. En conclusión en EEUU, la custodia legal conjunta ha sido ya adoptada por la práctica totalidad de los estados, siendo la custodia física conjunta la fórmula más idónea adoptada por la mayoría de las legislaciones.<sup>19</sup> La ley Uniforme sobre Jurisdicción y Aplicación de la Custodia de Niños de 1997 (Uniform Child Custody Jurisdiction and Enforcement Act) adoptada por unos 20 estados, establece el contacto asiduo y significativo del niño con ambos padres después de la crisis matrimonial.<sup>20</sup>

El fin pretendido no es otro que procurar la mejor realización del beneficio e interés del menor que va a prevalecer frente al de los padres cuando exista alguna colisión entre dichos intereses, con la intención de que sufran lo menos posible la ruptura de sus progenitores y conserven lo más posible a ambos. Se configura así como un derecho que tienen hijos y progenitores a seguir teniendo una relación paterno-filial y materno-filial igualitaria, al que no se puede ni debe renunciar. Un derecho que nace de la familia y no del matrimonio; lo que supone que los derechos y responsabilidades de cada uno tras la crisis conyugal deben ser iguales a los que se tenían con anterioridad. Se prima así el aspecto obligacional de las relaciones paterno-filiales. Ambos progenitores han de ser conscientes de que las crisis familiares no les eximen de sus obligaciones con los hijos. Su fundamento no es otro que hacer efectivo el libre desarrollo de la personalidad del menor, de tal manera que pueda ir labrándose su futuro opinando sobre lo que le conviene. En este sentido, el interés del niño no tiene porqué coincidir con el de los padres, ya que lo importante no son los derechos de éstos sino los de aquél.<sup>21</sup> De hecho según la propia Exposición de Motivos de 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 (BOE nº 163, de 9.7.2005), esta reforma pretende reforzar la libertad de decisión de los padres respecto del ejercicio de la patria potestad.

Esta forma de distribuir el cuidado y convivencia con los hijos constituye una innovación que ha venido produciéndose en todo nuestro entorno cultural dentro de la evolución social de las relaciones paternas filiales. La Instrucción de la Fiscalía General del Estado 1/ 2006, de 7 de marzo, sobre la guarda y custodia compartida y los hijos menores de edad, reconoce que: "en los últimos años la posibilidad de establecer sistemas de guarda compartida se había ido abriendo camino en nuestra jurisprudencia menor, si bien con reticencias y dificultades, motivadas en parte por la falta de previsión expresa".

Frente a una distribución de roles en la familia, en que el cuidado de los hijos estaba normalmente atribuido a las madres, al igual que las labores domésticas, se ha venido produciendo una mayor participación del marido en ambas tareas y se pretende legalmente fomentarlo aún más en persecución de un ideal de igualdad, como refleja la modificación por la misma Ley 15/2005 del art. 68 CC, en esta línea. Se pretende incrementar la corresponsabilidad de los padres en la educación, formación

---

<sup>19</sup> Puede ser consultada dichass conclusiones en [www.padresdivorciados.es/wp-content/uploads/informe-reencuentro-ii.pdf](http://www.padresdivorciados.es/wp-content/uploads/informe-reencuentro-ii.pdf).

<sup>20</sup> Puede consultarse dicha Ley en <http://www.law.upenn.edu/bll/ulc/fnact99/1990s/uccjea97.htm>

<sup>21</sup> TAMAYO HAYA, Silvia “La custodia compartida como alternativa legal” *Revista Critica de Derecho Inmobiliario* - Núm. 700, Marzo - Abril 2007 p. 669.

y cuidado de los hijos comunes; reducir la carga de las mujeres en relación con la atención de sus hijos, que disminuye sus posibilidades de promoción profesional y de vida y actividad fuera del hogar; aumentar la participación de los varones; disminuir la privación a los hijos de la presencia de uno de sus padres; y atender la reivindicación de varones que se consideraban marginados en el ejercicio de su paternidad. Al propio tiempo, algunas madres celosas de la exclusividad de que habían gozado hasta entonces, se han opuesto a la aplicación de este sistema de guarda. La realidad es que a través de los convenios e incluso de algunas resoluciones judiciales en pleitos contenciosos, ya se venía practicando esta guarda, aunque con cuentagotas, hasta que la Ley 15/2005 ha incorporado esta posibilidad al Código Civil.<sup>22</sup>

La redacción del art.92 Cc en el Anteproyecto de Ley era muy simple: “ Los padres podrán acordar o, en su caso el juez podrá decidir, a instancia de parte y siempre en beneficio del menor, que la guarda de los hijos sea ejercitada por uno solo de ellos o conjuntamente, procurando no separar a los hermanos. Antes..., el juez, de oficio o a instancia de parte, podrá recabar el dictamen de un facultativo”. El informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Ley influyó de manera decisiva en la redacción que el Proyecto de Ley dio a este precepto. El informe sugirió que el precepto recogiese el interés superior del menor de una forma mucho más completa y garantista, con el objetivo de vetar la custodia compartida en determinados supuestos. El Informe aconsejó que fuera “el juez quien, en cada caso, valore la conveniencia, o no, de la custodia compartida en sus distintas modalidades, teniendo en cuenta conjuntamente el interés del menor y la concreta situación real entre los padres”. El redactado del artículo 92 Cc en el Proyecto de Ley fue el siguiente:

“La separación, la nulidad y el divorcio no eximen a los padres de sus obligaciones para con los hijos. 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. En la sentencia se acordará la privación de la patria potestad cuando en el proceso se revele causa para ello. Los padres podrán acordar en el convenio regulador o el juez podrá decidir, en beneficio de los hijos, que la patria potestad sea ejercida total o parcialmente por uno de los cónyuges. En la propuesta de convenio regulador o a instancia de uno de los padres, podrá solicitarse que el juez, previo informe del Ministerio Fiscal, decida en interés exclusivo de los hijos, valorando la relación que los padres mantengan entre sí, tras oír a los mayores de 12 años y, si lo considera preciso, a los menores que tengan suficiente juicio, que la guarda de estos sea ejercida por uno de ellos o conjuntamente. 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. Cuando, a petición de parte, el juez acuerde la guarda conjunta deberá fundamentar su resolución en la mejor protección del interés del menor. Además, deberá adoptar las cautelas procedentes para el eficaz cumplimiento del régimen de guarda. En todo caso se procurará no separar a los hermanos.

---

<sup>22</sup>ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA Luis. “Las reformas legislativas españolas de 2005 en materia matrimonial”. *Temas candentes de Derecho matrimonial y procesal y en las relaciones Iglesia-Estado*, 2008, p. 207. Id. vLex: VLEX-37259443.

El juez, antes de adoptar alguna de las decisiones a que se refieren los apartados anteriores, de oficio o a instancia de parte, podrá recabar dictamen de un facultativo relativo a la idoneidad del modo de ejercicio de la patria potestad t el régimen de custodia de los menores”.

Durante la tramitación parlamentaria del Proyecto de Ley, la nueva redacción del art.92 Cc fue objeto de discusión tanto en el Congreso como en el Senado. En particular, la introducción de la guarda y custodia compartida impuesta por el juez resultó polémica y la redacción final es fruto del consenso entre las diversas propuestas formuladas por las fuerzas políticas.<sup>23</sup> Por último la redacción final del precepto es la siguiente:

Artículo 92.5 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” (art. 92.5 del CC, en la redacción dada hasta su primer punto). “El Juez, al acordar la guarda conjunta y tras fundamentar su resolución, adoptará las cautelas procedentes para el eficaz cumplimiento del régimen de guarda establecido procurando no separar a los hermanos”

De conformidad con el artículo 92.6 del CC, se establece:

- “En todo caso, antes de acordar el régimen de guarda y custodia, el Juez deberá:
- Recabar informe del MF. -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.

De conformidad con el artículo 92.7 del CC: “No procederá la guarda conjunta cuando:- Cualquiera de los padres esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos”.-“Tampoco procederá cuando el Juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica.

El polémico apartado octavo del artículo 92 establece:

- “Excepcionalmente, aunque 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.

El resultado en la regulación del artículo 92 del CC es insatisfactoria, su terminología es incorrecta; se aprecia “falta de conexión entre los distintos párrafos y no se sabe muy bien para qué supuestos reserva el legislador la facultad decisoria del juez, por ello hay que buscar una interpretación

---

<sup>23</sup> ALASCIO CARRASCO Laura, MARÍN GARCÍA Ignacio. “Juntos pero no revueltos: la custodia compartida en el nuevo art.92 Cc”. *InDret Revista para el análisis del Derecho*, número 3, febrero2006, pp.13-15.

intentando coordinar los parches parlamentarios para conseguir un resultado que satisfaga el interés del menor, que es en definitiva de lo que se trata”<sup>24</sup>

*PINTO ANDRADE* analiza, la confusión en la interpretación del verbo “se acordará”, radica en la utilización del verbo imperativo que parece imponer la guarda y custodia compartida siempre que los progenitores estén de acuerdo cuando el apartado octavo del art 92 establece que la fundamentación principal para acordarla es el interés superior del menor. El apartado quinto del mencionado artículo establece la fundamentación sólo a los efectos de lo reiterado en el artículo 248 de la LOPJ, por tanto, si concede o no la custodia compartida esta decisión deberá siempre estar totalmente fundamentada en el pilar establecido en el apartado octavo del artículo 92. En segundo lugar, respecto de la intervención del Ministerio Fiscal, los artículos 749.2 y 777.5 LEC señalan que será preceptiva la intervención del Ministerio Fiscal, y su informe siempre que en el procedimiento exista un menor. Por tanto, este informe es el que aparece en el artículo 777.5 LEC, la norma no dice que este informe tenga que ser favorable. En tercer lugar, respecto del derecho del menor a ser oído dicha obligación que ha desaparecido en relación al límite de los 12 años del art. 777.5 LEC, sin embargo, no se ha derogado dicho límite ni en el art 770.4 LEC. Como veremos más adelante esta cuestión tan importante ha intentando ser resuelta por el TC en una reciente sentencia de 29 de junio de 2009, sin olvidar que la base fundamental de este derecho se encuentra en el art. 9 de la LO 1/96 de Protección Jurídica del menor. En cuarto lugar, las relaciones que mantienen los padres entre sí, es a falta de requisitos legales, puramente construcción jurisprudencial podemos establecer la siguiente enumeración realizada por *PINTO ANDRADE* analizando la jurisprudencia al respecto: muy bajo nivel de conflicto, buena comunicación, cooperación, residencias cercanas o compatibles, estilos educativos similares, rasgos de personalidad y carácter de los hijos y padres compatibles, respeto mutuo, vínculo afectivo con ambos progenitores (SSAAPP Barcelona 18ª de 20.2.2007, Alicante 6ª 29.12.2004). De manera que la mala relación entre los progenitores es la causa más frecuente de denegación del régimen de custodia compartida (SSAAPP de Gerona 2ª de 9.2.2000, Barcelona 12ª de 8.6.2000, Barcelona 18ª de 12.01.2006, Zaragoza 4ª de 24.7.2006, Madrid 22ª de 22.9.2006 y 3.10.2006, Madrid 22ª de 2.3.2007 y 9.3.2007, Vizcaya 4ª de 20.3.2007 y 9.3.2007, Vizcaya 4ª de 20.3.2007). Podemos decir que, no sólo la jurisprudencia reconoce la causa legal relativa a la existencia de violencia de género sino aquellas otras causas no reconocidas legalmente y que coartan su establecimiento como la falta de comunicación entre los progenitores que se agrava con la litigiosidad judicial (SAP Barcelona 18ª de 21.2.2008), falta de aptitud en ambos progenitores para desarrollar una coparentalidad responsable (SAP Asturias 1ª 29.1.2008). Incluso en algunos casos la inexistencia de una relación cordial puede ser causa de inadmisión (SAP 12ª 19.06.2008). La interpretación otorgada por la doctrina a este apartado 8 del artículo 92 “van desde entelequia e imposible hasta laberíntica o realidad excepcional”<sup>25</sup>.

---

<sup>24</sup> Conclusión que comparto personalmente y a la que llega *MARÍN GARCÍA DE LEONARDO*, María Teresa, en la Introducción de su trabajo :“Problemas que genera la actual regulación de la guarda y custodia en el proceso contencioso”. *Diario La Ley*. Número 7105, año XXX, 2 de febrero de 2009, refª D-29, p. 1448.

<sup>25</sup> Cita *PINTO Andrade* en su obra “*la custodia compartida*” p. 68, a los autores *RIVERA ÁLVAREZ* en “*La custodia compartida impuesta*”, p. 14 y *PEREZ MAYOR* “La entelequia de la custodia compartida o alterna *Revista jurídica de Catalunya* nº3, 2007.

Es interesante indicar que, desde sus inicios, la iniciativa legislativa ha estado marcada por la confrontación social. Las asociaciones de padres o madres separadas y asociaciones de juristas han intervenido más en sus resultados que algunas instituciones al servicio de nuestro Gobierno, como son la Comisión General de Codificación, el Consejo de Estado y el Consejo General del Poder Judicial.<sup>26</sup> Por este motivo el problema fundamental que presenta la regulación de este artículo 92 del CC es que “ha sido reformado no atendiendo siempre al interés del menor sino a la reivindicaciones de distintos colectivos”.<sup>27</sup>

## B. Principios generales de la guarda y custodia compartida.

Al proceder al análisis de los principios que considera la doctrina como reguladores de la guarda y custodia compartida es importante destacar que el fundamental es el del “interés del menor” puesto que la cuestión no puede ser resuelta aludiendo continuamente al principio de igualdad y equiparación de los progenitores, porque lo fundamental es priorizar los intereses de los menores frente a los de sus progenitores, “dando una continuidad a la vida de los hijos que no resulte afectada por las medidas que se adopten”.<sup>28</sup>

### 1. El interés del menor.

En nuestra legislación el interés del menor “se encuentra recogido como una cláusula general, es decir, se expresa normativamente como un concepto jurídico indeterminado. La cláusula general es una disposición de Ley a la que le falta precisión por hacer referencia a un supuesto muy abstracto y general, (v.gr.:buena fe).<sup>29</sup>

Reproducimos literalmente, la determinación que del concepto realiza tanto la Audiencia Provincial de Sevilla como la Audiencia de las Palmas: “El interés del menor no puede identificarse con el bienestar material del mismo, fórmula que amén de gravísimas connotaciones metajurídicas, supondría llevada al extremo, negar el derecho de todo menor a sus padres simplemente porque éstos pertenezcan a sectores sociales desfavorecidos, aquellos a los que, además de serles negado el derecho al trabajo, a la vivienda, a la salud, en definitiva a llevar una vida digna, también se les negaría el derecho a la familia y, lo que es más grave, el derecho de los menores a criarse en el seno de la familia natural y biológica.”<sup>30</sup>

---

<sup>26</sup> RIVERA ÁLVAREZ Joaquín María. “La custodia compartida: génesis del nuevo art.92 del Código Civil”. *Cuadernos de Trabajo Social*, Vol. 18, junio 2005, p.139.

<sup>27</sup> Conclusión que comparto y a la que llega MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, María Teresa en “Problemas que genera la guarda y custodia compartida en los procesos contenciosos” ya citada.

<sup>28</sup> MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, “Problemas que genera la actual regulación de la guarda y custodia en el proceso contencioso”. *Diario La Ley*. Número 7105, año XXX, 2 de febrero de 2009, ref<sup>a</sup> D-29, p.1449.

<sup>29</sup> DE TORRES PEREA José Manuel. “Guarda y custodia tras la crisis matrimonial o la ruptura de la pareja de hecho”. *Interés del Menor y Derecho de Familia una perspectiva multidisciplinar*, Madrid, 2009 1.ª edición, p.24.

<sup>30</sup> El TC en la Sentencia 071/2004 recoge el razonamiento de la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Sevilla, de fecha 31 de octubre de 2002 en el que se analiza el interés superior del menor.

“Son los niños que viven en el seno de familias desestructuradas o con padres con conflictos y problemas entre sí los que pueden tener problemas de desarrollo afectivo. Los niños lo que necesitan es vivir en un entorno en el que sientan que hay amor, tranquilidad, respeto, comprensión; en el que se les escuche y respete y atienda como personas que son por muy pequeñas que sean. Y eso lo pueden y deberían encontrar tanto en un hogar heterosexual como homosexual”<sup>31</sup>.

Lo importante, no es el modelo familiar ( heterosexual, homosexual, monoparental etc.) , sino el funcionamiento familiar, la esencia del Derecho de familia no está actualmente “en el orden natural o en el deber ser de las cosas, hoy la encontramos en la función social del núcleo familiar, la familia es “el cauce adecuado para el desarrollo de los individuos”, “antes el interés familiar estaba por encima del interés particular y ahora el interés personal está por encima del familiar y cuando existe colisión entre dos intereses personales prevalece el interés superior del menor por ser la parte más merecedora de protección, la parte más débil”. Respecto de la estructura familiar “el mejor modelo familiar para que un menor se desarrolle plenamente no puede ser ni el autoritario ni el permisivo sino el autoritativo, que se funda en la negociación familiar, imponiendo pautas de conducta, apoyando emocionalmente al menor. Las necesidades básicas del niño son siempre la misma sea cual sea su ámbito cultural. Se trata del respeto a los principios básicos del Derecho del menor, de garantizar que se le proporcionen el afecto, cariño y condiciones mínimas para desarrollarse”<sup>32</sup>, a tal respecto señala MUSITU OCHOA que: “las necesidades básicas del niño son iguales en todas las culturas”.<sup>33</sup> El vacío comunicativo, afectivo, la falta de cariño son factores determinantes que atentan al interés del menor a tal respecto TORRES PEREA destaca la clasificación que de los tipos familiares realiza MUSITU OCHOA Y CAVA CABALLERO<sup>34</sup> distinguen entre cuatro modelos: “ 1) Padres con alto grado de control sobre sus hijos y

---

<sup>31</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de las Palmas, Sección 5ª de 14 de abril de 2004. Excede de este trabajo de investigación la polémica sobre el interés del menor y su relación con los distintos tipos de familias existentes. No obstante, puede consultarse a tal respecto, el interesante estudio realizado por DE TORRES PEREA en “ El interés del menor en el Derecho alemán, en las páginas 733 y ss donde se aborda la cuestión relativa a la adopción del menor por persona homosexual tras la reforma de 15 de diciembre de 2004 en el Derecho de Familia alemán, fundamentándose en los estudios (entre otros) de NAVE-HERZ, SIELERT, KEIL/ HASPEL, WELLWNHOPER-KLEIN, DIMSKI , explicando a tal respecto que: “Señalan los autores alemanes que el claro prejuicio con el que es tratado este tema parte de la creencia de que los hijos que crezcan en el seno de una pareja homosexual están condicionados a desarrollar una tendencia homosexual (consideración de la homosexualidad como una patología antinatural contagiosa). Sin embargo, a parte del hecho de que no puede considerarse antinatural una orientación que se da en la propia naturaleza, concluye la doctrina germana señalando que los estudios realizados han demostrado que los niños que han crecido en una familia homosexual no presentan un mayor porcentaje de homosexualidad que los nacidos en parejas heterosexuales. De hecho, dichos informes señalan que su desarrollo emocional, intelectual, social y moral no difiere según hayan crecido en uno u otro tipo de familias, por el contrario en los casos de niños crecidos en una familia homosexual lo que se se ha constatado es su mayor predisposición a la tolerancia”.

<sup>32</sup> DE TORRES PEREA José Manuel. “Guarda y custodia tras la crisis matrimonial o la ruptura de la pareja de hecho”. *Interés del Menor y Derecho de Familia una perspectiva multidisciplinar*, Madrid, 2009 1.ª edición, p 16 y pp. 34-37.

<sup>33</sup> Dicha conclusión es recogida en la p.37 por DE TORRES PEREA José Manuel. “Guarda y custodia tras la crisis matrimonial o la ruptura de la pareja de hecho”. *Interés del Menor y Derecho de Familia una perspectiva multidisciplinar*.

<sup>34</sup> Clasificación descrita en las pp. 65 y 66 por DE TORRES PEREA en el *Interés del Menor y Derrecho de Familia* y realizada por MUSITU OCHOA Y CAVA CABALLERO en *La familia y la educación* Barcelona, 2001, pp. 123-132.

con altos niveles de apoyo y aceptación ( modelo autorizativo); 2) padres con alto grado de control sobre sus hijos y con bajo apoyo ( modelo autoritario);3) padres con escaso control sobre sus hijos y con pocas muestras de aceptación y apoyo ( modelo negligente). Parece que hoy es el modelo autorizativo el más valorado, se trata de educar definiendo claramente los límites a partir de la comunicación y la negociación. Normalmente los modelos familiares que dan lugar a situaciones de desprotección infantil son el autoritario y negligente.

Como principio universal se encuentra reconocido legislativamente en diversas disposiciones, conformando un verdadero y auténtico estatuto jurídico, como mantiene el propio Tribunal Constitucional, en la Sentencia 141/2000, de 29 de mayo, estatuto que tiene carácter de indisponible y ampararía a todos los menores de edad, nacionales o no, sitos en territorio español.<sup>35</sup>

1. En el art.39 de la CE cuando establece la protección integral de los hijos, como principio rector de la política social y económica.

2. Como preceptos que se refieren al interés del menor en el Código Civil podemos señalar: la nacionalidad (art.20.2.a), situaciones de crisis del matrimonio (arts. 87.1, 92.2 y 4, 103.1), alimentos entre parientes (art.149), patria potestad (arts.154.2, 156.2, 161 y 170), reconocimiento de la filiación (art.125), guarda y acogimiento (arts. 172.3, 173.3, 173 bis.3º), adopción (arts. 176.1, 180.2 y 9.5), tutela (arts. 216.2, 234.2, 235, 239, 245, 246), guarda de hecho (art.304).

3. En la LOPJM, pues su art.2 establece como principio general que “en la aplicación de la presente Ley primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir”.

4. La Carta Europea de los Derechos del Niño de 21 de septiembre de 1992, (DOCE n°C 241, de 21 de septiembre) establece en su punto nº15: “Toda decisión familiar, administrativa o judicial, en lo que se refiere al niño, deberá tener por objeto prioritario la defensa y salvaguardia de sus intereses. A tales efectos, y siempre que ello no implique riesgo o perjuicio alguno para el niño, éste deberá ser oído desde el momento en que su madurez y edad lo permitan en todas las decisiones que le afecten. Con objeto de ayudar a tomar una decisión a las personas competentes, el niño deberá ser oído, especialmente en todos aquellos procedimientos y decisiones que impliquen la modificación del ejercicio de la patria potestad, la determinación de la guardia y custodia, la designación de su tutor legal, su entrega en adopción o su eventual colocación en una institución familiar, educativa o con fines de reinserción social. A este respecto, en la totalidad de los procedimientos deberá ser parte obligatoriamente el Ministerio Fiscal o su equivalente, cuya función primordial será la salvaguardia de los derechos e intereses del niño.

5. En la Carta de los Derechos Fundamentales de Unión Europea, hecho en Niza, el 7 de diciembre del año 2000, se determina en su art.24 los derechos del menor estableciendo al respecto que: “Los menores tienen derecho a la protección y a los cuidados necesarios para su bienestar. Podrán expresar su opinión libremente. Ésta será tenida en cuenta en relación con los asuntos que les afecten, en función de su edad y de su madurez. En todos los actos relativos a los menores llevados a cabo por autoridades públicas o instituciones privadas, el interés superior del menor constituirá una consideración

---

<sup>35</sup> ASENSIO SÁNCHEZ, “La patria potestad y la libertad de conciencia del menor”. Madrid, 2006, p. 63.

primordial. Todo menor tiene derecho a mantener de forma periódica relaciones personales y contactos directos con su padre y con su madre, salvo si son contrarios a sus intereses.

6. La Convención de los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de ONU el 20 de Noviembre de 1989, ratificada por España el 30 de Noviembre de 1990 (BOE de 31 de diciembre de 1990) en su art. 3.1 establece que: “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los Tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a la que se atenderá será el interés superior del niño”. Los pilares internacionales anteriores a la Convención de Derechos del Niño fueron, La Declaración de Ginebra de 1924 sobre Derechos del Niño que contenía cinco puntos como principios básicos de protección de la infancia y la Declaración de Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1959 que utilizó por primera vez la expresión interés del menor en los Principios 2 y 7.

El concepto jurídico indeterminado del “interés del menor” presenta tanto ventajas como desventajas, la principal ventaja es la flexibilidad, no existiendo parámetros determinados es más fácil acudir al caso concreto para la determinación de lo que es más favorable al menor. El inconveniente principal es dejar en manos del intérprete su determinación y por tanto, existe siempre el riesgo de inseguridad jurídica.<sup>36</sup>

La abstracción inicial es otra característica de su definición, pues deberá de ser determinado por el mismo menor mediante su audiencia, por el juez y por las personas que lo rodean, por tanto, aunque hablemos de concepto jurídico indeterminado y abstracto, deberemos en el caso concreto determinar lo que es más favorable para el menor, puesto que el interés del menor no es el mismo en todos los casos ni coincide en el mismo menor teniendo en cuenta las diferentes etapas de su vida.<sup>37</sup>

Como afirma PÉREZ MARTÍN “con carácter previo y aunque solo sea a modo de principio general, hay que indicar que la custodia conjunta o compartida se ampara legalmente en dos derechos fundamentales: por una parte, el derecho del hijo a preservar su relación con sus dos progenitores, de acuerdo con la Carta de los Derechos del Niño; y por otro, el derecho y deber de los padres a prestar asistencia a sus hijos, recogido en la Constitución, así como velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos y educarlos, según se indica en el Código Civil. Es un hecho indiscutible que la sociedad española va evolucionando, y que los hombres y las mujeres que se separan en el año 2007 no lo hacen de igual manera a como se hacía en el año 1981. Los hábitos de conducta son muy diferentes a los imperantes en la época en que entró en vigor la ley del divorcio, que arrastraba unas experiencias de conducta de pareja donde estaba arraigada una tradición secular de desigualdad y de privilegios que hoy, en muchos casos, han dejado de existir. La forma de separarse tampoco es la misma; en los primeros años de vigencia de la ley de del divorcio sólo acudían al procedimiento consensual el 30% aproximadamente

---

<sup>36</sup> CASTILLO Martínez. “El interés del menor como criterio prevalente en la Mediación Familiar”, en [www.monografias.com/trabajos30/menores-criterio-prevalente-mediación](http://www.monografias.com/trabajos30/menores-criterio-prevalente-mediación), fecha de consulta 25 de julio de 2009.

<sup>37</sup> BUITRAGO S.” Convenicón sobre los derechos del niño comparación y recepción en las leyes de adopción y el régimen de identificación para el recién nacido”, puede consultarse en el enlace [www.salvador.edu.ar/buitrago.htm](http://www.salvador.edu.ar/buitrago.htm), fecha de consulta 25 de julio de 2009.

de las parejas y en el año 2006, la proporción es la inversa, es decir, el 70% de las parejas terminan su relación firmando un convenio regulador”.<sup>38</sup>

Por tanto, vamos deduciendo que es absolutamente imposible definir con precisión el interés del menor, pues dicho concepto quedaría siempre incompleto dada su complejidad y extensión. El interés del menor es un concepto jurídico indeterminado y abstracto que debe ser concretado en cada situación, elevado a principio general del derecho privado con fuerza de ley y principio constitucional reforzado rector de la acción de los poderes del Estado, con jerarquía superior a la determinada en el art. 1.3 del CC para los principios generales del Derecho. Como principio general del Derecho con carácter reforzado del que se deriva sus funciones de principio informador de las instituciones del Derecho de Familia (patria potestad, tutela, acogimiento, adopción), principio de interpretación teleológica con facultad de integración del ordenamiento jurídico derivada del art. 1.4 del CC.<sup>39</sup> Siendo un principio general del derecho no es de aplicación subsidiaria porque se encuentra expresamente reconocido en la Ley, es una disposición de Ley al ser una cláusula general es una disposición legal que se refiere a hechos muy generales y abstractos<sup>40</sup>

En el Informe de Reencuentro I, elaborado en el año 2002, por la Asociación de Padres de Familia Separados (APFS) y Federación Andaluza de Padres y Madres Separados (FASE), se puso de manifiesto que pese al rechazo hacia la custodia compartida por su inviabilidad práctica y el empeño por establecer límites teóricos sobre la misma surgen consecuencias en las que se afectan a derechos humanos y en concreto al derecho de todo niño a seguir manteniendo “vínculos estrechos y asiduos con sus dos padres” y el derecho de los dos progenitores de seguir siendo padre y madre del menor. Por tanto, el mejor padre, son ambos padres, requiriendo el interés superior del niño el contacto frecuente y continuo con sus dos progenitores, ejerciendo ambos en plano de igualdad sus derechos y responsabilidades, lo que se denomina coparentalidad, esto desencadena en la utilización errónea del término custodia y el uso cada vez más frecuente del término corresponsabilidad, por este motivo tras la desaparición de la causalidad en el divorcio, es más difícil hablar de parte ganadora y perdedora. Asimismo, este informe ya hizo hincapié en que salvo situaciones especiales, la fórmula más adecuada de custodia sería por regla general la alternancia semanal y en los niños de corta edad, los contactos deberían ser más cortos y más frecuentes, determinando que la custodia exclusiva generalmente conlleva estabilidad material mientras que la compartida deriva en una mayor estabilidad emocional del menor. En el tema relativo a los derechos económicos que comporta la custodia exclusiva se critica que la misma favorece el parasitismo social de una de las partes y el descontrol de la transferencia económica por la persona que la realiza.<sup>41</sup>

---

<sup>38</sup> PÉREZ MARTÍN Antonio Javier. “Guarda o custodia conjunta o compartida”. *Tratado de Derecho de Familia. Aspectos sustantivos*. I Vol.1, 1ª edición, febrero, 2007. [buscar la página](#).

<sup>39</sup> La dificultad en determinar el concepto nos lleva a intentar refundir en uno sólo sus parámetros fundamentales. RIVERO HERNANDEZ Francisco. “El interés del menor: del estándar jurídico al principio general”. *El interés del menor, Madrid*, Enero 2007, p. 12 del Id. Vlex: 389183.

<sup>40</sup> TORRES PEREA José Manuel. “Nociones previas sobre el interés del menor. Materia no reducible a una mera definición”. *Interés del Menor y Derecho de Familia una perspectiva multidisciplinar*, Madrid, 2009 1.ª edición, p.232.

<sup>41</sup> Informe de Reencuentro I, consultado el día 13 de noviembre de 2009, se puede localizar en <http://www.padresdivorciados.es/wp-content/uploads/informe-reencuentro-i.pdf>

Tal y como dice RIVERO HERNANDEZ, “el fundamento esencial de la custodia compartida se encuentra en el interés superior del menor. La protección de su ser o esencia de persona conduce a la salvaguarda de los derechos fundamentales de la persona y de los demás derechos que le son reconocidos en nuestro ordenamiento jurídico. Además, el menor es una realidad humana en devenir. Su desarrollo futuro es una necesidad actual que hay que garantizar: los derechos para el desarrollo, son derechos instrumentales que operan en un doble plano, ya que atienden tanto a los intereses del adulto futuro como del niño actual”.<sup>42</sup>.

De lo expuesto se puede afirmar que el “interés del menor” constituye el límite y punto de referencia último de la institución de la guarda y custodia y de su propia operatividad y eficacia. Como se puede comprobar de la nueva redacción del art.92 CC por la ley 15/2005, el interés del menor no siempre tiene que coincidir con lo que los padres consideren que es mejor para ellos, correspondiendo en último término al Juez, tenidos en cuenta todos los elementos probatorios que obren en las actuaciones, determinar cuál es la mejor manera de satisfacer y proteger dicho interés.<sup>43</sup>

Para PÉREZ SALAZAR, no cabe duda de que el interés de los hijos queda mejor protegido a través de un contacto frecuente con sus dos padres por tanto, “es importante ir más allá de la terminología legal que sin embargo, si tiene importancia porque de ella derivan otras medidas, como la pensión de alimentos por ejemplo, o la atribución de derecho de uso de la vivienda familiar y su duración”<sup>44</sup>

Por su importancia, destaca el Informe elaborado por Prodeni de fecha 17 de noviembre de 2009<sup>45</sup>, remitido al Congreso de los Diputados y dedicado “a la niña María Ángeles (la niña de Benamaurel), a Diego (el niño del Royo), a la niña canaria Piedad, a quienes la Administración de Justicia debería pedirles perdón”. Dicho informe, se fundamenta en la reciente Sentencia dictada por el TS, Sala de lo Civil, de 31 de julio de 2009, al resolver sobre un recurso de casación interpuesto por la Administración de Castilla La Mancha contra una sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo que ordenaba la devolución inmediata de una niña a la parte biológica cuando se encontraba bajo un acogimiento preadoptivo, refiere la existencia de dos corrientes o posturas de las Audiencias Provinciales que siguen criterios contrapuestos a la hora de valorar si corresponde o no corresponde atender las demandas de devolución de los hijos cuando han sido desamparados y ha transcurrido cierto tiempo de convivencia en otras familias. Dice la Sala que “(...) algunas sentencias de las audiencias provinciales reconocen una relevancia preponderante a la evolución positiva de los padres posterior a la declaración de desamparo. Consideran la reinserción en la familia biológica como la directriz de las medidas de

---

<sup>42</sup> RIVERO HERNANDEZ Francisco. *El interés del menor*. Madrid, enero, 2007.

<sup>43</sup> SARAVIA GONZÁLEZ Ana María. Magistrada-Juez. *La jurisdicción de familia especialización Ejecución de resoluciones y custodia compartida*. Estudios de Derecho Judicial Nº 147, Madrid, 2008 p. 236.

<sup>44</sup> PÉREZ SALAZAR RESANO, Margarita. “La guarda y custodia compartida y su incidencia en la pensión alimenticia”. *Diario la ley*. Nº 12967/2009, de 29 de junio de 2009.

<sup>45</sup> Este informe puede ser consultado en la página <http://www.prodeni.org>, del que llevamos a cabo una reproducción literal del mismo, pues expone las dos posturas existentes sobre la cuestión relativa a lo que se considera más acorde al interés del menor.

protección impuesta por la protección constitucional de la familia, por el respeto a los derechos de los padres biológicos y de los restantes implicados y por el propio interés del menor en mantener los lazos afectivos con su familia biológica (SAP Toledo 21.11.2006; SAP Castellón, Sección 2ª de 25.11.2008; SAP Sevilla, Sección 2ª, 31 de Octubre de 2006). Por el contrario, sigue diciendo: “Otras sentencias de las audiencias provinciales, en una posición que puede calificarse de mayoritaria, consideran que no basta con una evolución positiva de los padres biológicos, ni con el propósito o deseo de desempeñar adecuadamente el rol paterno y materno, sino que es menester que esta evolución, en el plano objetivo y con independencia de las deficiencias personales o de otro tipo que puedan haber determinado el desamparo, sea suficiente para restablecer la unidad familiar en condiciones que supongan la eliminación del riesgo de desamparo del menor y compensen su interés en que se mantenga la situación de acogimiento familiar en que se encuentre teniendo en cuenta, entre otras circunstancias, el tiempo transcurrido en la familia de acogida, si su integración en ella y en el entorno es satisfactoria, si se han desarrollado vínculos afectivos con ella, si obtiene en la familia los medios necesarios para su desarrollo físico y psíquico, si se mantienen las referencias parentales del menor con la familia biológica y si el retorno al entorno familiar biológico comporta riesgos relevantes de tipo psíquico (SAP Sevilla, Sección 6ª 12.06.2000; SAP Valencia, Sección 10ª, 29.11.2002; SAP Sevilla, Sección 2ª 11.06.2008; SAP Santa Cruz de Tenerife, Sección 1ª 21.04.2008; SAP León, Sección 1ª 30.01.2008; SAP Barcelona Sección 18ª 15.05.2007; SAP Alicante, Sección 6ª 21.02.2007; SAP Barcelona Sección 18ª 25.01.2007; SAP Orense, Sección 1ª 27.07.06; SAP Cádiz, Sección 2ª 20.01.2006)”. Resultando que el propio Tribunal Supremo también se acoge a la segunda de las posturas descritas, por la STS de 2 de julio de 2001 que considera “razonable el mantenimiento del acogimiento residencial a la vista de que el cambio de circunstancias que invocaba la recurrente no se consideraba fuese sustancial y duradero.” Pero es más, el Alto Tribunal en la citada sentencia 565/2009 de 31 de Julio quiere sentar doctrina acerca del criterio que debe regir la praxis del juzgador al dilucidar sobre “la vida y hacienda” de los menores cuando “éstos se vean inmersos en procedimientos de demanda de cambio o permanencia de titularidad (familia biológica/familia acogedora) destacando que, a la hora de decidir sobre la cuestión, el juzgador, debe tener en cuenta, entre otras circunstancias, lo siguiente: El tiempo transcurrido en la familia de acogida, si su integración en ella y en el entorno es satisfactoria, si se han desarrollado vínculos afectivos con ella, si obtiene en la familia de acogida los medios necesarios para su desarrollo físico y psíquico, si se mantienen las referencias parentales del menor con la familia biológica, si el retorno al entorno familiar biológico comporta riesgos relevantes de tipo psíquico”. Esta incorporación de doctrina al ordenamiento jurídico va a suponer un paso importante en cuanto que marca una directriz a la autoridad que tenga en sus manos la toma de decisiones sobre el destino del menor en conflictos de familia, en atención a lo que establece la Exposición de Motivos de la Ley 1/1996 “las necesidades de los menores como eje de sus derechos y protección”.<sup>46</sup> En base a estos parámetros sería posible instaurar la conveniencia de adoptar o facilitar la adopción en los supuestos de acogimiento permanente de larga duración lo que desencadenaría una interpretación contraria a la Ley, pues es fundamental el derecho del niño a vivir y desarrollarse en su familia biológica,

---

<sup>46</sup> La referencia a la mencionada jurisprudencia se encuentra en el Informe presentado por la Asociación Prodeni, se puede localizar en <http://www.prodeni.org>.

Sin perjuicio de la vigencia de este principio constituyen el basamento de esta institución otros principios inspiradores: 1. La corresponsabilidad parental 2 La igualdad entre los progenitores 3 El derecho del hijo a seguir manteniendo un contacto directo y regular con ambos padres tras la ruptura matrimonial o coparentalidad.

## 2. Principio de corresponsabilidad parental.

Mediante este principio se fomentan las relaciones de familia en libertad en el sentido de que se otorga a los progenitores la posibilidad de decidir su propio modelo de convivencia en plenas condiciones de igualdad; se busca que compartan de manera efectiva y responsable un rol sin que se dé una superioridad jerárquica de uno sobre el otro. Y al mismo tiempo se apuesta por la igualdad de derechos y oportunidades de la mujer. El grado de corresponsabilidad se ha ido incrementando en los últimos años en condiciones de paridad de cara a la atención y cuidado de los hijos<sup>47</sup>

Consiste este principio en el reparto equitativo de los derechos y deberes que los progenitores deben ejercer frente a sus hijos. Como se ha puesto de manifiesto en el ámbito de la Sociología del Derecho en Italia y en Francia, la regulación de las relaciones parentales a la luz del interés superior del hijo representa, hoy en día, el punto fundamental de la reglamentación jurídica de la familia. Así, el ordenamiento familiar está siendo construido en un contexto de interrelación entre “lo público” y “lo privado”, el modelo de intervención pública está basado, en los vínculos de parentalidad, a los cuales se les estaría atribuyendo un grado de indisolubilidad comparable al asignado en el pasado al matrimonio. De esta forma, hombres y mujeres son reconocidos como seres libres y autónomos en cuanto a sus decisiones y elecciones como cónyuges, pero no como progenitores, pues el aparato estatal puede intervenir con el objeto de verificar si el ejercicio de la patria potestad resulta realmente conforme a los intereses del hijo. De esta forma, se estaría dando una inversión de las reglas relativas a la autoridad parental: el principio general sería el mantenimiento del ejercicio conjunto de la misma después de la separación y el divorcio y, en cambio su concesión exclusiva sería la excepción. En el ámbito internacional, La Convención Internacional de Derechos del Niño ha sido uno de los primeros Tratados en reconocer el principio de la corresponsabilidad parental como un derecho humano de los menores. En efecto, su art. 18 establece que “1. Los Estados Partes podrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. En el plano comunitario, a su vez, diversos instrumentos se refieren al principio de la corresponsabilidad familiar. Así la Resolución del Parlamento Europeo A3-0172/1992, de 8 de julio de 1992, sobre una Carta Europea de Derechos del Niño, establece en su punto 8.11 que: “padre y madre tienen una responsabilidad conjunta en el desarrollo y educación del menor”, en el mismo sentido se pronuncia, el Principio 5 de la Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa R 84, de 28 de febrero de 1984, afirmando que: “ las responsabilidades de los progenitores respecto de un

---

<sup>47</sup> TAMAYO HAYA, Silvia “La custodia compartida como alternativa legal” *Revista Critica de Derecho Inmobiliario* - Núm. 700, Marzo - Abril 2007, pp. 669. Id. vLex: VLEX-385475.

hijo deben pertenecer conjuntamente a ambos”; agregando en su Principio 10, “que si las responsabilidades parentales son ejercidas de manera compartida por ambos padres, cualquier decisión que afecte los intereses del hijo debe ser adoptada por el acuerdo de ambos”. Asimismo, el art.5 del Protocolo Adicional número 7 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales, de 22 de noviembre de 1984, establece que: “los cónyuges gozarán de igualdad de derechos y responsabilidades de carácter civil entre ellos y en las relaciones con sus hijos, tanto en caso de matrimonio y durante el matrimonio, como después de su disolución”. Especial mención merece el Reglamento (CE) 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, “relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) núm.1347/2000”, que define la responsabilidad parental como los derechos y obligaciones conferidos a una persona física o jurídica en virtud de una resolución judicial, por ministerio de la Ley o por un acuerdo con efectos jurídicos, en relación con la persona y los bienes de un menor; y en particular, los derechos de custodia y visita, (art.2, número 7). España no ha permanecido ajena a éste fenómeno, podemos señalar que la evolución hacia el ejercicio compartido de las responsabilidades parentales tuvo su origen en la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de reforma del CC, publicada dos meses antes del texto legal que introdujo la institución del divorcio (Ley 31/81, de 7 de julio), y que permitió el ejercicio conjunto de la patria potestad por ambos progenitores tras la ruptura matrimonial. Esta Ley reconoció a la madre los mismos derechos paternofiliales que históricamente habían sido asignados al padre tras la crisis conyugal.<sup>48</sup>

### 3. La igualdad entre los progenitores.

Para formalizar como regla general la institución de la custodia compartida, y al igual que se ha hecho en los ordenamientos más cercanos, el legislador de 2005 debió ser más valiente y abordar de modo directo las normas relativas al ejercicio de la patria potestad, a fin de garantizar la relación paritaria y simétrica con ambos padres para proteger mejor el interés del menor que cualquier tipo de relación privilegiada con uno de ellos, por tanto, la norma jurídica general debería ser la cotitularidad y el coejercicio de todas las funciones tuitivas, tanto si los padre viven juntos, como si están separados. Lejos de tomar esa opción, la Ley 15/ 2005 se ha conformado con mantener como criterio de normalidad el ejercicio unilateral de la potestad de guarda, limitándose a hacer posible la conjunta cuando ambos padres estén de acuerdo en esa modalidad, lo que otorga al disconforme un derecho de veto inadmisibles desde la perspectiva del interés del menor. Es cierto, que con carácter absolutamente excepcional, se admite la posibilidad de que a instancias de uno de los progenitores o padres adoptivos el juez acuerde la guarda y custodia compartida, previo informe favorable del Ministerio Fiscal, lo cual constituye una novedad perturbadora en nuestro sistema, “el Gobierno debería de aprovechar su intención de reforma para enmendar su cicatería e igualarse en este punto con los ordenamientos de nuestro entorno cultural y jurídico”.<sup>49</sup>

<sup>48</sup> LATHROP GÓMEZ, Fabiola. *La custodia compartida de los hijos*, Madrid 2008, pp. 348-360.

<sup>49</sup> GARCÍA RUBIO María Paz y OTERO CRESPO Laura. “Apuntes sobre la referencia expresa al ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos en la Ley 15/2005”. *Revista jurídica de Castilla y León*. nº8, febrero de 2006, p.104

La Convención de Derechos del Niño contempla en su art. 2.1 establece que “ los Estados parte respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición “ añade la doctrina que esta condición se refiere a la condición del niño, de sus padres o representantes legales. En todo caso, el legislador de 2005 ha intentado poner límites a esta desigualdad real en el seno familiar a través de la modificación del art.68 del Cc, ubicado en el Capítulo IV, relativo a los derechos y deberes de los cónyuges, del Título II del Libro I del CC, agregando a los tradicionales deberes de vivir juntos, guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente, los de “ compartir las responsabilidades domésticas y el cuidado y atención de ascendientes y descendientes y otras personas dependientes a su cargo”. Al parecer, mediante este precepto ubicado fuera de la reglamentación de los efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio del Capítulo IX del Título IV del CC, donde se regula la custodia compartida, el legislador ha pretendido establecer un soporte normativo de esta figura. Se ha intentado, concretar el principio de corresponsabilidad parental reforzando la vigencia del principio de igualdad jurídica, para que hombre y mujer, padre y madre, puedan reconstruir sus relaciones de familia en paridad de condiciones.<sup>50</sup>

4. El derecho del hijo a seguir manteniendo un contacto directo y regular con ambos padres tras la ruptura matrimonial.

El reconocimiento del derecho del hijo a la coparentalidad consiste en garantizar la continuación de las relaciones afectivas del menor con ambos progenitores no obstante la crisis familiar, la gran mayoría de las críticas al régimen de custodia unilateral se basan en la defensa del derecho a la coparentalidad, por tanto con la guarda y custodia compartida se quiere preservar la cotidianeidad de dichas relaciones paterno-filiales de manera que se desarrollen contactos frecuentes con ambos padres<sup>51</sup>.

Respecto de este principio de continuidad en las relaciones afectivas, el debate sobre la atribución de la guarda de los hijos en situaciones de crisis familiar versa hoy sobre el lugar que la guarda conjunta ha de tener en el sistema: si ha de ser fórmula que hay que aplicar en ausencia de pacto entre los progenitores, o si debe configurarse como una solución excepcional, tal y como establece el artículo 92 del Cc, existen autores como *GARRIGA MORINA* que proponen otro criterio de atribución de la guarda, que parte de la idea de la continuidad de las relaciones paterno filiales tras la ruptura entre los progenitores, que ha propuesto el American Law Institute en los Principles of the Law Family Dissolution. En Cataluña se tiene en cuenta esta idea, si bien no como criterio de atribución de la guarda, sino como una de las circunstancias que el Juez habrá de tener en cuenta para su asignación. Es por ello,

---

<sup>50</sup> LATHROP GÓMEZ, Fabiola. “*La custodia compartida de los hijos ...*”, hace referencia al principio citado p. 370

<sup>51</sup> LATHROP GÓMEZ, Fabiola. *La custodia compartida de los hijos...*”, pp. 370-376.

que la idea de este principio es adaptar la distribución de la guarda de los hijos a la dinámica de cada familia y evitar imponer a todas ellas unos mismos modelos de funcionamiento.<sup>52</sup>

### C. Significado, ventajas e inconvenientes.

En cuanto al significado de la custodia compartida, se puede definir como “aquella que tiende a lograr un reparto equitativo e igualitario en los derechos y deberes de los progenitores (corresponsabilidad parental y marental) para con los hijos e hijas, así como el reparto de espacios y tiempos equitativos e igualitarios de ambos progenitores para con los hijos tras la ruptura de la pareja”.<sup>53</sup>

En un primer acercamiento a esta figura conviene aludir a la confusión terminológica que existe en esta sede, hasta el momento de la reforma se utilizaba en la práctica del foro y en la doctrina la expresión custodia compartida para referirse a este modelo de guarda y, sin embargo el artículo 92 del Cc incluye dos términos para referirse en puridad a una guarda alternativa, guarda conjunta (párrafo séptimo) y guarda y custodia compartida (párrafo quinto y octavo). Ambas denominaciones han sido objeto de críticas, precisamente por no establecer en qué consiste pues en palabras de GUILLARTE MARTÍN “la guarda ni es conjunta ni se comparte sino que se alterna”.<sup>54</sup>

El término custodia es una fórmula acogida de otros ordenamientos y que ha sido traducida directamente al nuestro con este término, podemos decir que es el modo de ejercicio compartido o conjunto de la patria potestad, aunque el Código Civil recogió el término guarda al que se le concedió autonomía como término que aludía a la “convivencia con el hijo”, “a la toma de decisiones cotidianas”.<sup>55</sup>

La singularidad de la expresión conjunta “guarda y custodia” suele utilizarse con mucha frecuencia, lo que explica que haya sido acogida a nivel legislativo por el art. 748.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que enumera los procesos especiales sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores. Así, el art.67 del Cc, en su redacción conforme a ley de 24 de abril de 1958, posteriormente derogada, se refería a la “persona bajo cuya custodia haya de quedar”. Por otra parte aunque las Partidas ya se referían a la obligación de “criar é aver en guarda” (ley 3, tit.19, P4), la Ley de 13 de mayo 1981 introdujo tímidamente la palabra “guarda” en algunos preceptos del Cc así por ejemplo, arts. 158,174 y 1903; fueron la Ley de 11 de noviembre de 1987 y la Ley orgánica de 15 enero 1996 las que difundieron

---

<sup>52</sup> GARRIGA GORINA, Margarita. “El criterio de la continuidad frente a la guarda conjunta”. *Revista In Dret, Barcelona, julio 2008*, pp. 3-13.

<sup>53</sup> Definición dada por SARRIEGO MORILLO, en su estudio “ Respuestas a la incertidumbre de la custodia compartida”, <http://www.padresdivorciados.es/wp-content/uploads/incertidumbre-de-la-custodia-compartida.pdf>, fecha de la consulta 18 de noviembre de 2009. Según este estudio se acoge la noción mantenida por el Premio Nobel Eric R. Kandel, que demostró la importancia de la frecuencia de los estímulos a nivel celular para definir la intensidad de las emociones en todo ser humano, esto es, para un mejor desarrollo de las personas, en concreto de los menores es muy importante la mayor frecuencia del contacto de los menores con ambos progenitores y sus contextos familiares.

<sup>54</sup> GUILLARTE MARTÍN CALERO Cristina. “La custodia compartida alternativa”. *Revista In Dret, Barcelona, abril 2008*, pp. 13

<sup>55</sup> ¿ Que es la custodia compartida?, documento electrónico consultado en [www.padresdivorciados.es/wp-content/upload/que-es-la-custodia-compartida.pdf](http://www.padresdivorciados.es/wp-content/upload/que-es-la-custodia-compartida.pdf), fecha de la consulta. 29 de septiembre de 2009.

ese término en numerosas disposiciones legales. La palabra guarda tiene numerosas acepciones. Aunque la primera es “persona que tiene a su cargo y cuidado la conservación de una cosa”, deriva del francés antiguo la expresión “ser una persona o cosa en guarda de uno”, lo que quiere decir “estar bajo su protección o defensa”. Por su parte, la palabra “custodiar”, significa, en su primera acepción “guardar con cuidado y vigilancia”. Así pues, las palabras guarda y custodia son prácticamente similares, aunque la segunda venga a suponer algo más que la primera, una guarda cuidadosa y diligente, y, por esta razón, al ir juntas, estas palabras vienen a indicar que la guarda o cuidado está reforzado. Es indudable que el peso principal de la crianza y educación de los hijos corre a cargo del progenitor que tiene su guarda y custodia, escindiéndose de la patria potestad. Pero siempre quedan restos de patria potestad en manos del progenitor que no convive con los hijos, que sigue teniendo el deber de velar por los hijos, alimentarlos, representarlos y participar en las decisiones más importantes.<sup>56</sup>

Existe cierta confusión tanto en la doctrina como en la jurisprudencia a la hora de distinguir entre “la patria potestad” y la “guarda y custodia” del menor. El problema se creó con la reforma del 1981 del Cc que aportó conceptos sin definición como “titularidad de patria potestad”, “ejercicio de la patria potestad” o “guarda y custodia”, cuyos límites y contenidos aún están hoy por concretar. Quizá la opción legislativa elegida en la reforma del 1981 no fue la mejor. En otros ordenamientos, como el alemán, la patria potestad, o bien se ostenta y se ejerce, o bien no se tiene. En todo caso, el progenitor privado de la patria potestad sigue obligado para con sus hijos. Por tanto, en el Derecho alemán no es necesario distinguir entre guarda y custodia y patria potestad, pues en principio siempre vendrán unidas. De hecho, en nuestro Ordenamiento la privación de la patria potestad no extingue la relación paterna filial por lo que se mantendrán los deberes paternos y, en su caso, se podrá disfrutar de ciertos derechos tales como el de visita (*ex art. 160Cc*).<sup>57</sup>

La mayoría de la doctrina rechaza la terminología finalmente aprobada. Se considera la expresión “custodia compartida, carente del debido ajuste e inapropiada”. Los progenitores no custodian ni guardan a sus hijos sino que los tiene en su compañía y cuidado, debiendo de asegurarles el desarrollo de su personalidad y la formación precisa que abarca tanto la prestación de alimentos en un sentido amplio y, sobre todo, garantizándoles un ambiente afectivo necesario para su enriquecimiento personal y social en condiciones óptimas. Bajo la denominación de custodia compartida según los expertos en psicología forense, subyace una extensa confusión terminológica, avivada por el uso de una metodología anglosajona en la que al no existir el concepto de patria potestad, partía en los procesos de ruptura matrimonial, que el progenitor que obtenía la custodia exclusiva asumía también la íntegra responsabilidad de los hijos, desplegándose muchos significados distintos para una misma situación.<sup>58</sup>

---

<sup>56</sup> RAGEL SÁNCHEZ Luis Felipe. “La guarda y custodia de los hijos”. *Derecho Privado y Constitución* Número 15, enero-diciembre, 2001, pp. 282-298.

<sup>57</sup> TORRES PEREA José Manuel. “Guarda y custodia tras la crisis matrimonial o la ruptura de la pareja de hecho”. *Interés del Menor y Derecho de Familia una perspectiva multidisciplinar*, Madrid 1.ª edición, 2009, p.235.

<sup>58</sup> IVARS RUIZ Joaquín, “Falta del debido ajuste en la terminología utilizada”. *Guarda y custodia compartida. Aspectos procesales y sustantivos. Doctrina y jurisprudencia*. Valencia , 2ª edición, 2008, p.55.

Nuestro legislador se plantea la utilización de una terminología anglosajona de la figura de estudio, calificándola como guarda o custodia “compartida o conjunta”. Dicha calificación es equívoca por cuanto no se trata, solamente, de que el Juez atribuya la guarda y custodia a uno de los cónyuges si bien ambos ejerzan conjunta o simultáneamente la patria potestad; de modo que realmente ejercen de modo ordinario y cotidiano la patria potestad alternativamente, por eso, se prefiere calificar la figura como guarda o custodia repartida o distributiva, en la cual unos hijos se quedan con la madre y otros con el padre, o guarda o custodia alterna o alternativa.<sup>59</sup>

En las Conclusiones sobre medidas provisionales en relación con los hijos, adoptadas en el IV Encuentro de Jueces, Magistrados y Abogados de Familia se define y propone las bases fundamentales de la custodia compartida que por su importancia reproducimos a continuación: “El término custodia hace referencia al conjunto de derechos y obligaciones que nacen para el progenitor de su convivencia con los hijos menores, sin que ello implique para tal progenitor un estatus jurídico privilegiado frente al otro. A cada progenitor corresponde la custodia del menor y el ejercicio ordinario de la responsabilidad parental en los periodos de tiempo en que tiene al hijo consigo. Se insta al legislador a modificar el Código Civil y la legislación complementaria para sustituir los términos patria potestad por los de responsabilidad parental, definiendo el contenido de las funciones de ambos progenitores según el reparto de tiempo que les corresponda en el ejercicio de la custodia efectiva. En tanto no se proceda a esta regulación se entenderá que el ejercicio de la responsabilidad parental, en los casos de ruptura de pareja, se llevará a cabo conjuntamente por los progenitores, precisándose el consentimiento de ambos, o, en su defecto, autorización judicial, para adoptar las decisiones que afecten a los aspectos más trascendentes de la vida, salud, educación y formación del menor. En particular quedan sometidas a este régimen y no podrán ser adoptadas unilateralmente por el progenitor custodio, las decisiones relativas a fijación del lugar de residencia del menor, y los posteriores traslados de domicilio de éste que lo aparten de su entorno habitual; las referidas a la elección del centro escolar o institución de enseñanza, pública o privada, y sus cambios ulteriores; las relativas a la orientación educativa, religiosa o laica, y a la realización por el menor de actos de profesión de fe o culto propios de una confesión; el sometimiento del menor, de menos de 16 años, a tratamientos o intervenciones médicas preventivas, curativas o quirúrgicas, incluidas las estéticas, salvo los casos de urgente necesidad, la aplicación de terapias psiquiátricas o psicológicas al menor y la realización por éste de actividades extraescolares deportivas, formativas o lúdicas, y, en general, todas aquellas que constituyan gastos extraordinarios que deban satisfacerse por ambos progenitores. Notificada fehacientemente al otro progenitor la decisión que uno de ellos pretenda adoptar en relación con el menor, recabando su consentimiento a la decisión proyectada, se entenderá tácitamente prestado el mismo, si en el plazo de diez días naturales siguientes, aquel no lo deniega expresamente. En este supuesto será precisa la previa autorización judicial para poder ejecutar la decisión objeto de la discrepancia. Las decisiones relativas a aspectos o materias de la vida del menor distintas de las enunciadas, así como las de prestación de asistencia sanitaria en caso de urgente necesidad, corresponde

---

<sup>59</sup> RIVERA ÁLVAREZ Joaquín María. “La custodia compartida: génesis del nuevo art.92 del Código Civil”. *Cuadernos de Trabajo Social*, Vol. 18, junio 2005, p.139.

adoptarlas al progenitor que tenga consigo al menor, en el momento en que la cuestión se suscite”.<sup>60</sup> En el apartado Tercero de las mencionadas Conclusiones se hace referencia al derecho-deber de información como “deber instrumental imprescindible para el correcto desempeño de las funciones inherentes a la responsabilidad parental”. Para hacer efectivo este deber-derecho de información se propone la inclusión tanto en las sentencias como en los convenios de la siguiente medida: “ El progenitor con quien el menor conviva habitualmente, vendrá obligado a informar al otro progenitor de todas aquellas cuestiones trascendentales en la vida del menor, respecto de las cuales no pueda este último obtener directamente información. Igual deber pesa sobre el progenitor con quien no vivan habitualmente los hijos respecto de iguales cuestiones acaecidas en el tiempo que tenga consigo a los menores. Los progenitores tienen derecho a solicitar y obtener de terceros, sean personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, cuanta información obre en poder de éstos últimos sobre la evolución escolar y académica de sus hijos y su estado de salud física o psíquica. El progenitor que esté percibiendo del otro pensión alimenticia para un hijo mayor de edad, no independiente económicamente, que con él conviva, tiene igualmente la obligación de informar al progenitor alimentante sobre la evolución académica y laboral del alimentista, si así le fuere solicitado.

De lo expuesto, podemos concluir que la *custodia compartida* es la situación legal mediante la cual, en caso de separación matrimonial o divorcio, ambos progenitores ejercen la custodia legal de sus hijos menores de edad, en igualdad de condiciones y de derechos sobre los mismos. Las ventajas e inconvenientes son las siguientes: El desajuste familiar práctico que supone la ruptura del matrimonio y la custodia compartida con los hijos supone en la realidad de la vida cotidiana unos desajustes que deben solventarse con coherencia. No olvidemos que la custodia compartida pretende que los dos cónyuges queden en situación de paridad desde el principio, frente a la situación en la que uno de los cónyuges se convierte en el verdadero padre y el otro en visitante. Escoger esa opción significa que los progenitores se reconocen iguales en derechos y deberes de cara a sus hijos. Siguiendo el estudio de DE LA IGLESIA MONJE vamos a destacar ventajas e inconvenientes<sup>61</sup> Evidentemente entre los inconvenientes se puede destacar:

1. La posible inestabilidad de los menores producida por los continuos cambios de domicilio.
2. Los problemas de adaptación a nuevos núcleos familiares, o,
3. Las dificultades para unificar criterios en las cuestiones más cotidianas, y que deben ajustarse a la nueva aceptación del concepto familiar, todo ello tras haber superado y desaparecido los sentimientos de culpa.

Inconvenientes que podemos aunar bajo la consideración de “prácticos”, frente a los beneficios que se pueden entender como más “morales o espirituales”. Así pues, los beneficios siempre serán mayores que los riesgos, ya que con la custodia compartida:

---

<sup>60</sup> Conclusión Primera y Segunda referentes a las medidas provisionales en relación con los hijos adoptadas en el IV Encuentro de Jueces, Magistrados y Abogados de Familia, celebrado en Valencia los días 26, 27 y 28 de octubre de 2009.

<sup>61</sup> DE LA IGLESIA MONJE María Isabel. “Custodia compartida de ambos progenitores”. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, número 702, julio - agosto 2007, pp.1824-1825.

1. 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.
2. 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.
3. Se fomenta una actitud más abierta de los hijos hacia la separación de los padres que permite una mayor aceptación del nuevo contexto.
4. Se evitan situaciones de manipulación consciente o inconsciente por parte de los padres frente a los hijos.
5. Se garantiza a los padres la posibilidad de seguir ejerciendo sus derechos y obligaciones inherentes a la potestad o responsabilidad 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.
6. No se cuestiona la idoneidad de ninguno de los progenitores.
7. 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;
8. 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 se evita el miedo al abandono y se garantiza a los hijos la posibilidad de disfrutar de la presencia de ambos progenitores, por lo que la ruptura resulta menos traumática.<sup>62</sup>

El TSJ de Cataluña opina que: “no puede afirmarse que la custodia compartida constituya una solución única que valga para todos, sin perjuicio de que de lege ferenda pudiera construirse en el futuro como una solución preferencial, como viene haciéndose en otros países de nuestro entorno, aunque tampoco puede afirmarse que dicha solución radique en el sistema de la custodia monoparental acompañado de un régimen de visitas más o menos amplio, que es el que inexorablemente viene imponiéndose en la gran mayoría de las sentencias dictadas en los últimos años por los Juzgados y las Audiencias Provinciales de Cataluña”.<sup>63</sup>

---

<sup>62</sup> Vemos como la enumeración realizada por DE LA IGLESIA MONJE coincide con la efectuada por la SAP de Barcelona, Sec 18, de 20 de febrero de 2007.

<sup>63</sup> TSJ de Cataluña, Sentencia de 31 de julio de 2008. Ponente: Ilmo. Sr. D. Carlos Ramos Rubio. Beneficios de la custodia compartida y condiciones que deben darse para su establecimiento.

Es importante destacar en sede de ventajas e inconvenientes el estudio realizado por SARIEGO-MORILLO del que deducen importantes consecuencias respecto de la “nefasta regulación” de la custodia por la Ley del Divorcio de 2005 y se trata de una nefasta regulación según el mencionado Estudio debido a que la ley concede a la mujer la posibilidad de otorgar o no unilateralmente la custodia. En el estudio realizado por estos autores sobre una muestra longitudinal y no puntual de 378 casos, en los que los padres tenían una edad entre 24 y 65 años y las madres entre 21 y 51 años se llega a una conclusión principal o fundamental “ que la custodia exclusiva de los hijos sea otorgada al padre o a la madre es más perjudicial para los hijos, salvo aquellos casos en los que existe motivo grave para adoptar dicha decisión”, pues la custodia unilateral se entiende porque el progenitor sea drogadicto, alcohólico, esté gravemente enfermo física o psíquicamente, sea violento o sin control de ira. Además dicho estudio realiza las siguientes conclusiones en relación al tema de la custodia de los hijos. Primera. En cuanto a la edad de los niños afectados, las crisis matrimoniales se producen con mayor incidencia cuando los hijos tienen entre 6 y 12 años, coincidente con la teoría relativa que establece que el amor en la pareja sufre crisis esperada en la tercera fase de construcción de la misma, que se sitúa entre los siete y nueve años de convivencia. Segundo, en cuanto al número de hijos, las parejas que tienen un solo hijo según el Informe son más receptivas a establecer la custodia compartida quizá porque las parejas con un solo hijo sean la mayoría en nuestro país aunque no hay estudios realizados al respecto. Tercero, la mayoría de hijos únicos son los que peor aceptan la separación de sus padres siendo más manipuladores y caprichosos e incluso alienadores pero terminan adaptándose de forma beneficiosa al sistema de custodia compartida. Cuarto, los progenitores con estudios universitarios son más reticentes al establecimiento de la custodia compartida y en concreto más las madres que los padres pues son conscientes “de la renuncia a los privilegios que le otorga la ley de divorcio, tanto la de 1981 como la del año 2005”, por tanto, las madres con menos nivel de formación estaban (estadísticamente hablando), más abiertas a la custodia compartida. La conclusión a la que llega este estudio sobre la formación de las mujeres, es que a mayor formación mayor es la influencia del rol tradicional de esposa y madre a la hora de afrontar el conflicto. Quinto. Sólo 8 de los 378 hombres trabajaban dentro de casa, por tanto la mayoría asumen el rol del sustentador de la familia mientras las mujeres mayoritariamente tenían doble jornada dentro y fuera de casa. Sexto. Al principio de todo proceso de crisis tanto hombres como mujeres padecen algún trastorno de ansiedad o depresión, por tanto sufren un trastorno mental ya que la ruptura produce dolor físico y mental.<sup>64</sup> Por tanto, como veremos más adelante la privación indebida de la compañía de los hijos a la hora de solventar el conflicto debe ser solucionado y afrontado por dos disciplinas el Derecho y la Psicología.

En el Informe Reencuentro III, se presenta un estudio sobre los distintos regímenes de custodia y sus efectos en el desarrollo y el bienestar del niño. En la recopilación realizada, en la que se expone las investigaciones de una treintena de autores se destacan las siguientes ventajas respecto de los menores: mejor adaptación a su entorno; con mayor rendimiento escolar, mayor satisfacción con la distribución de los tiempos de convivencia, mayores niveles de autoestima y confianza en sí mismo, mejor relación con cada uno de sus padres, menos problemas psíquicos o síntomas de estrés psicomático, menos

---

<sup>64</sup> Estudio realizado por SARIEGO MORILLO, puede ser localizado en <http://www.padresdivorciados.es/wp-content/uploads/incertidumbre-de-la-custodia-compartida.pdf>, fecha de la consulta 18 de noviembre de 2009.

interferencias de nuevas parejas de los progenitores, menos probabilidades de maltrato físico. Asimismo se señalan las siguientes ventajas respecto de los progenitores: menos conflictividad y más cooperación, más satisfacción en la relación con los hijos, menos recursos a los castigos físicos, menos recurso a la presión psicológica y a la culpabilización del otro progenitor y mayor cumplimiento de los pagos económicos.<sup>65</sup>

Dentro del estudio relativo a las ventajas sobre la custodia compartida es interesante destacar la referencia realizada a los mencionados estudios por el TSJ de Cataluña, en la sentencia ya mencionada de 31 de julio de 2008, destacando que en la misma línea argumentada por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sec 18ª, de 20 de febrero de 2007 se pueden y deben mencionar: “el Informe de 1995 de la División 16 de la American Psychological Association ante la Comisión USA de Bienestar Infantil y Familiar concluía que “la custodia compartida se asocia con ciertos efectos favorables en los niños”, sobre todo cuando se complementa con la mediación y los programas de educación parental, por lo que recomendaba “favorecer el incremento de la mediación, la custodia compartida y la educación de los progenitores”. Lo mismo se desprende otros estudios ampliamente difundidos, tales como el Informe Bauserman —Child Adjustment in Joint-Custody Versus Sole-Custody Arrangements: A Meta-Analytic Review (2002) —, el Informe Kelly —Children’s adjustment in conflicted marriage and divorce. A decade review of Research (2000) —, o el documento Bailly —Etat des connaissances scientifiques sur la résidence alternée (2002) —, entre otros muchos”.<sup>66</sup>

Por último y en cuanto al tema relativo a la edad del menor, en el caso de recién nacidos, la misma puede ser un obstáculo importante para el otorgamiento de la custodia compartida por tiempo igualitario. Las obligaciones laborales de los padres condicionarán también los períodos de convivencia. Un factor positivo importante para contribuir al otorgamiento de la custodia compartida puede ser que, antes de la solicitud, de facto se esté ejercitando este sistema de convivencia.<sup>67</sup>

Quizá el tradicional escollo que encontramos al estudiar el ejercicio compartido de la patria potestad sea la creencia de que el bebé debe ser cuidado exclusivamente por la madre. Sin embargo, los expertos señalan que lo mejor es no esperar demasiado para empezar a construir la relación entre padre e hijo, además se ha demostrado que un padre puede participar activamente en la educación de sus hijos más pequeños, de esta forma el bebé puede desarrollar desde temprana edad dos vínculos afectivos principales, con su madre y con su padre.<sup>68</sup>

---

<sup>65</sup> Estudios sobre los distintos regímenes de custodia y sus efectos en el desarrollo y el bienestar del niño, dicho estudio puede ser localizado en la pagina <http://www.padresdivorciados.es/wp-content/uploads/informe-reencuentro-iii.pdf>, la consulta ha sido realizada el día 10 de noviembre de 2009.

<sup>66</sup> Sentencia del TSJ de Cataluña de 31 de julio de 2008.

<sup>67</sup> PÉREZ MARTÍN Antonio Javier. “Guarda o custodia conjunta o compartida”. *Tratado de Derecho de Familia. Aspectos sustantivos*. I Vol.1, 1ª edición, febrero, 2007, p 269.

<sup>68</sup> TORRES PEREA José Manuel. “Guarda y custodia tras la crisis matrimonial o la ruptura de la pareja de hecho”. *Interés del Menor y Derecho de Familia una perspectiva multidisciplinar*, Madrid 1.ª edición, 2009, p.258.

En cuanto al padre y su participación, es muy importante que el padre pida la baja laboral en las primeras semanas del nacimiento, pues el niño es cosa de los dos, y de esta forma se debe vivir su recibimiento. El cuidado del bebé ayuda a estrechar lazos, a establecer vínculos afectivos de forma inmediata. Esta parcela del cuidado de los hijos, tradicionalmente encomendada sólo a las mujeres, ha privado a los hombres de ese espacio de afectividad del que sí han disfrutado las madres, y conviene compartir desde el principio ese espacio de afectos, cuidados y tareas. Aunque las funciones sean distintas, la responsabilidad debe ser real y totalmente compartida. Para la Asociación de Hombres por la Igualdad de Género, la “nueva paternidad está siendo la puerta de entrada de muchos hombres al nuevo modelo de masculinidad”. Por otra parte, la incorporación de cada vez más hombres a las medidas de baja por maternidad permite a la mujer tener las mismas oportunidades y más libertad a la hora de desarrollar su vida laboral.<sup>69</sup>

#### D. Distintos sistemas de custodia compartida o conjunta.

De la extensa redacción del art. 92 CC sobre la regulación del régimen de guarda y custodia compartida o conjunta, llama la atención que no se concrete modalidad alguna. La custodia compartida es aquella en la que ambos progenitores se encargan de forma conjunta, periódica o rotatoria del cuidado, atención y educación de los hijos, existen diversos supuestos: Una primera sería en la que ambos cónyuges comparten permanentemente el cuidado de los hijos, esto ocurre cuando ambos cónyuges siguen viviendo en el mismo domicilio tras la separación, o cuando cada uno de los progenitores fija su domicilio en partes distintas de una misma vivienda. También hay guarda compartida cuando se realiza una distribución temporal de los hijos: los hijos permanecen con cada uno de los progenitores por períodos alternos: días, meses o años; y la tercera posibilidad es aquella en la que los hijos permanecen constantemente en el domicilio familiar y son los padres los que periódicamente se trasladan a la vivienda para atenderlos. En cuanto a estos extremos en los casos de mutuo acuerdo debe regir lo establecido por las partes, si bien el convenio regulador deberá contener una relación detallada de las circunstancias concurrentes y una explicación de los motivos por el que se establece ese concreto reparto temporal y distribución de su ejercicio, a los efectos de que tanto el Ministerio Fiscal como el Juez puedan conocer con detalle la situación de la familia y como va a repercutir en el menor ese sistema de guarda y así en su caso hacer las oportunas valoraciones. Además el Juez a la vista de lo detallado y de las aclaraciones que solicite podrá luego decir con solvencia si adopta o no alguna cautela para que tenga efectividad dicho sistema y en su caso delimitar el alcance y contenido de las que adopte.<sup>70</sup>

Al no existir modelo legal alguno, es la doctrina y la jurisprudencia menor la que ha ido perfilando los modelos a seguir. Para PEREZ MARTÍN, no basta con llegar a la conclusión de que en un

---

<sup>69</sup> FADÓN PÉREZ Olga. “Tú con nosotros, evolución del niño sano en su primer año de vida mes a mes”. Madrid, 2006 1ª edición, pp 71-72.

<sup>70</sup> SARAVIA GONZÁLEZ Ana María. Magistrada-Juez. “Guarda y custodia compartida. Principales novedades de la Ley 15/05 (cuestiones sustantivas)”. AAVV *La jurisdicción de familia especialización Ejecución de resoluciones y custodia compartida*. Estudios de Derecho Judicial Nº 147, Madrid, 2008 pp. 238.

determinado caso procede la custodia compartida, sino que será necesario precisar cómo se va a llevar a efecto este sistema, pues no podemos caer en el error de establecer la custodia compartida como declaración de intenciones o principio básico sin entrar a desarrollar cómo va a ejecutarse esta, por tanto las modalidades posibles de custodia compartida son ilimitadas, ya que las circunstancias de cada grupo familiar pueden prestarse a todo tipo de combinaciones. Los supuestos más usuales que pueden presentarse son los siguientes, según clasificación realizada por *PEREZ MARTÍN*: a. Custodia compartida simultánea. Tiene lugar cuando los progenitores continúan conviviendo en el mismo domicilio en unión de los hijos, circunstancia que puede darse cuando la vivienda familiar se divide en dos dependencias distintas, permitiendo que los hijos puedan estar indistintamente en una o en otra. Custodia compartida a tiempo parcial sin cambio de domicilio para los hijos. La situación sería la siguiente: los hijos permanecen constantemente en el domicilio familiar, y son los progenitores los que durante cierto tiempo se trasladan a la vivienda familiar para convivir con ellos. C .Custodia compartida a tiempo parcial con cambio de domicilio para los hijos. El reparto de convivencia al 50% entre los progenitores implicaría que los hijos tendrán que pernoctar con cada uno de los padres 182 días del año, el reparto debe hacerse por periodos lógicos, los periodos breves (semanas o meses), no pueden llevarse a afecto si los progenitores residen en distintas ciudades, aunque afirma dicho autor que existen estudios psicológicos que admiten cualquier tipo de postura sobre estos cambios, ya sea a favor o en contra de ellos. d. Custodia compartida sin tiempo igualitario de estancia de los hijos con ambos progenitores. En este sistema el menor permanece más tiempo con uno de sus progenitores, pero el otro no se limita a estar con él en un determinado periodo, sino que comparte sus tareas diarias.<sup>71</sup>

SARIEGO MORILLO, siguiendo el sistema de mediación Coy&Sariego realiza la siguiente clasificación, que viene a identificarse en parte con la realizada por *PEREZ MARTÍN*, incidiendo en el factor temporal , destaca: a. Custodia compartida tradicional, que consiste en que los menores conviven de forma habitual en la casa de un progenitor mientras que el otro tiene un amplio régimen de visitas, aquí puede o no establecerse una pensión de alimentos según los casos. b. Custodia compartida semanal, que consiste en que los menores conviven semanas alternas con cada progenitor, en estos casos no suele establecerse pensiones de alimentos en general. c. Custodia compartida mensual, es igual que la anterior pero se establecen tanto visitas intersemanales como de fines de semana alternos, en cuanto a la pensión de alimentos suele resolverse como el sistema anterior. d. Custodia compartida semestral, lo que varía es la alternancia de la pensión de alimentos y por último custodia compartida por años escolares alternos, en el que el cambio de custodia se produce en las vacaciones estivales y el año en que los menores no conviven de forma habitual con el progenitor, éste tiene un régimen de visitas muy amplio estableciéndose las pensiones de alimentos con alternancia. Según los datos del estudio, la custodia compartida por años escolares es la adoptada en la inmensa mayoría de las parejas que decidieron este sistema y lo llamativo es que algunas familias que optaron por otro sistema de custodia compartida

---

<sup>71</sup> *PÉREZ MARTÍN* Antonio Javier. “Guarda o custodia conjunta o compartida”. *Tratado de Derecho de Familia. Aspectos sustantivos*. I Vol.1, 1ª edición, febrero ,2007, pp 261-264.

finalmente terminaron adoptando el de “ años escolares alternos”, la causa es la generación de menos estrés en el conjunto de la familia.<sup>72</sup>

Para *CARLOS GONZÁLEZ*, en los casos de crisis matrimonial algunos jueces parece que sólo conciben una forma de compartir la custodia en caso de divorcio: fines de semana alternos y dos semanas en verano. Diga lo que diga el Juez, hay que buscar un acuerdo, distinto, racional y adaptado a las necesidades del niño. Un bebé no puede establecer una relación con fines de semana alternos. Es imposible. Necesita un contacto mucho más frecuente. Una o dos horas cada día, o días alternos. Probablemente, al principio, ese contacto deberá ser en presencia de la madre, porque a la más mínima separación, el bebé se pondrá a llorar y rechazará al padre. Tal vez el padre pueda recoger cada día al niño en la guardería, tenerlo en su compañía una hora y dejarlo luego en casa de la madre. Hacia los tres años, si la relación ha sido constante y satisfactoria durante meses, probablemente el niño estará listo para pasar una noche con su padre. Las vacaciones con el padre se pueden ir ampliando gradualmente. Hacia los seis o siete años es posible que el niño ya esté preparado para pasar dos semanas con su padre ya sean consecutivas o no.<sup>73</sup>

El Consejo de los Derechos del Niño de Maryland prevé una mayor constancia en la comunicación parental. En efecto, aconseja la siguiente relación entre la edad del hijo y la frecuencia de los contactos con sus progenitores. Para menos de un año de edad, un parte de cada día, mañana o tarde, de un año a dos años, días alternos, de dos a cinco años, no más de dos días seguidos sin ver a cada uno de sus padres, de cinco a nueve años, alternancia semanal, con medio día mañana y tarde de convivencia con el progenitor no conviviente durante esa semana y con más de nueve años alternancia semanal.<sup>74</sup>

#### E. Requisitos legales y jurisprudenciales para la adopción de la custodia conjunta.

La custodia compartida entendida como atribución del ejercicio de la patria potestad de forma compartida a ambos progenitores ha sido hasta la regulación legal escasamente acordada por los Tribunales, pues, a vista de no hallarse prevista expresamente en la Ley, su aplicación se ha venido haciendo atendiendo al caso concreto, puesto que el art. 92CC, en su anterior redacción, no lo preveía de forma directa, pero tampoco lo negaba. Por otro lado, y en lo relativo al examen por el Tribunal del caso concreto, a fin de acordar la custodia compartida, la jurisprudencia ha venido atendiendo a criterios tales como que las viviendas se hallen en el mismo edificio, al reparto de tiempo por meses alternos o períodos de 15 días. De cualquier modo, la adecuación a la realidad del caso ha de partir de la consideración de que compartir no es sinónimo de repartirse a los hijos en igual proporción de tiempo, sino de cubrir las necesidades de éstos entre los dos padres. El sentir de la jurisprudencia es que para compartir la custodia es necesario que la pareja realice una buena separación personal, que comparta un mismo sistema

---

<sup>72</sup> Estudio realizado por SARIEGO MORILLO, puede ser localizado en <http://www.padresdivorciados.es/wp-content/uploads/incertidumbre-de-la-custodia-compartida.pdf>, fecha de la consulta 18 de noviembre de 2009.

<sup>73</sup> GONZÁLEZ Carlos. *Un regalo par toda la vida*. Madrid 2006, pp 305-306.

<sup>74</sup> LATHROP GÓMEZ, Fabiola. “*La custodia compartida de los hijos...*”, pp. 523.

educativo o que puedan elaborar una línea educativa que respete los criterios de ambos, que los domicilios de ambos padres estén cercanos y que acuerden solucionar pacíficamente los desacuerdos surgidos con el paso del tiempo,<sup>75</sup> aunque dicha opinión sobre la cercanía de los domicilios es bastante discutible y será objeto de análisis más adelante.

El legislador ha establecido una serie de pautas que ayudan a los Tribunales a decidir en qué casos procede o no la custodia compartida. Como veremos dichas pautas no son estrictamente legales, sino que también participan de ellas la psicología y otras ciencias sociales siendo discutibles algunos aspectos relativos a la valoración de la relación entre progenitores y la cercanía del domicilio de los mismos. Respecto de esta cuestión es destacable los presupuestos establecidos en las Conclusiones del IV Encuentro de Jueces, Magistrados y Abogados de Familia, en las que se establecen como “presupuestos objetivos que favorecen el establecimiento de un régimen de custodia compartida los siguientes: capacidad de comunicación de los progenitores, con nivel de conflicto entre los mismos tolerable, existencia de estilos educativos homogéneos, concurrencia de una dinámica familiar, anterior a la ruptura o al proceso, que evidencie una coparticipación de los progenitores en la crianza y cuidado de los menores, y ponga de manifiesto una buena vinculación afectiva de éstos con cada uno de aquellos, proximidad y/o compatibilidad geográfica de los domicilios de los progenitores, en los casos de custodia conjunta con domicilio rotatorio de los hijos en el de cada uno de los progenitores.”<sup>76</sup>

#### 1. Petición de custodia compartida por parte de los progenitores.

La guarda y custodia no puede ser decidida por el Juez de oficio si no ha sido solicitada por alguna de las partes. La duda surge cuando cada uno de los progenitores solicita para sí la guarda y custodia, como el art.92 apartado 8 indica que dicha medida se podrá acordar a instancia de una de las partes de ello parece deducirse que al menos una de ellas deberá solicitarla. No obstante, también es cierto que cuando se pide lo más – la custodia para uno sólo de los progenitores- podría pensarse que está incluido lo menos – la custodia conjunta o compartida, e incluso el régimen de visitas si no se otorga la custodia-.<sup>77</sup>

En el artículo 92 del CC, existe una doble imprecisión jurídica al establecer que “se acordará el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador”. En primer lugar la frase se acordará da a entender que el sólo convenio de los padres obliga al juez, pero no es así. Más adelante, la norma menciona ciertos requisitos que deben cumplirse para que el juez acceda a la custodia alternada, el acuerdo debe ser aprobado por el Juez, salvo si causa perjuicio a los hijos a uno de los cónyuges o se vulnera el interés superior del hijo. De esta forma, por muy de acuerdo que estén los cónyuges en solicitar la custodia compartida, alternada o sucesiva de

---

<sup>75</sup> CASTILLEJO MANZANARES Raquel. *Guarda y custodia de hijos menores.Las crisis matrimoniales y de las parejas de hecho*.1ªedición, septiembre 2007, p. 267.

<sup>76</sup> Conclusión octava del referido Encuentro, celebrado en Valencia los días 26, 27 y 28 de octubre de 2009, ya citado.

<sup>77</sup> PÉREZ MARTÍN Antonio Javier. “Guarda o custodia conjunta o compartida”. *Tratado de Derecho de Familia. Aspectos sustantivos*. I Vol.1, 1ª edición, febrero, 2007, pp. 261-264.

sus hijos, el juez, al efectuar el control judicial que exige la norma, puede denegar dicha petición argumentando la presencia de un interés superior que debe tutelar.<sup>78</sup>

Tal y como hemos expuesto para *IVARS RUIZ*, el Código utilizando el término “se acordará” y no el condicional del apartado quinto del artículo 92 del Código Civil ordena al Juez encajar el ejercicio compartido o conjunto de la custodia cuando así lo soliciten los padres en el convenio regulador o cuando ambos progenitores lleguen a ese acuerdo en el transcurso del procedimiento, el propósito de la ley es que la intervención judicial se reserve para favorecer el pacto de los progenitores, si bien el pronunciamiento judicial debe estar vinculado por el interés superior del menor.<sup>79</sup> En el mismo sentido expone *CASTILLO MARTINEZ*, que con el término “se acordará” la custodia compartida cuando ambos progenitores manifiesten su conformidad al respecto, se constata la necesidad de que el órgano judicial al acordar la guarda conjunta debe fundamentar su resolución, lo que permite concluir que la decisión del juez no es automática.<sup>80</sup>

En todo caso, cabe señalar que algunas sentencias dictada con posterioridad a la ley 15/2005 han reiterado, la vigencia de la facultad judicial de decidir de oficio en las materias relativas a la guarda compartida de los hijos. Así, por ejemplo, la SAP de Castellón de 27 junio de 2006 señala que pese a que efectivamente la custodia conjunta no fue solicitada en su momento procesal oportuno, no es menos cierto que no rige en esta materia el principio dispositivo o de rogación. Asimismo, la SAP de León de 12 de mayo de 2006, al referirse al apartado octavo del art. 92 del CC, establece que el supuesto que contiene pone de manifiesto el carácter de orden público que tiene el régimen de guarda y custodia de los menores y que el juzgador tiene que obrar no a instancia de parte, sino de oficio.<sup>81</sup>

## 2. La norma y la excepción en la petición de la custodia compartida

Para la adopción de la custodia compartida, la norma será que la petición la realicen ambos progenitores, si bien dentro de un procedimiento de mutuo acuerdo o en el curso de la tramitación de un procedimiento contencioso, siendo válida la petición incluso si se realiza la fase de apelación. Si falta el acuerdo entre los progenitores para la custodia compartida, el otorgamiento será de forma excepcional cuando la petición sea de uno de los progenitores. En estos casos, solo procederá su concesión cuando concurran a su vez dos requisitos: el informe favorable del Ministerio Fiscal, entendido como vinculante para el Juez. Nótese la diferencia que en este aspecto existe cuando la custodia es solicitada por ambos progenitores, en cuyo caso, si bien se precisa el informe del Ministerio Fiscal, no se indica el sentido que debe tener dicho informe, de lo que cabe extraer la conclusión de que incluso puede acordarse la custodia

---

<sup>78</sup> LATHROP GÓMEZ, Fabiola. *La custodia compartida de los hijos*, Madrid 2008, pp. 417-419.

<sup>79</sup> IVARS RUIZ Joaquín, “ Falta del debido ajuste en la terminología utilizada”. *Guarda y custodia compartida. Aspectos procesales y sustantivos. Doctrina y jurisprudencia*. Valencia , 2ª edición, 2008, p.70.

<sup>80</sup> CASTILLO MARTÍNEZ Carolina del Carmen, “ La determinación en la guarda y custodia de los menores en los supuestos de crisis matrimonial o convivencial de sus progenitores. Especial consideración a la guarda y custodia compartida tras la Ley 15/2005, de 8 de julio”. *Actualidad civil Nº 15. Editorial la Ley*. Quincena del 1 al 15 de septiembre de 2007, p. 1738, tomo 2.

<sup>81</sup> LATHROP GÓMEZ, Fabiola. *La custodia compartida de los hijos*, Madrid 2008, pp. 450-451.

compartida aunque se oponga a ella el Ministerio Fiscal. Aunque se ha reconocido que este informe favorable del Ministerio Fiscal quedó fijado en el texto definitivo a consecuencia de un error en el momento de las votaciones en el Parlamento, lo cierto es que hasta que el art. 92 del CC sea reformado o el Tribunal Constitucional dicte una sentencia declarándolo inconstitucional, está plenamente vigente y debe ser aplicado, aunque los tribunales han hecho una interpretación flexible al considerar el informe del Ministerio Fiscal siempre como favorable cuando no conste la oposición expresa a la custodia compartida. Todo lo anterior teniendo en cuenta que la custodia compartida es la única manera de proteger adecuadamente el interés superior del menor,<sup>82</sup> más adelante estudiaremos este apartado con el análisis de la cuestión de inconstitucionalidad del artículo 92 CC.

Como hemos indicado, el acuerdo o consenso puede producirse en la propuesta de convenio o en cualquier momento del procedimiento, en uno u otro caso, el proyecto de guarda y custodia conjunta ha de ser específico y concreto, no caben generalidades, siendo necesario el detalle y la regulación minuciosa de periodos de tiempo, forma de entrega de los hijos, visitas, cuestiones educativas, sanitarias, cuestiones de coordinación en la vida diaria, pensión alimenticia. La labor a desempeñar en tales casos por el órgano judicial no es otra que la de examinar su contenido y limitarse después de la ratificación y de haber recabado el informe del Ministerio Fiscal, a homologarlo o no. La aprobación judicial no es automática, ni tampoco el tribunal competente puede limitarse a rechazar sin más lo acordado. La denegación o no aprobación ha de hacerse mediante resolución motivada y en tal caso los cónyuges, dentro del plazo de 10 días legalmente previsto, art. 777.7 de la LEC, sobre los puntos no aprobados deberán someter a la consideración del Juez una nueva propuesta. Es decir, el juez ha de dar una explicación fundada sobre el por qué de su actuación denegatoria y además ha de conceder a las partes la oportunidad de rectificar. En consonancia con ello, el juez, cuando examina un convenio, no ha de actuar con rigor sino con flexibilidad, y cuando algo de su contenido llame su atención, antes de adoptar cualquier decisión, debe escuchar atentamente las explicaciones de los progenitores y, en su caso, a los hijos y luego actuar. Algunos autores, entre ellos el Magistrado-Juez D. Pedro Herrera, sostienen que, posiblemente y en no pocas ocasiones, resulte aconsejable mantener el acuerdo alcanzado, aunque se dude de su eficacia futura. Es decir, a veces es preferible esperar y ver como se proyecta lo acordado antes de promover un cambio. No hay que olvidar que existen mecanismos legales que permiten que el convenio aprobado pueda ser revisado después de un tiempo de vigencia.<sup>83</sup>

### 3. Valoración de la relación que tengan los padres entre sí.

Existe una creencia carente de lógica en el tema relativo a la valoración de la relación de los progenitores pues es evidente que la cordialidad en las relaciones no es imprescindible y en la mayoría de los casos cuando los progenitores se divorcian la cruda realidad es que sus relaciones no son cordiales. Se

---

<sup>82</sup> PÉREZ MARTÍN Antonio Javier. “Guarda o custodia conjunta o compartida”. *Tratado de Derecho de Familia. Aspectos sustantivos*. I Vol.1, 1ª edición, febrero, 2007, p 267.

<sup>83</sup> SARAIVA GONZÁLEZ Ana María. Magistrada-Juez. *La jurisdicción de familia especialización Ejecución de resoluciones y custodia compartida*. Estudios de Derecho Judicial N° 147, Madrid, 2008 p. 222.

argumenta en estos casos que “puede existir desarmonía siempre que no se perjudique el desarrollo personal del menor”. El argumento coherente y lógico para apoyar la falta de criterio en la valoración de la relación de los padres, es que si se admite la posibilidad de que la autoridad judicial fije la custodia compartida “excepcionalmente” en caso de que no exista acuerdo, se admite por la propia norma la custodia compartida en procesos “sin acuerdo”, donde existe una desarmonía entre los padres y en donde no hay relación cordial alguna.<sup>84</sup>

La valoración que los padres tengan entre sí, no es un requisito legal sino jurisprudencial. A tal respecto podemos señalar la reciente sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº3 de Granollers, de 8 de octubre de 2009 en la que se afirma que “la mala relación entre los progenitores y la elevada conflictividad judicial de la pareja no debe implicar sin más que deba rechazarse el sistema de custodia compartida cuando su implantación resulta más beneficiosa para los menores”. Precisamente, en su fundamento jurídico tercero se abordan cuestiones de vital importancia en relación con el tema. En primer lugar, quedando acreditado mediante el interrogatorio de las partes que el padre ha participado activamente en el cuidado y educación de sus hijos. En segundo lugar, y respecto del carácter excepcional de la custodia compartida señala la sentencia “que esta visión se ha ido superando en los últimos tiempos al introducirse la idea de coparentalidad o corresponsabilidad parental como la más adecuada para el desarrollo del menor”. La sentencia remite especialmente al razonamiento realizado por la AP de Barcelona, sección 18, en la sentencia de 11 de febrero de 2009 que dice que “la colaboración de ambos progenitores en la formación integral de los menores es esencial para un desarrollo armónico de la personalidad de los hijos, les aporta seguridad y aumenta su confianza y al tiempo permite una mayor fluidez de las relaciones familiares evitando ese aspecto tan negativo que suele producirse cuando uno de los progenitores se ve obligado a asumir la práctica totalidad del aspecto controlador y disciplinar frente al otro progenitor que puede permitirse una mayor flexibilidad y condescendencia”. Por tanto, el razonamiento al que llega el juzgador de instancia es determinar que el camino que está recorriendo la actual legislación tiene el destino de la custodia compartida, haciendo expresa referencia a los razonamientos del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, basados en la conveniencia de que para los hijos lo mejor es de mantener la misma vinculación con los padres, quienes están en igualdad de condiciones y con mutuo respeto intenten mitigar los efectos negativos de la ruptura en la unidad familiar, haciendo que los hijos se sientan más seguros y arropados por ambos progenitores.<sup>85</sup>

Respecto de esta cuestión, el TSJ de Cataluña, en sentencia de fecha 31 de julio de 2008 y sentencia de 26 de febrero de 2007, establece que la custodia compartida no es adecuada en supuestos de conflictividad extrema ente los progenitores, especialmente siempre que existan malos tratos, a causa de la continua exposición del niño al enfrentamiento, por tanto, la ponderación de los intereses en juego, en especial los del niño, debe ser extremadamente cuidadosa y subordinada a la protección jurídica de la

---

<sup>84</sup> MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, “Problemas que genera la actual regulación de la guarda y custodia en el proceso contencioso”. *Diario La Ley*. Número 7105, año XXX, 2 de febrero de 2009, refª D-29. p.1451.

<sup>85</sup> Fundamento de Derecho Tercero de la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº3 de Granollers, de 8 de octubre de 2009. Ponente: Magistrada-Juez, Doña Erika Avila Martín

persona y de los derechos de personalidad de los menores afectados ( ATC 336/2007 de 18 de julio); pero esta afirmación en ningún caso es una regla absoluta, pues la custodia compartida “ no puede desecharse frente a cualquier grado de conflictividad”, por tanto, debe implantarse cuando resulte beneficiosa para los menores, aunque sea imponiendo en determinados casos la mediación familiar o terapias educativas ( art. 79.2 del Código de Familia de Cataluña).<sup>86</sup>

Para PEREZ MARTIN, este requisito “de la falta de conflictividad” lo considera básico e imprescindible, ya que si los padres no tienen relación entre sí, si no existe el más mínimo diálogo, nunca podrá acordarse la custodia compartida pues es consustancial a ésta una buena relación entre los progenitores. Lógicamente no puede exigirse el cumplimiento de ninguno de los deberes conyugales, pero si es preciso un contacto más cotidiano entre ellos para intercambiar información sobre el hijo, comentar puntos de vista para unificar pautas de conducta hacia el menor y adoptar conjuntamente las medidas que sean necesarias. Para valorar el grado de relación entre los progenitores será necesaria la audiencia de los padres y de los hijos y el dictamen del equipo técnico, “el trámite de ratificación del convenio no se limitará a expresar un monosílabo y estampar una firma”, sino que será necesario contestar a las preguntas y aclaraciones que, respecto a la custodia compartida, solicite tanto el Tribunal como el Ministerio Fiscal, ya que la práctica demuestra que muchos acuerdos no estaban firmemente asumidos ni aceptados, planteándose numerosos problemas en fase de ejecución. Es importante que en ambos progenitores exista una conciencia de priorizar los intereses de los menores frente a los suyos propios. La guarda y custodia compartida no se otorga para contentar a ambos progenitores, sino para beneficiar más a los hijos, por ello, si esa custodia compartida se traduce en una fuente inagotable de conflicto se habrá desatendido el interés más prioritario de los que están en juego. Por encima de la custodia compartida será la custodia responsable.<sup>87</sup>

Para LATHROP, si bien es cierto que para un adecuado ejercicio de la custodia compartida es necesario un mínimo consenso entre los progenitores, razón por la que se entiende que no puede ser impuesta en contra de la voluntad seria y manifiesta de uno de los padres, el requisito de no conflictividad parental no puede extremarse al punto de exigir una armonía que claramente no existía incluso durante la situación de convivencia matrimonial. En efecto, cierta doctrina ha rechazado la custodia conjunta afirmando que obliga a los padres a permanecer unidos, pues necesitan reproducir la situación familiar pre-ruptura, haciendo peligroso el incremento de intensidad de la vieja relación, que los ex-cónyuges querrían dejar atrás, y dificulta la expectativa de construir una nueva vida sin la presencia del otro. La exigencia de un mínimo entendimiento entre los progenitores está dirigida a que, sin necesidad de reconstruir sus relaciones personales, éstos hagan el máximo esfuerzo para que la alternancia en el cuidado del hijo sea lo más efectiva y eficaz posible. Las relaciones entre los padres deben ser mínimas en lo que a ellos les involucra como ex-cónyuges. Su contacto debe limitarse a establecer las reglas comunes respecto de la educación y formación del hijo durante el desarrollo de la convivencia que cada uno de

---

<sup>86</sup> Párrafo séptimo del Fundamento de Derecho Tercero de la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Granollers.

<sup>87</sup> PÉREZ MARTÍN Antonio Javier. “ Guarda o custodia conjunta o compartida”. *Tratado de Derecho de Familia. Aspectos sustantivos*. I Vol.1, 1ª edición, febrero ,2007, p. 268.

ellos corresponda. Si los padres son conscientes de los términos del acuerdo, probablemente respetarán la esfera privada del otro y se limitarán a discutir sobre las cuestiones relativas a sus deberes como progenitores, no como cónyuges.<sup>88</sup>

En este sentido, la Instrucción de la Fiscalía General del Estado 1/2006, de 7 de marzo, “sobre guarda y custodia compartida y el empadronamiento de los hijos menores”, afirma que para admitir la guarda y custodia compartida debe valorarse especialmente la existencia de una buena relación entre los padres que les permita postergar su desencuentro personal en beneficio del hijo común.

#### 4. No separación de los hermanos.

El principio de continuidad tiene especial significación en este requisito, ya que se considera que el interés superior del menor exige que los hermanos puedan seguir disfrutando de un contacto regular entre ellos aunque habiten en domicilios separados. En estos casos, la mejor opción es imponer al cónyuge que salga del domicilio originario que establezca su residencia en un domicilio cercano para que los hermanos no resulten perjudicados, (práctica llevada a cabo por los juzgados alemanes).<sup>89</sup>

No se trata de una regla absoluta y, justificándolo debidamente puede obviarse, máxime cuando, como sucede en algunos casos, existe una importante diferencia de edad entre los hermanos<sup>90</sup>. CASTILLO MARTINEZ, denomina esta posibilidad guarda y custodia partida, que es la realización en exclusiva de la custodia respecto de los menores individualmente considerados, si bien partida entre los padres en cuanto a los hijos en su conjunto, o partida en cuanto al reparto de los hermanos entre los progenitores, de tal manera que unos hijos permanezcan con uno de los progenitores y los demás con el otro, si bien tal posibilidad demanda el ser fundada en el convenio regulador, si es que se llegara a acordar mediante pacto, y en todo caso debe responder a una situación que beneficie al interés de los menores.<sup>91</sup>

#### 5. Inexistencia de violencia doméstica.

Expresamente se indica en el nuevo texto legal que no procederá la guarda conjunta cuando cualquiera de los padres esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos y tampoco procederá cuando el Juez advierta indicios fundados de violencia doméstica, todo ello según el texto legal del artículo 92.7. Para SARAVIA GONZÁLEZ, si de la valoración conjunta de todas las

---

<sup>88</sup> LATHROP GÓMEZ, Fabiola. *La custodia compartida de los hijos*, Madrid 2008, p. 445.

<sup>89</sup> TORRES PEREA José Manuel. “Tratamiento del interés del menor en el Derecho Alemán”, p. 721

<sup>90</sup> PÉREZ MARTÍN Antonio Javier. “Guarda o custodia conjunta o compartida”. *Tratado de Derecho de Familia. Aspectos sustantivos*. I Vol.1, 1ª edición, febrero, 2007, p. 268.

<sup>91</sup> CASTILLO MARTÍNEZ Carolina del Carmen, “La determinación en la guarda y custodia de los menores en los supuestos de crisis matrimonial o convivencial de sus progenitores. Especial consideración a la guarda y custodia compartida tras la Ley 15/2005, de 8 de julio”. *Actualidad civil N° 15. Editorial la Ley*. Quincena del 1 al 15 de septiembre de 2007. P. 1738, tomo 2.

pruebas, los escritos de demanda, contestación, las manifestaciones de las partes vertidas en el procedimiento matrimonial, la conducta de los cónyuges, las manifestaciones de terceros que declaren en calidad de testigos por haber observado datos de interés para apreciar la existencia de un acto de violencia doméstica, de la prueba documental o pericial- consistente en la presentación de informes médicos o policiales que hayan sido fruto de una labor de investigación, pone de manifiesto la existencia de indicios fundados de violencia domestica, tampoco procederá la custodia compartida. Esto es, deben existir unos “datos mínimamente sólidos” que sugieran que se está en presencia de un acto de violencia doméstica sin necesidad de que el delito o falta se haya probado. Un supuesto que encaja en este precepto es el que se haya dictado una orden de protección en el marco de la Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la Orden de Protección de las Víctimas de Violencia Doméstica. En el supuesto de que se haya tramitado un procedimiento matrimonial al margen de toda relación con actos de violencia de género y de violencia domestica y en la sentencia que le puso fin se haya acordado la custodia compartida de los hijos, si en un momento determinado el marido, por ejemplo, protagoniza un acto de violencia de género, sobre la todavía esposa, en el supuesto de que no hayan disuelto el vínculo matrimonial o sobre la que ha dejado de serlo, el juez puede por auto suspender para el inculpado por violencia de género el ejercicio de la guarda y custodia respecto de los menores concedida en el procedimiento civil anteriormente tramitado, de acuerdo con lo dispuesto en los arts. 61 y ss. De la LO 1/2004; no es necesario que el menor, respecto del que se suspenda la guarda y custodia, sea la víctima del acto de violencia de género<sup>92</sup>. Aquí nos encontramos con la difícil cuestión sobre si la existencia de malos tratos justifica siempre la separación del menor con su progenitor.

Verdaderamente destaca la imprecisión de los términos “ esté incurso” e “indicios fundados”, pues son términos equívocos que se contraponen al principio de seguridad jurídica, y al principio de presunción de inocencia, pues basta estar incurso o existir indicios para impedir la aplicación de la custodia compartida, de tal forma que la única vía que queda abierta es denunciar por acusación falsa, y será de difícil restitución el tiempo transcurrido al progenitor inocente que haya sido víctima de dichas acusaciones .<sup>93</sup> Respecto de este tema tenemos que destacar y traer a colación varios conceptos no tenidos en cuenta por el legislador. En primer lugar el concepto de “inferencia” consistente en “ cualquier otra conclusión oponible a una presunción y según sea su grado de plausibilidad (superior, igual o inferior) así quedará la misma enervada, debilitada o reforzada, este concepto describe los indicios antagónicos a una hipótesis , de hecho la doctrina jurisprudencial sólo admite un supuesto donde no tiene cabida la inferencia, son los supuestos de “facta concludentia”, indicios de los cuales sólo puede llegarse nada más que a una sola conclusión o presunción. Si el indicio es el hecho base o huella en el cual se asienta la presunción, dicho indicio debe tener una “potencia sindrómica” que es la capacidad que tiene para determinar en acumulación a otros indicios una presunción, o una “potencia sintónica” que tiene lugar cuando el indicio no puede por sí solo ni con unión a otros determinar una presunción, pero corrobora

---

<sup>92</sup> SARAVIA GONZÁLEZ Ana María. Magistrada-Juez.*La jurisdicción de familia especialización Ejecución de resoluciones y custodia compartida*. Estudios de Derecho Judicial n 147, Madrid, 2008 pp. 233-234.

<sup>93</sup> GARCIA RUBIO, OTERO CRESPO. “ Apuntes sobre la referencia expresa al ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos en la Ley 15/2005”, pp. 98-100.

otras pruebas directas.<sup>94</sup> A la vez estos términos indiciarios sobre la actividad presuntamente delictiva están íntimamente relacionados con la situación de desprotección o el riesgo de desprotección del menor y su desamparo, así es importante señalar que “la situación de desprotección no es igual que situación de desamparo. La situación de desprotección se dará siempre que medie alguna de las carencias que justifican la intervención estatal, ya sea por una conducta negligente o maltratadora de los padres. Sin embargo no toda situación de desprotección justifica el desamparo, sino sólo aquellas que sean de elevada gravedad”.<sup>95</sup>

Como vemos, la prueba indiciaria destaca por su excesiva complejidad y su irregular interpretación puede ocasionar como dice MARTÍNEZ RUIZ un atentado a la seguridad jurídica, pues la indeterminación de los términos utilizados por el CC en el mencionado artículo sin una condena puede desencadenar ser privado un progenitor de la petición de custodia compartida lo que hace más difícil su interpretación de conformidad con el principio de presunción de inocencia, resultando que el TS en Sentencia de 8 de junio de 1993, entre otras, ya afirmó que el principio de presunción de inocencia “...determina que los Tribunales deben abstenerse de formular un pronunciamiento condenatorio mientras no se alcance un razonable grado de certeza sobre la culpabilidad del inculpado, basada en una ponderada valoración de medios probatorios obtenidos con garantías, para lo que se requiere que exista en primer lugar una actividad probatoria mínima de cargo y después al apreciar en conciencia las pruebas por el Tribunal, éste no realice un injustificado ejercicio de la facultad de la libre apreciación, haciendo valoraciones subjetivas sin base ni conexión lógica con los hechos”<sup>96</sup>. En cualquier caso y en referencia a los repudiables delitos cometidos en el ámbito familiar y en concreto a la violencia doméstica, el principio de presunción de inocencia no sufre ninguna relajación, pues puede dar lugar a la impunidad del auténtico culpable, lo que lleva a conculcar dicho derecho fundamental. Por ello, el Consejo General del Poder Judicial consciente de tal peligro en el Acuerdo del Pleno de 31 de marzo de 2001, sobre la problemática jurídica de la violencia doméstica, insta a Jueces y Tribunales a la necesidad de que “se extreme el cuidado en la obtención y aportación del material probatorio; que se agoten las posibilidades de búsqueda de nuevas pruebas, que se observe el principio de contradicción, necesario para preservar la integridad del derecho a la defensa del acusado; que se respete el principio de inmediación en cuanto sea necesario: que se detalle con minuciosidad por el juzgador en la sentencia el razonamiento empleado para la valoración de cada uno de los medios de prueba utilizados; y todo ello sin perder de vista que la razonabilidad de los criterios utilizados por el juzgador de instancia puede ser revisados por el Tribunal superior”.<sup>97</sup>

---

<sup>94</sup> SABATÉ MUÑOZ, Luis . *Introducción a la probática. La presunción*. Id vlex 450996.

<sup>95</sup> Así lo expresa DE TORRES PEREA José Manuel, en su libro. *Interés del Menor y Derecho de Familia una perspectiva multidisciplinar*, Madrid, 2009 1.ª edición, p.64 en la nota 96 donde expone la opinión de ARRUBANERA MADARIAGA, “Detección de menores en riesgo en el ámbito familiar. Alternativas de intervención, en el Curso sobre Menores y Familias en riesgo social organizado por la Universidad de Málaga y la Diputación Provincial de Málaga, 30 de marzo de 2006.

<sup>96</sup> AZAUSTRE FERNÁNDEZ, María José. *Cuestiones procesales en materia de malos tratos intrafamiliares. La presunción de inocencia*. Id vlex. 208130.

<sup>97</sup> MARTÍNEZ RUIZ, Jesús. *Las modulaciones del principio de presunción de inocencia en el delito de violencia habitual en el ámbito doméstico*. Id Vlex 298589.

## 6. Derecho del menor a ser oído e intervención del Equipo Técnico.

Entre las garantías que establece el art. 92 Cc destaca la relevancia que se otorga al Equipo Técnico Judicial y al dictamen de los especialistas; en tanto que dicho Equipo Técnico judicial estará habilitado para solicitar al Juez la audiencia del menor, y en tanto que se prevé en el apartado noveno que el Juez pueda recabar dictamen de especialistas debidamente cualificados, relativo a la idoneidad del modo de ejercicio de la patria potestad y del régimen de custodia de menores.<sup>98</sup>

La regulación sobre el derecho del menor de edad a ser oído en los asuntos que le conciernen, presente en numerosos preceptos del ordenamiento jurídico, se inspira en el artículo 9 de la LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor cuyo fundamento radica en el libre desarrollo de la personalidad y el interés del menor. Como vemos en la LO 1/1996, el derecho de audiencia se configura de forma más amplia que en el Código Civil, por cuanto que no se limita por razón de edad, sino que se condiciona a que el menor posea la necesaria capacidad de expresión y comunicación; en consecuencia, no se establece una edad mínima, ni tan siquiera la edad de doce años que dispone el Cc. El artículo 9.1 de dicha ley dispone que: “El menor tiene derecho a ser oído tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo o judicial en que esté directamente implicado y que conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social”. El precepto tiene su fundamento en el artículo 12 de la Convención sobre Derechos del Niño y ha sido objeto de duras críticas. La primera hace alusión a su redacción, ya que más que una norma jurídica, parece ser un principio programático, lo que en absoluto ha de considerarse como negativo, puesto que algunas normas, por su transcendencia, poseen el carácter de principios. Con respecto al ámbito objetivo el concepto jurídico indeterminado al que alude “cualquier procedimiento en que esté directamente implicado” en la decisión que se pretende adoptar. Respecto al contenido del derecho de audiencia tampoco está muy claro, desconociéndose qué es lo que el juez debe oír del menor. Si bien el artículo 92.2.II menciona expresamente la opinión del menor. De ahí que si se le pregunta al menor sobre hechos, estará actuando como testigo, y en consecuencia, han de cumplirse las prescripciones recogidas en el art. 360 y siguientes de la Lec. Si se analizan aspectos psíquicos del menor, estará siendo objeto de una pericia. De manera que el objeto de la audiencia es que el menor exprese su opinión acerca de los asuntos que le afectan y que están siendo objeto del procedimiento judicial en curso. A su vez la opinión del menor constituye un instrumento para conocer mejor su situación y sus deseos, y no es en absoluto un criterio de decisión en sí mismo. Es decir, lo realmente relevante en la audiencia del menor no es la opinión que el menor exprese, sino la valoración que el juez realiza de dicha opinión, con el objetivo de averiguar cuál de las medidas a adoptar satisface mejor el interés del menor. De ahí que el juez habrá de valorar la importancia del testimonio del menor en

---

<sup>98</sup> TORRES PEREA José Manuel. “Guarda y custodia tras la crisis matrimonial o la ruptura de la pareja de hecho”. *Interés del Menor y Derecho de Familia una perspectiva multidisciplinar*, Madrid 1.ª edición, 2009, p.256.

función de su edad, su madurez, su grado de discernimiento para constatar o descartar posibles influencias externas y los motivos alegados para justificar sus deseos <sup>99</sup>.

Para *TORRES PEREA* es muy importante aclarar cuándo el menor debe ser oído y aunque el art. 9 de la LOPJM establezca que el menor tiene el derecho a ser oído tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo o judicial en el que esté directamente implicado y que conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social, se añade que si dicha audiencia no es posible o no conviene al interés del menor, se optará por conocer su opinión a través de sus representantes legales, siempre que no tengan intereses contrapuestos con él o de profesionales, o personas de especial confianza, que puedan transmitir objetivamente la opinión del menor. La denegación de la audiencia siempre será motivada y comunicada al MF y a las partes. La LEC omite totalmente la regulación del derecho del menor a ser oído, por tanto, debemos de analizar este derecho sólo con cuatro escasas referencias, el art.770.4 de LEC en sede de procesos contenciosos de divorcio, separación y nulidad, el art.777.5 LEC, en sede de procesos de mutuo acuerdo de divorcio y separación y en el art.92 Cc reformado por ley 15/2005 y el art. 9 de la LOPJM. El principal problema lo plantea el art 92 del Cc que antes de su modificación decía: “las medidas judiciales sobre el cuidado y educación de los hijos serán adoptadas en beneficio de ellos, tras oírles si tuvieran juicio suficiente y siempre a los mayores de 12 años” y después de la reforma establece: “antes de acordar el régimen de guarda y custodia, el Juez deberá recabar el 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...”, por tanto, parece superado el criterio objetivo de la edad pero al mismo tiempo el juicio sobre la madurez o capacidad natural del menor está supeditado a que su señoría lo “ estime necesario”, “oportuno” por el Juez de oficio, o haya sido solicitada por el Fiscal, partes o miembros del Equipo Técnico Judicial, o del propio menor. La cuestión se complica con la falta de reforma del art. 770.4 LEC que sigue haciendo referencia en los procesos contenciosos a los menores de 12 años mientras que en los procesos de mutuo acuerdo sólo se hace referencia en el art.777.5 a la suficiencia de juicio del menor y la estimación como necesaria de la audiencia del mismo por parte del Juez.<sup>100</sup>

El Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de analizar el derecho del menor a ser oído, considerando en repetidas ocasiones la omisión de este derecho como atentado al art. 24 CE., es decir, como una infracción del derecho a la tutela judicial efectiva. En concreto, ha otorgado el amparo por vulneración del art. 24 CE en la STC 221/2002, de 25 de noviembre; en la STC 71/2004, de 19 de abril, y en la STC 152/2005. En las dos primeras sentencias (STC 221/2002 y 71/2004) se trata de menores que habían sido declarados en desamparo y que habían sido entregados a la familia de acogida. En ambos casos se solicitaba que los menores volvieran a la madre adoptiva (STC 221/2002) o la madre biológica

---

<sup>99</sup> GOIRIENA LEKUE Agurtzane. “La suficiencia de juicio del menor y el criterio de oportunidad en los procesos de separación y divorcio”. Diario la Ley nº 6823, Sección Doctrina, 19 Noviembre, 2007, Ref D-248, Editorial La Ley.

<sup>100</sup> TORRES PEREA de José Manuel. “Guarda y custodia tras la crisis matrimonial o la ruptura de la pareja de hecho”. *Interés del Menor y Derecho de Familia una perspectiva multidisciplinar*, Madrid, 2009 1.ª edición, pp. 311-318.

(STC 71/2004). En ambos casos el JPI dicta auto denegando la vuelta de los menores con la madre adoptiva y biológica respectivamente, mientras que una vez recurridos los mencionados autos la AP correspondiente ordenó lo contrario, la vuelta de los menores con sus madres, estas decisiones fueron recurridas ante el TC porque fundamentalmente se había vulnerado el derecho de los menores al trámite de audiencia, hay que resaltar que la edad de los menores era distinta, mientras en la STC 221/ 2002 la menor tenía trece años, en la STC 71/2004 tenía nueve.<sup>101</sup>

En la reciente sentencia dictada por el TC nº 163/2009, de 29 de junio, una vez reformado el art. 92.6 del CC, el TC se pronuncia sobre la complementariedad del mencionado artículo con el art. 9 de la LOPJM. Los hechos en los que se basaba la demanda de amparo se fundamentaban en un procedimiento de modificación de medidas en el que se pedía por el padre del menor se restableciera el contacto con su hijo de forma paulatina, al mismo tiempo la madre del menor se oponía al régimen de visitas e incluso proponía uno más restrictivo, de modo que las visitas se espaciaran en el tiempo con una duración no superior a una hora. En el informe elaborado por el equipo psicosocial se establecía que “el menor no muestra signos de rechazo hacia la figura paterna” recomendando “la integración de la figura paterna en su universo emocional” siempre “de forma progresiva dada la ausencia de comunicación entre ambos desde hace tiempo”. La madre solicitó la audiencia del menor, quien por su parte no solicitó ser oído. La prueba de audiencia del menor fue denegada porque éste ya había sido entrevistado por el equipo psicosocial del juzgado. El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia en la que estimó el régimen de visitas del padre. La madre del menor interpuso recurso de apelación pues pretendía la declaración de nulidad de la sentencia dictada en primera instancia y la interrupción del régimen de visitas, solicitando que la Audiencia acordara la audiencia del menor. Tanto el padre como el Ministerio Fiscal se opusieron al recurso. La Audiencia Provincial denegó la práctica de audiencia al menor puesto que ya había sido oído por el equipo psicosocial del Juzgado, quedando acreditado la oposición del menor al régimen de visitas, por tanto, se consideró intrascendente la práctica de la referida audiencia, lo que determinó la desestimación de la apelación y la estimación de la sentencia de instancia. La madre del menor, en la demanda de amparo, alegó la vulneración de los siguientes derechos del menor: derecho a la dignidad (art. 10 CE), a la integridad moral ( art.15 CE) y a la tutela judicial efectiva ( art.24.1 CE), argumentando que el régimen aplicable se determinaba en las propias SSTC 221/2002, de 25 de noviembre, 152/2005, de 2 de junio y 17/2006, de 30 de enero, que regulan y estudian la audiencia al menor en los procesos de modificación de medidas como un trámite esencial cuya omisión puede afectar al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. El TC razonó que: “tanto la sentencia de primera instancia como la de apelación se dictaron con posterioridad a la publicación de la Ley Orgánica 15/2005, por lo que los Tribunales deben resolver conforme a la normativa vigente, de manera que el art. 92 apartado 6 del CC se complementa con el artículo 9 de la ley orgánica 1/ 1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor”, ya que su apartado segundo establece que “ el menor puede ejercitar este derecho por sí mismo o a través de la persona que designe para que le represente, cuando tenga suficiente juicio” y que “ cuando

---

<sup>101</sup> TORRES PEREA de José Manuel. “Guarda y custodia tras la crisis matrimonial o la ruptura de la pareja de hecho”. *Interés del Menor y Derecho de Familia una perspectiva multidisciplinar*, Madrid, 2009 1.ª edición, pp. 319 .

ello no sea posible o no convenga al interés del menor, podrá conocerse su opinión por medio de sus representantes legales, siempre que no sean parte interesada ni tengan intereses contrapuestos a los del menor, o a través de otras personas que por su profesión o relación de especial confianza con él puedan transmitirla objetivamente”, de manera que como el objetivo fundamental del derecho del menor es conocer su parecer y dicha opinión es conocida a través de determinadas personas no se considera irrazonable, ni erróneo ni arbitrario prescindir de dicho trámite.<sup>102</sup>

En la misma sentencia se analiza si se ha producido una lesión a la integridad moral del menor (art.15 CE) y a su dignidad (art. 10 CE). Respecto de la integridad moral, el Tribunal Constitucional determina que para declarar que se ha producido una lesión a la integridad moral de un menor, la misma debe producirse de forma real y efectiva, es decir, de forma palmaria, manifiesta e indudable. Cuando existan dudas fundadas sobre si la lesión va o no a producirse, determinando un riesgo ponderado con otros factores la declaración corresponde realizarla a los jueces y tribunales ordinarios, de conformidad con el artículo 117.4 de la CE. Por tanto, en el presente caso del régimen de visitas establecido por las dos sentencias no se determina ni peligro potencial ni riesgo de lesión ni daño alguno, ya que el desarrollo del derecho de visita, el régimen de comunicación con el padre tendrá lugar en el punto de encuentro, bajo la vigilancia y la observación de profesionales y además con posibilidad de revisar la medida cuando exista un peligro o daño efectivo para el menor. En cuanto a la lesión del artículo 10 CE, relativo al derecho a la dignidad humana y al libre desarrollo de la personalidad alegado sin conectarlo con otros derechos fundamentales es un precepto que por sí solo no puede alegarse a través de la demanda de amparo, pues no entra en el contenido de protección del art. 53.2 CE.<sup>103</sup>

Por último respecto de este importante derecho de audiencia al menor, estima la Asociación de Abogados de Familia en las Conclusiones del IV Encuentro con Jueces de Familia, Magistrados, Secretarios y Fiscales, que: “Se estima muy acertada la modificación llevada a cabo por la Ley de Reforma de la Legislación Procesal para la implantación de la Nueva Oficina Judicial, en el artículo 770. Regla 4ª, párrafo 2º, in fine de la LEC, al equiparar el régimen de audiencia de los menores propio de los procesos contenciosos con el establecido para los de mutuo acuerdo en el artículo 777.5 de la LEC. En interpretación de dicho precepto ya aprobado por las Cortes Generales, y pendiente de publicación y posterior entrada en vigor, se considera necesario practicar la audiencia al menor, cuando tuviese suficiente juicio y, en todo caso, si fuere mayor de 12 años, en los procesos contenciosos en que se discutan medidas personales que afecten al régimen de custodia y estancias de dicho menor con sus progenitores. Podrá prescindirse de dicha audiencia cuando la opinión del menor ya sea conocida a través del informe psicosocial emitido por el Equipo técnico del Juzgado”. En las mencionadas conclusiones se pone de manifiesto la recomendación de llevar a cabo una Guía de buenas prácticas para los jueces y abogados que intervienen en los procesos de familia estableciéndose como buena práctica y respecto de la audiencia del menor que: “ a fin de velar por el interés superior del menor en esta diligencia judicial se tendrán en cuenta las siguientes consideraciones, en relación al momento de práctica de la diligencia, en

---

<sup>102</sup> Fundamentos jurídicos I al V de la STC 163/2009, de 29 de junio.

<sup>103</sup> Fundamento jurídico VI y VII de la STS 163/2009, de 29 de junio.

ningún caso se debe hacer comparecer a los menores en sede judicial salvo requerimiento expreso del Juzgado, dado los inevitables perjuicios (desasosiego, sentimientos de culpa, conflictos de lealtades) que tal diligencia suele acarrearles. En el juzgado se procurará no hacer esperar a los menores, practicando la diligencia en el lugar más adecuado de que se disponga. Cuando el menor haya prestado declaración en un proceso penal competencia del Juzgado de Violencia sobre la Mujer, en el proceso civil de familia bastará con unir testimonio de dicha declaración. En cuanto al desarrollo de la exploración, se consideran buenas prácticas a observar por los intervinientes en la diligencia de audiencia las siguientes: a) la exploración debe limitarse a ofrecer al menor un espacio adecuado para que exprese su opinión, preocupaciones y percepciones pero en ningún caso debe tener como finalidad obtener la respuesta al problema judicial de que se trate, b) el juez debe explicar al menor de forma adecuada a su edad y madurez que será él, como Juez, quien adopte la decisión y no el niño o niña, c) la exploración se realizará sin toga, d) es recomendable la intervención de un profesional (psicólogo, educador infantil, trabajador social) que coparticipe con el Juez en la audiencia, bien a lo largo de todo su desarrollo, bien en las fase inicial ( protocolo de acogida) y final ( protocolo de despedida), e) se debe planificar con tiempo esa diligencia, fijando el día y la hora que menos alteración genera en la vida del menor: coordinación con el centro escolar, no hacerle esperar en la sede judicial, evitar su victimización innecesaria, f) debe aplicarse un protocolo de acogida a fin de situar al menor y explicarle porqué se le ha llamado, donde se encuentra, quienes son las personas que están presentes, qué objeto tiene la entrevista con temas neutros (aficiones, deportes...) y en forma positiva, alabando su colaboración, g) el juez debe hacer constar en todas las resoluciones de familia que afecten a menores, el modo en el que el derecho del menor a ser oído se ha concretado (directamente, a través de sus padres, de terceros, de profesionales..). Si no ha sido oído, los motivos de tal omisión (por carecer de madurez, por resultar perjudicial a su interés, por no ser necesario dada la cuestión a debate)".<sup>104</sup>

#### F. Cuestiones relacionadas con la guarda y custodia compartida.

Respecto a las cuestiones relacionadas con la guarda y custodia compartida, vamos a abordar la relacionada con el análisis económico del derecho, es decir, los efectos del divorcio y la transferencia de riqueza, la vivienda habitual y la pensión de alimentos:

##### 1. El Teorema de Coase.

Según esta Teoría las leyes que determinan la custodia son irrelevantes, ya que el hijo acabará en manos del progenitor que más lo valore, es decir, aquel que esté dispuesto a intercambiar mayor número de activos para conseguir la custodia, concepción utilitarista, con la que no estamos de acuerdo ya que se centra en el interés individual de cada cónyuge y prescinde del bienestar del menor, quien en una mayoría de casos prefiere gozar de la compañía de sus dos progenitores, y según la función de utilidad altruista del progenitor formulada por *BECKER*, la felicidad de los hijos afecta a la de los padres. De esta forma el

---

<sup>104</sup> Punto 4.2.4 de las Conclusiones del IV Encuentro de Magistrados y Jueces de Familia y Asociaciones de Abogados de Familia, celebrado en Valencia, en octubre de 2009.

bienestar de un hijo será una variable en la función de utilidad de la madre o del padre: la llamada función de utilidad interdependiente o altruista, aquella que incorpora la función de utilidad de un sujeto diferente. Así, los progenitores desean alcanzar soluciones que aumenten la felicidad de sus hijos, puesto que ello redundará en su propio bienestar. La función de utilidad altruista se puede representar de la siguiente manera:  $U_p = f(C_p, \alpha U_h)$ , la utilidad del progenitor ( $U_p$ ) depende de su consumo ( $C_p$ ), así como de la utilidad de su hijo ( $U_h$ ) en la proporción  $\alpha$ . Es decir, el progenitor será más feliz si consume más, pero si su hijo es más feliz. De igual forma la restricción presupuestaria de cada progenitor incluirá una fracción de renta destinada al consumo de su hijo, lo cual incrementa el bienestar de ambos. Una de las razones por la cual los progenitores no actúan siempre de acuerdo con lo que este modelo predice es que, además de incorporar la función de utilidad de su hijo, incorporan también la de su ex-cónyuge. Es decir, el mayor bienestar del otro cónyuge le afecta negativamente<sup>105</sup>.

## 2. La vivienda familiar.

Uno de los principales problemas en materia de custodia compartida es la falta absoluta de regulación legal relativa a la atribución del uso de la vivienda familiar en los supuestos de custodia compartida, esto lleva a la aplicación analógica del art. 96 del CC en su párrafo primero que establece la automática y obligatoria atribución del uso exclusivo de la vivienda familiar a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden, esta solución establecida legalmente es un obstáculo al establecimiento de la custodia compartida porque hace más difícil la consecución de acuerdos sobre la misma. Haciendo una interpretación sistemática de las normas la estrategia “antinegociadora” frecuente será rechazar cualquier tipo de custodia compartida que lleve consigo la pérdida de la atribución del uso de la vivienda, pero si aceptar el régimen más amplio de visita que se quiera por conveniente con los menores afectados siempre y cuando no se le denomine “custodia compartida”.<sup>106</sup>

Precisamente en el Segundo Encuentro Institucional de Jueces y Magistrados de Familia, Fiscales y Secretarios Judiciales, con Abogados de la Asociación Española de Abogados de Familia se aprobó que: “Se procure evitar el automatismo en la aplicación del artículo 96 CC, y que se aplique a la custodia compartida, por analogía, lo dispuesto en el artículo 96.2 cuando, existiendo varios hijos, unos quedan bajo la custodia de un progenitor, y otros bajo la del otro. Además el derecho de habitación del menor puede quedar garantizado sin necesidad de hacer atribución del uso del domicilio familiar al menor y al progenitor con el que resida<sup>107</sup> Incluso en el III Encuentro de Jueces y Abogados de Familia, la asignación del uso exclusivo de la vivienda familiar debe ser un “remedio subsidiario para los casos en los que no se pueda garantizar de otro modo el derecho de habitación de los hijos”.<sup>108</sup> De todas formas

---

<sup>105</sup> ALASCIO CARRASCO Laura, MARÍN GARCÍA Ignacio. “Juntos pero no revueltos: la custodia compartida en el nuevo art.92 Cc”. *InDret Revista para el análisis del Derecho*, número 3, febrero 2006, pp.16-17.

<sup>106</sup> GONZÁLEZ DEL POZO, Juan Pablo. “El derecho de uso de la vivienda familiar en los supuestos de guarda y custodia compartida”. *Revista la Ley*, ref. 12968/2009, 29 de junio de 2009, p. 16.

<sup>107</sup> II Encuentro Institucional celebrado los días 23, 24 y 25 de noviembre de 2005, conclusión número 4.2.

<sup>108</sup> III Encuentro Institucional celebrado los días 28, 29 y 30 de octubre de 2008 en Madrid.

recurrir a la aplicación analógica del art.96.2 para decidir sobre el uso de la vivienda en los supuestos de guarda y custodia compartida no resuelve la problemática porque lo único que determina es que en tales casos “el juez resolverá lo procedente”, siendo éste un precepto en blanco, indeterminado, que no establece ningún criterio para concretar lo que “es procedente”.<sup>109</sup>

Siguiendo el estudio realizado por *GONZÁLEZ DEL POZO*, los distintos criterios de la atribución del uso para las diferentes modalidades de guarda y custodia conjunta se determinan por razón del domicilio que van a ocupar los hijos menores: custodia compartida tipo nido o custodia compartida con domicilio rotatorio, el resto de atribuciones serán por regla general temporales y exclusivas al cónyuge titular o al no titular siempre que en ambos casos concurra “ese interés más necesitado de protección”, cabe incluso la posibilidad de “no atribuir el uso de la vivienda familiar común a ningún progenitor” con objeto de evitar los conflictos y lograr acuerdos relativos a la realización del bien o autorizar cualquier acto de administración conjunta como por ejemplo, arrendar la vivienda o venderla que se presenta como la opción más adecuada, si el inmueble está gravado con una carga hipotecaria con largas y costosas amortizaciones cuyo pago resulta imposible de atender después de la ruptura familiar. En cuanto a la custodia compartida “tipo nido” en el que los menores se quedan en el domicilio y los padres rotan, el inconveniente fundamental es que se necesitan tres viviendas, de lo cual se deduce que muy pocas familias tienen esta capacidad económica, además de originar constantes controversias y conflictos. En cuanto, a la modalidad con “domicilio rotatorio de los hijos”, en la práctica generalmente se tiene en cuenta por los jueces que estén próximos para evitar molestias a los menores.<sup>110</sup>

Resulta evidente que sobrevenida la ruptura matrimonial o de pareja debe garantizársele al menor un espacio físico estable donde desarrollar sus actividades diarias, con el establecimiento de la custodia alternada o sucesiva se instalan en el derecho español un nuevo concepto de vivienda y ajuar familiar posterior a la ruptura matrimonial. El criterio más relevante para la atribución de la vivienda familiar está en asegurar el interés del hijo a conservar el ambiente doméstico en el cual ha desarrollado su existencia hasta la disgregación familiar. Sin embargo, no debe descartarse la ventaja que puede representar para el hijo el abandono de un hogar que ha sido permanentemente un verdadero campo de batalla de los padres. El alejamiento de un lugar ligado tan tristemente a dolorosos recuerdos puede beneficiar al menor en la medida que le produce una verdadera liberación. La solución viene dada por determinar la asignación de la vivienda familiar al progenitor con el cual resida principalmente, pero si los hijos comparten su convivencia de manera proporcional con uno y otro progenitor, se ha planteado la posibilidad de que sean los propios hijos los destinatarios de la atribución, sistema de rotación por alternancia en el domicilio de los propios progenitores. Si ninguno de los padres puede ser considerado como conviviente principal, el criterio que puede operar es el de atribución a la parte más necesitada de protección. No puede excluirse que la custodia compartida importe la asignación de más de una vivienda

---

<sup>109</sup> GONZÁLEZ DEL POZO, Juan Pablo. “El derecho de uso de la vivienda familiar en los supuestos de guarda y custodia compartida”. *Revista la Ley*, ref. 12968/2009, 29 de junio de 2009, p. 16.

<sup>110</sup> GONZÁLEZ DEL POZO, Juan Pablo. “El derecho de uso de la vivienda familiar en los supuestos de guarda y custodia compartida”. *Revista la Ley*, ref. 12968/2009, 29 de junio de 2009, pp. 16-19

familiar, lo cual puede suceder si los progenitores tienen la posibilidad de residir en los distintos inmuebles que ambos detentaban antes de la separación, en propiedad o en arrendamiento. En este caso, el juez puede atribuir un inmueble a cada uno de los ex cónyuges siempre que se garantice que el hijo viva en un lugar previamente identificado como ambiente familiar. En este sentido, se ha afirmado que el “sistema de anidación” podría solucionar el problema habitacional al permitir que el domicilio familiar sea declarado como lugar de permanencia de los hijos y sean los padres lo que vayan rotando en la residencia de los hijos<sup>111</sup>.

Es decir, en relación al uso del domicilio caben dos posibilidades: Primero. Guarda y custodia compartida a tiempo parcial permaneciendo los hijos en el mismo domicilio, ésta fórmula parece difícil de sostenerse en la práctica, ya que los sucesivos cambios de domicilio de los progenitores podría dar lugar a posibles controversias y el hecho de que uno de ellos rehaga su vida sentimental con otra persona podría hacer inviable tal fórmula. Imaginemos el caso de que uno de los progenitores rehace su vida con un tercero a su vez separado y con hijos de su anterior relación. Segundo. Guarda y custodia compartida a tiempo parcial con cambio de residencia de los hijos. La ley 15/2005 no ha incluido ninguna regla con el fin de regular el criterio a seguir para la atribución del uso de la vivienda y ajuar familiar en los supuestos regidos por un régimen de guarda y custodia compartida, por tanto, y a falta de acuerdo, es el juez teniendo en cuenta el interés más necesitado de protección, el que debe determinar a cuál de los progenitores se atribuye el citado uso, lo cual debe hacerse atendiendo a las circunstancias concurrentes y de forma motivada.<sup>112</sup>

Al no atribuirse la custodia específica a ninguno de los progenitores ya no puede ser de aplicación automática la previsión contenida en el párrafo primero del art. 96 del CC, sino que habrá que estar a lo prevenido en el párrafo tercero del citado artículo, esto es, podrá acordarse el uso a favor de un progenitor de forma temporal siempre que las circunstancias lo hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección. En este sentido el artículo 96 del CC otorga carácter preferente al acuerdo que, en principio y respecto de esta atribución, será válido. No obstante si el procedimiento matrimonial no es consensuado sino contencioso, el referido precepto impone al órgano jurisdiccional que la atribución de la guarda determine asimismo la del derecho de uso y disfrute de la vivienda familiar al progenitor custodio.<sup>113</sup>

---

<sup>111</sup> LATHROP GÓMEZ, Fabiola. *La custodia compartida de los hijos*, Madrid 2008, pp. 515-520.

<sup>112</sup> SARAVIA GONZÁLEZ Ana María. Magistrada-Juez. *La jurisdicción de familia especialización Ejecución de resoluciones y custodia compartida*. Estudios de Derecho Judicial n 147, Madrid, 2008, pp 295-296.

<sup>113</sup> CASTILLO MARTÍNEZ Carolina del Carmen, “La determinación en la guarda y custodia de los menores en los supuestos de crisis matrimonial o convivencial de sus progenitores. Especial consideración a la guarda y custodia compartida tras la Ley 15/2005, de 8 de julio”. *Actualidad civil n° 15. Editorial la Ley*. Quincena del 1 al 15 de septiembre de 2007, p. 1738, tomo 2.

### 3. Pensión alimenticia.

Respecto de la pensión de alimentos establece el TS que : “ la obligación de prestar alimentos se basa en el principio de solidaridad familiar y tiene su fundamento constitucional en el art.39.1 de la CE que proclama que los poderes públicos han de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia”, haciendo una distinción entre lo que es “ la asistencia debida a los hijos durante su minoría de edad, dinamante de la patria potestad que genera derechos y obligaciones paterno-filiales , y la institución de los alimentos entre parientes que tiene su fundamento en la solidaridad familiar dentro de la escala fijada en el art.143 del CC.<sup>114</sup>

La ley 15/2005 ha obviado el tratamiento de la pensión de alimentos en los casos de custodia compartida. Ante el supuesto de custodia conjunta, alternativa o compartida, las soluciones pueden ser varias: Primero, que cada uno de los padres abone los gastos del hijo durante el periodo en que el menor está bajo su custodia y compartiendo de forma proporcional los gastos extraordinarios. Este sistema sólo resultará aplicable, cuando la alternancia sea por periodos largos de tiempo que coincidan con el devengo de gastos importantes, por ejemplo, cursos escolares y las economías de ambos progenitores sean paritarias y la distribución de tiempo sea coincidente. Si existe importante desigualdad de ingresos entre ambos progenitores o disparidad importante en los periodos de tiempo que los hijos están con cada uno de sus progenitores, uno de los progenitores deberá entregar al otro, en el periodo en el que esté con el menor, una cantidad y éste asumirá el resto a cargo de sus ingresos. Segundo, que cada uno de los progenitores asuma el gasto de alimentación del hijo en los tiempos de residencia con él, y se fijen pagos directos a cargo de uno u otro de determinados gastos, como los de educación, determinando claramente quién paga y en qué conceptos, por ej., uno abona la ropa y vestuario de verano y el otro el de invierno y los gastos de ocio por meses. Lo que debe quedar claro es que si uno de los progenitores carece de ingresos o son insuficientes, ello no puede ser óbice para una custodia conjunta, compartida o alternativa. En tales casos, el otro progenitor que esté en mejor situación económica, deberá hacerse cargo de los gastos del hijo, mediante el abono de una pensión de alimentos y /o acumulativamente, del pago directo de ciertos gastos. Tercero, que se establezca una contribución individualizada atendiendo a las respectivas capacidades económicas de cada progenitor y necesidades del menor, debiendo abonar cada progenitor una suma mensual, cantidades que, deberán ingresar, por ejemplo, en una cuenta bancaria a nombre de los progenitores y los menores Al margen de lo anterior, y en orden a la determinación de la pensión de alimentos, un elemento que necesariamente ha de valorarse es el de atribución del uso del domicilio familiar, ya que resulta innegable que ello representa una forma importante de colaborar en el sostenimiento de los hijos, máxime cuando en muchos casos esa vivienda todavía no está pagada, encontrándose sometida a las implacables cuotas hipotecarias que necesariamente deben seguir siendo abonadas. A ello se une que, salvo que los progenitores alternen el uso del domicilio, en los demás casos

---

<sup>114</sup> Sentencia referenciada por PÉREZ SALAZAR RESANO, Margarita en “La guarda y custodia compartida y su incidencia en la pensión alimenticia”*Diario la ley*. N° 12967/2009, de 29 de junio de 2009.

hay que valorar que uno de los progenitores tiene que salir del domicilio familiar, debiendo subvenir a los gastos de un nuevo alojamiento<sup>115</sup>.

En cuanto a las necesidades pecuniarias de los hijos que se originan y deben solventarse diariamente con independencia de donde se lleve a cabo la convivencia, como la alimentación, la locomoción y gastos de diversa índole, estimamos que la regla general debiera ser la del mantenimiento directo de los hijos durante los períodos de convivencia con cada progenitor, de forma que en cada lapso fijado la madre o padre respectivo asuma los gastos correspondientes para satisfacer las necesidades de sustento del hijo común.<sup>116</sup>

Resulta que en relación a este importante tema, el CGPJ, en concreto la Comisión de Familia, solicitó al Instituto Nacional de Estadística la realización de unas tablas orientadoras para que determine la forma de calcular de una manera rigurosa el coste de atender a las necesidades básicas de los hijos cuando los padres están separados y los hijos conviven con uno de los progenitores. Para la realización de estudio el INE partió de una encuesta de Presupuestos Familiares Base 2006 para estimar el gasto de consumo de los hogares españoles, pero con la importante salvedad de la estimación de diferentes variables según la zona geográfica, las relativas al hogar y a las personas que tienen derecho a los alimentos, a tal respecto es importante destacar que el INE divide a los hijos en menores de 16 años que se considera como hijo dependiente si al menos uno de los padres es miembro del hogar, y los que tienen 16 años o más pero son menores de 25 y son económicamente inactivos a estos datos le suman el tamaño del municipio del lugar de residencia del progenitor custodio. En el caso de la custodia compartida el tiempo de estancia con los hijos deberá ser tenido en cuenta en la cuantificación como factor de corrección. Por medio de este estudio se pretende unificar los criterios dando seguridad jurídica a esta cuestión de vital importancia y a mayor seguridad mayor serán los acuerdos que se puedan alcanzar. La solución que actualmente se está dando para los procesos de mutuo acuerdo es que se opte por abrir una cuenta a nombre de los padres en la que aporten una cantidad mensual, normalmente la misma y a ello añadir el pacto de que cada uno de los progenitores se hará cargo de los gastos del hijo cuando estén en su compañía.<sup>117</sup>

En los procesos contenciosos la solución es variada, así la SAP de Asturias de 17 de abril de 2009 establece un sistema de custodia compartida por meses y sobre la base de la peor situación económica de la madre, fija una pensión a cargo del padre cuando el hijo común convive con la madre, en la SAP de Alicante de 24 de abril de 2009 se establece un sistema de abono consistente en que cada progenitor sufrague los gastos de manutención cuando tenga consigo a la hija común y en cuanto a los demás gastos ordinarios y extraordinarios de la menor, se establece que “ por el momento, deberán ser

---

<sup>115</sup> SARAVIA GONZÁLEZ Ana María. Magistrada-Juez. *La jurisdicción de familia especialización Ejecución de resoluciones y custodia compartida*. Estudios de Derecho Judicial Nº 147, Madrid, 2008 pp. 245-248.

<sup>116</sup> LATHROP GÓMEZ, Fabiola. *La custodia compartida de los hijos*, Madrid 2008, pp. 530.

<sup>117</sup> PÉREZ SALAZAR RESANO, Margarita en “La guarda y custodia compartida y su incidencia en la pensión alimenticia” *Diario la ley*. Nº 12967/2009, de 29 de junio de 2009.

satisfechos en un 60% por el padre y en un 40% por la madre, dada la superioridad económica del padre, la SAP de Tenerife de 31 de marzo de 2009, considera que “siendo similares los ingresos de las partes, así como el nivel de gastos y estableciéndose el sistema de custodia compartida, cada progenitor debe abonar los gastos relativos a vestido y alimentación durante el tiempo que el menor esté bajo su guarda y por mitad los relativos al colegio y demás gastos extraordinarios.”<sup>118</sup>

No obstante, según la Conclusión Novena del IV Encuentro entre Jueces, Magistrados y Abogados de Familia, celebrado en 2009: “Es obligatoria establecer una pensión alimenticia a favor de los hijos en los casos de custodia compartida, sin perjuicio de tener en cuenta la distinta capacidad económica de los progenitores para fijar el quantum de la obligación alimenticia”. Las fórmulas y soluciones propuestas en dicha conclusión son: a) “Pago recíproco de pensión alimenticia en la cuantía que corresponda. En caso de igual o similar capacidad económica de los progenitores, podrá establecerse que cada uno soporte los gastos que genere la manutención de los hijos cuando los tenga en su compañía, abonando por mitad los gastos fijos ordinarios y los extraordinarios mediante domiciliación bancaria de sus pagos en una cuenta común que se nutra con iguales aportaciones dinerarias de las partes, b) ingreso de la pensión alimenticia establecida en una cuenta bancaria de titularidad conjunta de los progenitores y disponibilidad mancomunada, en la que se domicilien todos o parte de los gastos fijos que generen los hijos, c) pago directo por un progenitor, o por ambos, a terceros de determinados gastos de los hijos, d) combinación de cualquiera de las fórmulas anteriores.

#### G. La tendencia jurisprudencial actual.

En primer lugar, determinar que la custodia compartida es decidida o denegada siempre por el Juez. Los padres sólo pueden proponerla. Por más que en la exposición de motivos se indique que “los padres deberán decidir si la guarda y custodia se ejercerá sólo por uno de ellos o bien por ambos de forma compartida”, la decisión es siempre judicial. La decisión es bien sencilla estamos ante una materia de derecho público porque hay un interés superior que es el del menor y este derecho está por encima de los padres.<sup>119</sup>

Como señala *IVARS RUIZ*, puede ser que ambos progenitores estén convencidos de que el régimen de custodia compartida sea el más adecuado, y en realidad no convenga éste al interés del menor, por lo que, el Juez antes de acordarlo deberá agotar todas las garantías que prevé el art. 92.6 Cc para determinar su idoneidad. Además puede ser que se hayan ocultado ciertos datos por los progenitores al acordar la custodia compartida, por ej.: maltratos, en cuyo caso ésta no sería procedente.<sup>120</sup>

---

<sup>118</sup> Comenta dicho trabajo del INE y jurisprudencia referenciada, PÉREZ SALAZAR RESANO, Margarita, en “La guarda y custodia compartida y su incidencia en la pensión alimenticia” *Diario la ley*. Nº 12967/2009, de 29 de junio de 2009.

<sup>119</sup> PÉREZ MARTÍN Antonio Javier. “Guarda o custodia conjunta o compartida”. *Tratado de Derecho de Familia. Aspectos sustantivos*. I Vol.1, 1ª edición, febrero 2007, p. 270.

<sup>120</sup> IVARS RUIZ Joaquín, “Falta del debido ajuste en la terminología utilizada”. *Guarda y custodia compartida. Aspectos procesales y sustantivos. Doctrina y jurisprudencia*. Valencia, 2ª edición, 2008, pp 45 y 101.

1. La cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Audiencia Provincial de las Palmas en el auto de 13 de octubre de 2006.

Respecto del art.92.8 del CC, vamos a describir la interesante cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Audiencia Provincial de las Palmas en el año 2006 ya que analiza la decisión jurisdiccional sobre la guarda y custodia compartida, a petición de uno sólo de los progenitores cuando existe un informe desfavorable del Ministerio Fiscal. A resultas del dictado de la sentencia de divorcio por el Juzgado de Primera Instancia nº3 de Las Palmas de Gran Canaria en la que se estableció: mantenimiento de la patria potestad compartida entre los progenitores respecto de su hija, concesión de la guarda y custodia a la madre, determinación del derecho de visita del padre con el correspondiente abono de la pensión alimenticia. Se reconoció como hechos probados que el padre es el progenitor que más tiempo dedicaba al cuidado de su hija, implicándose de forma práctica en el cuidado de la misma y por este motivo se estableció un sistema de visitas amplio. Se interesó por el demandado en la contestación a la demanda la guarda y custodia compartida, el Ministerio Fiscal informó desfavorablemente a la misma. El demandado interpuso recurso de apelación, estando pendiente el fallo de la resolución de la cuestión de inconstitucionalidad en relación a la vulneración de los arts. 14, 24, 39 y 117 de la CE. La Audiencia razona de forma clara y contundente que el informe del Ministerio Fiscal es preceptivo, pero de la redacción dada por el art 92.8 se deduce, que aunque sea siempre preceptivo, el favorable no es vinculante y el desfavorable es vinculante con la consecuencia de que el Juez de Instancia o el Tribunal superior no puedan conceder la custodia compartida- no sólo por falta de requisito formal del informe favorable preceptivo-, sino también , lo que es más grave, el Tribunal no puede valorar la idoneidad de la medida en orden a proteger el interés del menor. Por otra parte, esta fuerza vinculante del informe del Ministerio Público no se necesita en el establecimiento de las decisiones relativas al régimen de guarda y visitas ordinarios, por lo que puede vulnerar el principio de igualdad de los hijos ante la ley, art.14 CE, pues dependiendo de la guarda y custodia que se pida, el requisito del informe del MF varía en su fuerza y vinculación. Asimismo, sigue razonando la Audiencia se puede lesionar el principio de la exclusividad de la potestad jurisdiccional afectando al derecho a la obtención de la tutela judicial efectiva proclamada en el art. 24 de la CE porque se está sustrayendo de la protección jurisdiccional las solicitudes de custodia compartida a petición de uno sólo de los progenitores, puesto que en palabras de la propia Audiencia, “el Ministerio Público puede oponer su veto, o, simplemente no comparecer”. Y lo que es más importante, esta regulación razona el Tribunal que puede menoscabar el interés del menor reconocido en nuestro ámbito constitucional nacional y supranacional. La Audiencia en el Fundamento de Derecho Segundo considera pertinente mencionar que en el Encuentro de Abogados, Fiscales, Secretarios y Jueces de familia organizado por la Asociación de Abogados de Familia y el Consejo General del Poder Judicial, celebrado en Madrid los días 23,24 y 25 de noviembre del año 2005, se estableció la siguiente conclusión:”El informe desfavorable del Ministerio Fiscal, no impedirá en todo caso al juez aprobar la guarda y custodia compartida, si entiende que es lo más adecuado para el menor, porque de estimarse lo contrario, ello podría ser inconstitucional, al limitar la condición decisoria del juez. Si bien se estima conveniente suprimir que el informe del fiscal tenga que ser favorable, limitándose a indicar, como en el

caso de la custodia compartida por acuerdo de los progenitores, que es necesario el previo informe del ministerio fiscal, con independencia del sentido del mismo”. La Audiencia motiva en su fundamento de derecho segundo con total acierto que no cabe ignorar el precepto sin más, sino que tratándose de una norma posterior a la CE, procede elevar al TC la cuestión de inconstitucionalidad del precepto a fin de que el Alto Tribunal valore su constitucionalidad o de la interpretación adecuada a la CE”.<sup>121</sup>

Al hilo de la interesante cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Audiencia se deducen las siguientes violaciones de diversos preceptos constitucionales. En primer lugar, se produce una violación del sistema de separación de poderes ejecutivo y judicial y por tanto, del art. 117 de la CE que establece el principio de la exclusividad de la potestad jurisdiccional juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, ya que el Ministerio Fiscal no es Poder Judicial pues puede ocurrir que en base al art. 92.8 el Fiscal no informe o su informe sea neutro sin mostrarse ni a favor ni en contra utilizando la fórmula “ el Fiscal no se opone”, o sea contrario al régimen de guarda como en el caso que ha quedado en suspenso el fallo respecto de esta cuestión de inconstitucionalidad; en los tres casos descritos el Tribunal tiene vedada su posibilidad de decidir la custodia compartida, debido al veto exorbitante y contrario a la independencia judicial que concede el art.92.8 CC sin comparación ni parangón en ningún sector del ordenamiento jurídico incluido el penal. Además este informe es en principio inatacable porque no es revisable después de emitido, sólo puede ser revisado mediante lo que la Audiencia denomina el “control previo ad intra por el superior jerárquico, pero siempre teniendo en cuenta que la parte procesal perjudicada no puede solicitar del Fiscal Jefe la revisión del informe desfavorable, por otra parte, el informe del fiscal no tiene que ser motivado porque no lo exige ni la Constitución ni la norma cuestionada, mientras que los Jueces y Tribunales siempre tienen que motivar sus resoluciones. Por otro lado, la imparcialidad del Fiscal es distinta a la imparcialidad judicial pues ésta está íntimamente vinculada al derecho al proceso con todas las garantías mientras que la imparcialidad del Fiscal hace referencia a su funcionamiento como institución, siendo además parte procesal. En segundo lugar se lesionan los artículos 10, 14 y 39 de la C.E. En este sentido la Audiencia provincial de las Palmas aborda los problemas que está ocasionando el sistema de custodia compartida establecido por el legislador. Esta diferencia entre el carácter vinculante o no del informe dependiendo de si hay o no acuerdo en la custodia lesiona de manera injustificada la igualdad de los hijos ante la Ley, de conformidad con el art. 10, 14 y 39.2 de la CE y el art. 2 de la Convención sobre los Derechos del Niño.<sup>122</sup>

Sobre la falta de acuerdo de los cónyuges, la rebeldía o silencio de una de las partes, estima la Audiencia Provincial de las Palmas que no motiva de manera razonable un tratamiento jurídico distinto y supone un trato discriminatorio porque el desacuerdo u oposición formal de uno de los padres litigantes es una medida de presión para obtener ventajas económicas y por tanto, no protegerse con este ánimo el interés superior del menor. En el caso enjuiciado por la Audiencia, la madre está en desacuerdo en que el padre comparta el mismo tiempo o incluso reconoció que el padre dedicaba más tiempo al cuidado de la

---

<sup>121</sup> Auto de 13.10.2006 dictado por la Audiencia Provincial de las Palmas, la Sección Civil 5º, Ponente: Ima.Sra. Monica García de Yzaguirre, Ref .Tirantonline N° Tol.1034.017.

<sup>122</sup> Resumen de los fundamentos jurídicos del auto de 13.10.2006 de la Audiencia Provincial de las Palmas.

menor, pero el desacuerdo se encuentra en el aspecto formal de la denominación, pues si se denomina régimen de vistas amplio o extenso se acepta, pero si se denomina custodia compartida no cabe acuerdo ni aceptación.<sup>123</sup>

En el Anexo al IV Encuentro de Magistrados y Jueces de Familia y la Asociación de Abogados de Familia celebrado en Valencia, en octubre de 2009 se hace constar respecto de la custodia compartida y el mencionado informe del Ministerio Fiscal que: “ En cuanto a la procedencia de la custodia compartida en los casos en los que el Ministerio Fiscal emita informe desfavorable, se ha de interpretar la norma de forma sistemática, en el sentido de que esta circunstancia no impedirá que el Juez, a pesar de dicho informe desfavorable, apruebe la guarda y custodia compartida cuando motivadamente considere que es lo más adecuado para el menor. No puede prevalecer la opinión del Ministerio Fiscal, puesto que ello podría ser inconstitucional, al limitar la condición decisoria del Juez. No obstante, se estima conveniente que por reforma legislativa, se suprima el requisito de que el informe del Fiscal tenga que ser favorable, y se dé una redacción similar a los casos de custodia compartida por acuerdo de los progenitores, en los que la ley establece que es necesario el previo informe del Ministerio Fiscal, con independencia del sentido del mismo.<sup>124</sup>

## 2. Revocación de la guarda y custodia compartida.

El Tribunal Supremo en la sentencia de 8 octubre de 2009<sup>125</sup> establece la línea a seguir por las Audiencias Provinciales en materia de revocación de la custodia compartida acordada por los Juzgados de Primera Instancia. Precisamente, en el caso analizado el Juzgado de Primera Instancia estableció la custodia compartida de ambos progenitores y en virtud del recurso de Apelación se revocó la custodia compartida, estableciendo una custodia unilateral a favor de la madre de los menores, determinando la patria potestad compartida. En consecuencia, el padre del menor interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y de casación<sup>126</sup>.

Por su importancia reproducimos los razonamientos a los que llegó la Audiencia Provincial en el mencionado recurso: “[...] no procede en el caso presente, acceder o tener por conveniente el sistema de custodia compartida al que se llega en la sentencia, y no lo es porque si bien en el momento de presentación de la demanda existían unas circunstancias que podrían favorecer su establecimiento, no existieron en el transcurso del pleito, y tampoco ahora en la fecha actual. La actora [...] expuso que su domicilio familiar podía serlo el de Alicante [...], donde permanecería con sus hijos menores, y sin embargo con posterioridad, y así se desprende del auto dictado en las medidas provisionales, en 9 de junio de 2005, en el mismo se indica que la pareja se trasladaría en julio a Bruselas, por razón de incorporarse

---

<sup>123</sup> Conclusión lógica y razonable que realiza la Audiencia Provincial en el fundamento derecho quinto del auto de planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad.

<sup>124</sup> Conclusiones del IV Encuentro de Magistrados y Jueces de Familia y Asociación de Abogados de Familia y IV Jornada Nacional de Magistrados, Jueces de Familia, Fiscales y Secretarios Judiciales”, celebradas en Valencia, los días 26, 27 y 28 de octubre de 2009.

<sup>125</sup> Sentencia del TS de 8 de octubre de 2009. Numero del Recurso 1471/2006. Número de Resolución 623/2009, Sala Civil, Magistrada Ponente Iltma. Sra. Encarnación Roca Trias. Id. Cendoj 28079110012009100624.

<sup>126</sup> Antecedentes de hecho Primero y Segundo de la mencionada sentencia.

al trabajo la madre, siendo que en la actualidad ambos deben residir en la citada localidad, y que incluso, como así se desprende del escrito de interposición del recurso, se desconoce el domicilio de ambos, la proximidad entre ellos, etc. lo que hace sumamente dificultoso el tener un desarrollo armónico de aquel sistema, y en el que las funciones de custodia sobre los hijos menores, y por las edades con que cuentan, no iban a serlo con la permanencia de estos en un domicilio estable, sino alternando su estancia en el domicilio del padre o de la madre por periodos semanales. Precisamente no es esto lo que puede proteger mejor el interés de los menores, como dice el artículo 92 CC, sino todo lo contrario, no dándose, a falta de acuerdo de los progenitores, las circunstancias idóneas para que el juez pueda acordar dicha custodia compartida aun a pesar del criterio contrario de la madre".<sup>127</sup>

En primer lugar el TS examina la concurrencia del motivo segundo del recurso extraordinario por infracción procesal, y en concreto el relativo a la infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia, por defecto en la forma de motivarla y, por tanto, con vulneración del artículo 218.2 LEC, que reproducimos a continuación dada su gran importancia: "En ningún momento explicita la resolución recurrida qué circunstancias existieron en la presentación de la demanda, que luego dejan de concurrir y motivan el cambio del sistema de custodia. El cambio de domicilio no puede constituir esta alteración, porque es una cuestión conocida durante todo el procedimiento y tomada en cuenta en la 1ª Instancia para establecer el sistema de guarda y custodia compartida y no puede ser admisible una limitación de la libre circulación de personas en el territorio de la UE. La única razón es el desconocimiento del domicilio, que ya se ha demostrado que es falso. Insiste en que no es posible conocer los motivos que han fundado la decisión, porque la alusión al cambio de circunstancias y de domicilio y la utilización de la partícula etc. no satisface el requisito de la motivación". Por tanto, añade el TS "la motivación de las sentencias es una exigencia constitucional establecida en el Art. 120.3 CE. Desde el punto de vista constitucional, el deber de motivación es inherente al ejercicio de la función jurisdiccional y forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva, porque está prohibida la arbitrariedad del juez y la forma de controlar la razonabilidad de las decisiones se efectúa por medio de la motivación, y todo ello para evitar que el derecho a la tutela judicial efectiva sufra una lesión (STS 14 abril 1999). La respuesta a las peticiones formuladas en la demanda no debe ser ni extensa ni pormenorizada, pero sí debe estar argumentada en derecho, puesto que el juez no puede decidir según su leal saber y entender, sino mediante el recurso al sistema de fuentes establecido, tal como dispone el Art. 1.7 CC, lo que deriva de la sumisión de los jueces a la ley, establecida en el Art. 117.1 CE. En este sentido, el Tribunal Constitucional ha señalado que "la motivación [...] ha de ser la conclusión de una argumentación ajustada al tema o temas en litigio, para que el interesado, destinatario inmediato pero no único, y los demás, los órganos judiciales superiores y también los ciudadanos, puedan conocer el fundamento, la ratio decidendi de las resoluciones[...] (STC 77/2000, así como las SSTs 69/1998, 39/1997, 109/1992, entre muchas otras)". La obligación de motivación de las sentencias está recogida en el Art. 218 LEC, cuyo párrafo 2 establece que "las sentencias se motivarán expresando los razonamientos fácticos y jurídicos que conducen a la apreciación y valoración de las pruebas, así como a la aplicación e interpretación del derecho" y todo ello, "ajustándose siempre a las reglas de la lógica y de la razón". La falta de motivación de la sentencia

---

<sup>127</sup> Dichos razonamientos son recogidos literalmente por la Sentencia 1471/2006, en el Fundamento de Derecho primero, apartado 4º.

constituye un motivo del recurso extraordinario por infracción procesal, tal como aparece en el Art. 469.1, 2º LEC, y su concurrencia da lugar a la nulidad, con reposición de actuaciones (Art. 476.2, 4 LEC).<sup>128</sup>

En el fundamento jurídico cuarto el TS realiza un pormenorizado estudio de las circunstancias alegadas por la AP para motivar la revocación de la custodia compartida, analizando en qué consiste la falta de motivación. La Audiencia Provincial entiende que : a) las circunstancias existentes al inicio del pleito para acordarla habían desaparecido, sin especificar más; b) que aun cuando los miembros de la pareja se habían trasladado a Bruselas por razones laborales, su domicilio resulta desconocido; c) se desconoce asimismo la proximidad de los domicilios y, d) finalmente, que todo ello "hace sumamente dificultoso el tener un desarrollo armónico de aquel sistema, y en el que las funciones de custodia sobre los hijos menores, y por las edades con que cuentan, no iban a serlo con la permanencia de estos en un domicilio estable, sino alternando su estancia en el domicilio del padre o de la madre por periodos semanales". El TS entiende que esta argumentación no es suficiente para justificar la revocación de la guarda y custodia compartida acordada en la sentencia de primera instancia y ello por las siguientes razones: a) porque el cambio de las circunstancias no resulta justificado, no se dice cuáles son ni en qué pueden afectar al interés de los menores; b) porque el domicilio de los progenitores no es desconocido, y c) finalmente, pero no de menor importancia, porque la guarda y custodia compartida se funda básicamente en la no estabilidad del domicilio de los hijos, como se va a argumentar a continuación, por lo que no es razón fundamental ni decisiva para negar la custodia compartida la inestabilidad del domicilio de los menores. La sentencia recurrida hace alusión a una lista de criterios que la propia Sala había utilizado en una sentencia anterior, pero que no utilizó en la sentencia recurrida para revocar la de 1ª Instancia que sí acordó la guarda y custodia compartida. Por tanto, al no basar la argumentación en ningún criterio fiable, ni los propios, ni los que a título de ejemplo se han especificado en el párrafo anterior, debe concluirse que falta motivación, por lo que procede la anulación de la sentencia. Al haberse estimado el recurso extraordinario por infracción procesal, no procede entrar a examinar el recurso de casación, en consecuencia, procede anular la sentencia impugnada y reponer las actuaciones al momento inmediatamente anterior a dictar sentencia para que vuelva a dictarse ésta en la que la Sala de apelación, con arreglo a los hechos que considere probados, se pronuncie sobre las pretensiones esgrimidas por los progenitores en el litigio sobre guarda y custodia compartida en el recurso presentado por la apelante. Por tanto se estimar el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto y se anula la sentencia recurrida reponiéndose las actuaciones de segunda instancia al momento inmediatamente anterior a dictar sentencia, para que vuelva a dictarse sentencia que en cualquier caso argumente sobre el interés de los menores en relación a la guarda y custodia compartida pedida, con arreglo a los hechos que considere probados según el planteamiento del litigio y la prueba practicada. La anulación afecta también a la declaración de las costas generadas"<sup>129</sup>.

---

<sup>128</sup> Fundamento jurídico tercero de la sentencia 1471/2006.

<sup>129</sup> Fundamento jurídico cuarto de la STS 623/2009 de 8 de octubre.

### 3. Tratamiento del Tribunal Constitucional.

Otro problema con el que nos encontramos es que el último inciso del artículo 92.8 dice textualmente: "...sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor". El auto de la Sección Segunda del TC, de 13 de febrero de 2009, establece a tal respecto que al Tribunal Constitucional no le corresponde efectuar la ponderación de cuál sea el interés del menor, al ser ésta una cuestión de legalidad ordinaria que, como tal, el Tribunal no puede revisar (ATC 28/2001, de 1 de febrero). De ahí que su función deba limitarse únicamente a verificar si la decisión de la Audiencia Provincial de ordenar la entrega inmediata de una niña a su madre biológica con el fin de evitar el posible daño psíquico que podía ocasionarle la permanencia con su familia preadoptiva se justifique debidamente, conforme a lo exigido por nuestra jurisprudencia, en orden a salvaguardar su integridad moral (STC 221/2002, de 25 de noviembre, FJ 4).<sup>130</sup>

### 4. Estado de la cuestión de lege ferenda.

En Octubre de 2008, La diputada del Grupo Parlamentario Mixto, Doña María Olaia Fernández Dávila, de conformidad con el artículo 185 del Reglamento de la Cámara, presenta una serie de preguntas al Gobierno para su respuesta por escrito relativas a la realización de un estudio referido al desarrollo de la custodia compartida contemplada en la Ley de Divorcio 15/2005, la diputada razona que lo aprobado no logra la satisfacción de las demandas de una parte importante de la sociedad, pues la ley establece muchas trabas y limitaciones y parte de la idea de que la mejor atención a los hijos es aquella " que pueden compartir ambos progenitores", dado que es muy difícil el acuerdo sobre guarda y custodia compartía después de tres años de aplicación del art.92 se debe proceder a realizar un estudio sobre el impacto que la fórmula ha tenido en las resoluciones sobre divorcio, " para poder valorar la posibilidad de regular la custodia compartida sin, o con menos limitaciones que la regulación actual". En concreto la diputada realiza las siguientes preguntas al Gobierno: "¿Ha realizado el Gobierno algún balance del desarrollo de la custodia compartida, de acuerdo a lo regulado en el art. 92 del CC?, ¿Tiene el Gobierno conocimiento de que otras instituciones, en concreto las judiciales, hayan elaborado un estudio al respecto? De no ser así, ¿No considera el Gobierno que sería necesaria la elaboración de un informe sobre el desarrollo de la custodia compartida?, ¿ Prevé el Gobierno la realización de un estudio?, ¿ Va el Gobierno a dirigirse a la institución judicial para tal fin?, ¿ ¿Ha considerado el Gobierno la posibilidad de ampliar las condiciones que se contemplan en la Ley actualmente para que la custodia compartida pueda alcanzar un mayor número de acuerdos?. El Gobierno el día 2 de diciembre de 2008 mediante el Secretario de Estado de Asuntos Constitucionales y Parlamentarios en respuesta con ref. N°184/034191 respondió que: "esta reforma es reciente, lleva poco más de tres años en vigor, y aún es pronto para valorar su impacto. Por tanto, el Gobierno no ha elaborado todavía ningún estudio en profundidad al respecto. Por su parte, el Consejo General del Poder Judicial compila y publica datos estadísticos sobre divorcios, nulidades y separaciones, pero no proporciona datos específicos sobre la custodia de los hijos menores. Hay que señalar, sin embargo, que el Gobierno sí cuenta con información sobre la aplicación de la Ley por los órganos judiciales a través del Instituto Nacional de Estadística, cuya Estadística de

---

<sup>130</sup> Auto del TC de 13.0.2009

Nulidades, Separaciones y Divorcios, incluye datos desagregados por cónyuge que ejerce la custodia. La estadística se puede consultar en la página web institucional del INE: [www.ine.es](http://www.ine.es). Por último, cabe señalar que el Ministerio de Justicia está en contacto permanente con las diversas organizaciones sociales de padres y madres que siguen de cerca la aplicación de la Ley en el ámbito de la patria potestad. A través de reuniones periódicas, el Ministerio realiza un seguimiento estrecho de los problemas prácticos que se van planteando, con vistas a adoptar, en su caso, las medidas pertinentes".<sup>131</sup>

Las principales asociaciones de jueces coincidieron en calificar de "excesivamente radical" y "desmesurada", además de entrañar ciertos "riesgos", la propuesta del PSOE para que la admisión a trámite de una denuncia por violencia de género suponga la suspensión cautelar del régimen de comunicación y visitas de los hijos e hijas con el padre. La Asociación Profesional de la Magistratura (APM) y Jueces para la Democracia (JpD) reaccionaban así, en declaraciones a Europa Press, a la propuesta incluida por el Grupo Socialista en el borrador del informe de la Subcomisión del Congreso que analiza la Ley contra la Violencia de Género. El texto definitivo, que se está negociando en el actual mes de noviembre de 2009 con los demás grupos parlamentarios, se votará el próximo martes, 17 de noviembre de 2009 en la Subcomisión. El informe aprobado recogerá las recomendaciones del Congreso para mejorar la lucha contra la violencia machista y será enviado al Ministerio de Igualdad para que ponga en marcha las propuestas que considere oportunas. Para D. Miguel Ángel Gimeno portavoz de JpD, "habría que matizar esta medida porque podría restringir derechos esenciales de las personas sin tener unas diligencias probatorias mínimas". Gimeno explicó que la inmensa mayoría de las denuncias por maltrato se admiten, por lo que rechaza que "esta medida se aplique de manera automática en todos los casos". "El automatismo nos ha demostrado que se llega a situaciones absurdas e ilógicas", avisó. A su juicio, la propuesta del PSOE supone aplicar una medida "demasiado pronto" en el proceso judicial y con la exigencia de "pocos requisitos". JpD considera más razonable que sea el juez quien decida si aplicar esta suspensión cautelar. "Habría que dejar al juez que la aplique o no en función de criterios de proporcionalidad y con cierta seguridad", añadió. Asimismo, indicó que las penas "tienen que estar relacionadas" con los hechos ocurridos, ya que, en su opinión, "puede no tener nada que ver la relación del padre con la madre y la relación del padre con los hijos", al tiempo que indicó que en estas decisiones se debe tener en cuenta "el interés del menor". En esta misma línea, el portavoz de la APM, D. Antonio García, explicó que "la simple admisión de una denuncia no es más que un primer juicio valorativo de los hechos" y se preguntó "qué pasaría si finalmente si se demuestra que los hechos carecen de fundamento y la denuncia es archivada" pero al padre ya se le ha estado privando de ver a sus hijos. El representante de la APM señaló que en estos casos debe prevalecer "el interés del menor" y solicitó "que se piense con muchísimo cuidado" este tipo de propuestas. "Que se aplique esta medida de forma automática no nos parece la mejor solución", aseveró. Así, pidió que se huya de las medidas "que implican generalizaciones" y que se deje libertad al juez para estudiar qué decisiones tomar "en función de cada caso". El PSOE también ha planteado en el borrador que la orden de alejamiento que se concede a la

---

<sup>131</sup> Documento consultado en la página web del Congreso de los Diputados [www. Congreso .es](http://www.congreso.es), el día 3.8.2009, ref. 184/033647.

madre se extienda a los hijos y que los padres que tengan una condena firme por violencia machista pierdan la custodia de los menores y se les prive de la patria potestad.<sup>132</sup>

Según explica la juez María Sanahuja: “Abrir 17 juzgados de violencia de género para toda España no es apostar por otro modelo. En las ciudades medianas ha sido un desastre. Un papelito, como es el de la orden de alejamiento, no protege a nadie. En los últimos meses se dictan por miles y la policía no da abasto. Nos hemos dedicado a hacer juicios rápidos con pocas pruebas, presionados por la situación social. Eso es muy peligroso”, afirma Sanahuja. Cuenta además esta juez que el feminismo no debe justificar una actitud de revancha porque se parte de la culpabilidad del hombre: “Si un hombre da un empujón a su compañera, eso es delito, mientras que si es al contrario, sólo es una falta”, explica. Empar Pineda hace hincapié en la judicialización de los conflictos interpersonales y aboga por la mediación y por el desarrollo de las medidas educativas recogidas en la ley: “Hay que darle importancia a equipos psicosociales, como los que hay en los juzgados. El Código Penal no está hecho para resolver conflictos. La denuncia no puede ser la única vía de acceso a los recursos públicos o para tener seguridad”, afirma. Pone como ejemplo a la Xunta de Galicia, que da 600 euros a las mujeres maltratadas sólo con el informe del psicólogo.<sup>133</sup>

## II EL SÍNDROME DE ALIENACIÓN PARENTAL.

### A. Concepto, origen y críticas.

Se dice que una de las ventajas de la custodia compartida es que reduce el riesgo de Síndrome de Alienación Parental.<sup>134</sup> Desde un punto de vista psicológico tal y como expresa CASTELLS, el argumento más sencillo para defender la custodia compartida es que es la custodia natural existente antes de la separación y que no existe ningún motivo para que el divorcio determine otro cambio de custodia, por tanto, se configura como motivadora de una mayor participación parental, incrementando la autoestima del menor, disminuyendo los litigios entre cónyuges.<sup>135</sup>

El concepto, definición, síntomas y graduación del síndrome de alienación parental fue publicado por primera vez por Richard Gardner, después de su muerte en el año 2003 es el principal referente teórico que se tiene sobre dicha materia. También es conocido dicho síndrome por su acrónimo SAP, Parental Alienation Syndrome o Pas. Este síndrome es definido por GARDNER como: “Trastorno infantil que surge casi exclusivamente en el contexto de las disputas por la custodia de los niños. Su

---

<sup>132</sup> Información suministrada por [www.custodiapaterna.org](http://www.custodiapaterna.org), consultada el día 9 de noviembre de 2009. Información que también aparecía el mismo día en <http://ecodiario.eleconomista.es/sociedad/noticias/1680009/11/09>.

<sup>133</sup> Noticia consultada en [http://padresdivorciados.blogspot.com/2009/11/feminismo\\_contra\\_feminismo.html](http://padresdivorciados.blogspot.com/2009/11/feminismo_contra_feminismo.html), fecha de la consulta 9 de noviembre de 2009.

<sup>134</sup> Así lo expresan diversos autores PINTO ANDRADE Cristobal, “*la custodia compartida*”.Bacelona, 1ª edición, Marzo 2009, p. 308.

<sup>135</sup> CASTELLS CUIXART, Paulino, “*los padres no se divorcian de sus hijos*”.Madrid, 1ª edición, Abril 2009, pp. 153-156.

manifestación primaria es la campaña de denigración del niño contra un padre, una campaña que no tiene justificación. Ello resulta de la combinación de una programación (lavado de cerebro) de adoctrinamiento parental y de las propias contribuciones del niño para el vilipendio del padre objetivo. Cuando un maltrato o abuso sexual está presente, la animosidad puede estar justificada y así la explicación del síndrome de alienación parental para la hostilidad del niño no es aplicable”.<sup>136</sup>

En la medida en que este Síndrome se desacredita aparecen nuevas formulaciones y denominaciones del mismo, parece ser que ha recibido otras denominaciones que describen los mismos parámetros de comportamiento como Síndrome del Progenitor Malicioso, Alejamiento, Progenitor Amigoso, ésta última teoría también procede de Gardner que creó el concepto de FP o “Friendly Parent”, veinte años antes de crear el SAP y hacía referencia al progenitor que no denuncia, no se queja, no dificulta las relaciones del menor con el otro progenitor, y la forma de probar que un progenitor es amigoso es precisamente demostrando que el otro no lo es.<sup>137</sup>

La polémica principal a nivel científico radica en la inclusión del SAP dentro del DSM, dicha polémica afecta al ámbito judicial pues nuestra jurisprudencia ha rechazado su existencia en algunas ocasiones por no estar incluido en el DSM. El DSM (Manual Diagnóstico y estadístico de los Trastornos Mentales) es una nosología, es decir, un sistema de clasificación de las enfermedades y trastornos que presentan síntomas de tipo fundamentalmente mental y comportamental, con independencia de su etiología, en gran parte de ellos desconocida. El DSM realiza una clasificación de trastornos y contiene el sistema para diagnosticarlos. La inclusión o no de un posible trastorno y su salida del sistema se lleva a cabo a través de un Comité de Expertos de revisión para las diferentes categorías de trastornos. El organismo que avala y del que depende el DSM es el APA (American Psychiatric Association), por tanto, el DSM manifiesta la posición del APA teniendo en cuenta otras influencias como la del sistema ICD, que es el sistema de clasificación de enfermedades que realiza la OMS (Organización Mundial de la Salud), siendo el capítulo V el dedicado a las enfermedades mentales. En el Comité de Expertos del DSM también participa otra institución, el NIMH (National Institute of Mental Health), que es la Agencia Estatal Norteamericana para la Salud Mental, que es el grupo más importante para la elaboración de las pautas y directrices sobre salud mental a nivel mundial.<sup>138</sup>

Aunque el SAP, sea bastante controvertido y esté rodeado de polémica desde su formulación cuestionándose su entidad como síndrome, hay algo sobre lo que no existe controversia, y es que existen

---

<sup>136</sup> ESCUDERO NAFS Antonio, AGUILAR REDORTA Dolores, DE LA CRUZ LEIVA Julia. “La lógica del síndrome de alienación parental de Gardner (SAP): terapia de la amenaza”. *Revista de la Asociación Española de Neuropsiquiatría*. Vol 28, nº 102, pp.285-286. Cita a Gardner y su obra “*Legal and Psychotherapeutic Approaches to the Three Types of Parental Alienation Syndrome Families. When the Psychiatry and the Law Join Forces*” Court Review, 1991, pp. 14-21.

<sup>137</sup> VACCARO Sonia y BAREA PAYUETA Consuelo, “*El pretendido Síndrome de Alienación Parental. Un instrumento que perpetua el maltrato y la violencia*”. 2009, 1ª edición.

<sup>138</sup> JARNE ESPARCIA Adolfo, ARCH MARÍN Mila “DSM, salud mental y síndrome de alienación parental”. *Papeles del psicólogo*, Vol. 30, 2009, pp. 86-87.

niños que sufren el alejamiento respecto de uno de sus padres con causa en la manipulación de uno de sus progenitores<sup>139</sup>.

*TEJEDOR HUERTA* expone hasta un catálogo de diez críticas distintas realizadas al SAP, proponiendo como respuestas las ofrecidas por Bone: Primero. El SAP no está en el DSM-IV y por tanto no existe, respecto de esta crítica analizada con anterioridad se deduce que la inclusión de un nuevo desorden en el DSM requiere muchos años de investigación y publicaciones. Teniendo en cuenta el tiempo que tarda la inclusión de un síndrome, está previsto que aproximadamente se incluya en el 2010. Segundo. Sólo las madres son responsables de ser inductoras del SAP. En los años noventa los padres son también alienadores como consecuencia de la evolución en la custodia de los hijos, incluso Gardner afirmó que su extensión se debe a que los padres han leído sobre el síndrome y lo están utilizando. Tercero. El SAP no es un síndrome. Respecto de esta crítica hay que tener en cuenta que es un síndrome con un conjunto de síntomas muy específicos, a mayor número de síntomas e intensidad se puede determinar el nivel del SAP sufrido por el menor. En el tipo moderado y grave de SAP el menor manifiesta todos los síntomas sin embargo en los casos más leves pueden no aparecer todos los síntomas. Como síndrome la casusa subyacente se encuentre en la programación del progenitor alienador contra el objetivo. Cuarto. El SAP no es aceptado en la comunidad profesional. Respecto a esta crítica hay que decir que el SAP ha superado la fase de aceptación y actualmente se encuentra en fase de exploración, existiendo más de ciento treinta y cinco artículos publicados en revistas profesionales que lo aceptan. Quinto. Total ausencia de investigación empírica de apoyo del SAP. Esta crítica es insostenible ya que los artículos publicados contienen una investigación empírica pues en caso contrario no puede admitirse su publicación. Sexto. El SAP no es aceptado en los Tribunales, independientemente de la denominación que se le dé, vemos como poco a poco la jurisprudencia va admitiendo su reconocimiento. Séptimo. EL SAP protege a los padres abusadores. En los estudios realizados sobre SAP se concluye que no puede ser utilizado para encubrir un abuso, es decir, los padres abusadores no pueden alegar el SAP a su favor. A través del estudio de dicho síndrome se han determinado las estrategias para detectar los padres verdaderamente abusadores de los falsamente acusados, no obstante, pueden existir progenitores abusadores o negligentes que utilicen el SAP para encubrir su abuso o negligencia, esta cuestión queda solucionada mediante el estudio pormenorizado del síndrome. Noveno. Los trabajos de Gardner han sido auto-publicados y él es un fraude. Aunque Gardner tuviera su propia editorial no es el único que ha estudiado el fenómeno, existiendo en la Asociación Americana de Psicología referencias a sus trabajos y publicaciones. Décimo. El SAP se basa en la Escala de Legitimidad del abuso sexual. Se fundamenta esta crítica en que Gardner publicó en 1987, dos años después del primer artículo sobre el SAP.<sup>140</sup>

*GARDNER*, por tanto, utilizó el término SAP para definir los síntomas de rechazo y denigración de los menores después de la separación o divorcio de sus padres. Al mismo tiempo, dos psicólogos

---

<sup>139</sup> RAMIREZ GONZÁLEZ, Marta, “Psicopatología y derecho de familia, trastorno mental y alternativas de custodia. El síndrome de alienación parental (SAP)”. *Revista de psicopatología Clínica, Legal y Forense*. Vol. 4, 2004, p.151.

<sup>140</sup> TEJEDOR HUERTA, Asunción, “Estudios sobre el SAP”. *El síndrome de Alienación parental. Una forma de maltrato*. Madrid, 2007, 2ª edición, pp. 115-120.

americanos, Blush y Ross en 1987, utilizaron el término SAID “Sexual Allegations in Divorce” (Acusaciones de Abusos Sexuales en el Divorcio) para describir las acusaciones falsas de abusos durante la crisis familiar. Además Gardner diferenciaba entre “Síndrome de Alienación Parental” y “Alienación Parental”, el término alienación parental se refiere al conjunto de acciones que el progenitor alienante realiza sobre los hijos, tales como, denigración crítica y ataque al otro progenitor, denominado progenitor objetivo, mientras que el síndrome de alienación parental es el probable resultado de la influencia de la alienación.<sup>141</sup> Para diferenciar la alienación parental (AP) del síndrome de alienación (SAP) nos debemos de apoyar en la racionalidad del rechazo de uno de los padres, es decir, la conducta exhibida por un progenitor pueden provocar una alienación parental justificada debido a la conducta antisocial, circunstancias que pueden ser aprovechadas por el otro progenitor para iniciar la campaña de denigración, mientras que la alienación parental está basada en razones racionales, el síndrome de alienación no presenta dicha racionalidad, es decir, no existe ninguna conducta en el progenitor objetivo que justifique la campaña de injurias. El AP no es un síndrome sino el término general donde se incluye el SAP. Cuando Gardner definió el SAP utilizó los conceptos “lavado de cerebro” y “programación”, de manera que se han venido utilizando como sinónimos perjudicando la entidad científica del SAP. El SAP incluye la programación del progenitor alienador con las contribuciones del hijo mientras que el “lavado de cerebro” sólo hace referencia a los cambios de conciencia introducidos en el menor ignorando las aportaciones del mismo. Estas diferencias se ponen de manifiesto en el tratamiento, pues mientras que un individuo víctima de un grupo sectario puede apartarse del grupo porque tiene autonomía para hacerlo, las menores víctimas del SAP tienen un tratamiento inviable pues mantienen la residencia con el progenitor alienador, haciendo muy difícil el tratamiento.<sup>142</sup>

El principal estudio crítico en España sobre dicho Síndrome, lo han realizado VACCARO Y BAREA<sup>143</sup> del que vamos a resaltar sus principales conclusiones. En primer lugar, sin estudiar las posibles causas de rechazo hacia un progenitor, hablar directamente de “campaña de denigración”, supone presuponer que el niño miente, partiendo de un silogismo equivocado o una lógica inversa, es decir para estas autoras “ si el niño acusa a un progenitor de abuso sexual o de maltrato, se considera dicha acusación como prueba de SAP”. En segundo lugar, tal y como se analiza en la sintomatología, el niño aporta justificaciones débiles, absurdas o frívolas, constituyendo estos términos imprecisiones subjetivas que no pueden garantizar un diagnóstico fiable. En cuanto a los tres criterios de diagnósticos utilizados por GARDNER, ausencia de ambivalencia, fenómeno del pensador independiente y apoyo reflexivo y automático a un progenitor, se consideran por estas autoras como patologías adaptativas al maltrato o abuso, rebeldía adolescente o rabia ante el divorcio de los progenitores, que terminan desapareciendo con el tiempo, además puede tratarse de una reacción sana y correcta que parte de la víctima de un delito. Para GARDNER la ausencia de culpabilidad del niño es considerado como psicopatía, cuando puede ser

---

<sup>141</sup> TEJEDOR HUERTA, Asunción, “Estudios sobre el SAP”. *El síndrome de Alienación parental. Una forma de maltrato*. Madrid, 2007, 2ª edición, pp. 19-23.

<sup>142</sup> AGUILAR CUENCA, José Manuel, “Diagnóstico diferencial”. *Síndrome de Alienación Parental. Hijos manipulados por un cónyuge para odiar al otro*. Madrid, 2007, 4ª edición, pp. 71-74.

<sup>143</sup> VACCARO Sonia y BAREA PAYUETA Consuelo, “ *El pretendido Síndrome de Alienación Parental. Un instrumento que perpetua el maltrato y la violencia*”. 2009, 1ª edición, pp.75-82.

debido a un rechazo adaptativo del menor. Por último, la presencia de escenarios prestados puede proceder de las discusiones oídas por el niño aunque no las presencie.<sup>144</sup>

B. Delimitación de otros síndromes, síndrome de confusión filial y síndrome de indefensión parental.

CASTELLS diferencia el SAP con otros dos síndromes denominados: síndrome de confusión filial (SCF) y síndrome de indefensión parental (SIP). En el mencionado SCF, el hijo que vive una separación conflictiva presenta unos síntomas o cuadro clínico caracterizado por el “desprecio, pasando por la ambivalencia de sentimientos, el conflicto de lealtades consistente en no poder seguir queriendo a los padres de igual modo”. En este caso el menor está confundido, esta confusión siempre está presente en toda separación, esta situación se puede agravar si por decisión judicial se toma al pie de la letra el síndrome de alienación parental y se deduce que el hijo es una víctima del progenitor alienador. Por tanto, en todo momento va a existir este síndrome de confusión filial que lleva a un trasvase de afectos que debe ser paulatina, en particular si el menor tiene corta edad. Al mismo tiempo, también señala este autor, la existencia del SIP, siendo un trastorno que surge en la práctica clínica tras el análisis de los casos de separación y que se manifiesta por una situación asimétrica de poder, mediante la cual uno de los cónyuges es más poderoso desde el punto de vista económico, judicial y socialmente lo que genera una superioridad en el ejercicio de las acciones por un progenitor y una situación extrema en el otro progenitor de no querer desprenderse de lo que cree que es suyo: los hijos. Se deben diferenciar los casos de auténtico SAP de los SIP. Precisamente el SIP, presenta tres criterios identificadores: Primero. “Respuesta de crispación contenida”, mediante la cual el miembro que se cree víctima intenta encontrar una explicación o justificación a las situaciones agravantes que está viviendo, asumiéndolas y dándole una explicación que transmite a sus hijos. Segundo. “Respuesta de violencia manifiesta”, se trata de una reacción defensiva que tiene una aparición inicial o progresiva en la que se contraataca con virulencia, agresividad verbal o física unilateral o solidariamente con amigos o familiares. Tercero. “Respuesta de inhibición conductual”, en esta fase el miembro que se encuentra indefenso sufre un cuadro ansioso –depresivo que puede desembocar en un estado de desesperación del que se deriva impotencia para responder a los agravios de la otra parte. Por tanto, la recomendación principal es que psicólogos, psiquiatras, abogados matrimonialistas y jueces de familia “sean extremadamente cautelosos a la hora de diagnosticar, pleitear y dictar sentencias”, pues hay que separar y detectar los casos de auténtica manipulación de hijos SAP del SIP y el SCF.<sup>145</sup>

BOLAÑOS, para el análisis del síndrome parte de la descripción de otros conceptos analizados por diversos autores que se encuentran íntimamente relacionados, tales como: el conflicto de lealtades

---

<sup>144</sup> VACCARO Sonia y BAREA PAYUETA Consuelo, “ *El pretendido Síndrome de Alienación Parental. Un instrumento que perpetua el maltrato y la violencia*”. 2009, 1ª edición, pp 75-82.

<sup>145</sup> CASTELLS CUIXART, Paulino, “*Los padres no se divorcian de sus hijos*”. Madrid, 1ª edición, Abril 2009, pp.175-178. El SCF, fue expuesto por primera vez por Castells en su libro “*Psicología de la familia*” *Ceac*, 2008, pp 102-104. Por otra parte, el SIP es calificado por el autor como un trastorno relacional no tipificado todavía ni en los manuales de psiquiatría ni en los de psicología que describió por primera vez en *Psychologies*, 2008, 42, pp 62-63.

(Borszomengy -Nagy, 1973), mensajes doble vinculantes o doble vínculo (Bateson, Jackson, Haley y Weakland, 1971), la triangulación (Bowen 1978), síndrome de Medea (Wallerstein 1989) y alienamiento (Jonston y Campbell 1988). Debido a que es muy difícil permanecer neutral en los casos de crisis conyugal, tener el apoyo de los hijos puede ser el objetivo fundamental del conflicto, de manera que el acercamiento hacia la postura de uno de los padres genera el alejamiento en el otro produciendo el conflicto de lealtades. La utilización del doble vínculo puede aparecer en determinados mensajes que tienen un contenido implícito “tienes que ver a papá” se contradice con otro que está implícito “no lo veas”. El rechazo de los hijos deja en un segundo plano el conflicto entre los padres, según el concepto de triangulación y mediante el cisma marital un miembro de la pareja desprestigia al otro delante de los hijos en el extremo de esta última situación puede aparecer el “síndrome de Medea” cuando uno de los padres considera a su hijo como prolongación de él mismo mediante la extensión de los pensamientos de abandono. El término alienamiento se refiere a las fuertes preferencias hacia un progenitor que producen el alejamiento respecto del otro.<sup>146</sup>

En relación a la terminología y denominación *AGUILAR* determina que el primer autor que definió el SAP fue Richard Gardner (1985), Profesor de Psiquiatría Clínica del Departamento de Psiquiatría Infantil de la Universidad de Columbia, en un artículo titulado "Tendencias recientes en el divorcio y la litigación por la custodia". El síndrome ha sido estudiado por numerosos autores que no han tenido contacto entre sí, pero que han llegado a la misma conclusión partiendo de sus investigaciones. Wallerstein (1980) en California y Jacobs (1988) en Nueva York, publicaron informes sobre casos de lo que llamaron el Síndrome de Medea ya descrito anteriormente, mientras que en Michigan Blush y Ross (1986) publicaron sus investigaciones sobre tipologías de progenitores que llevaban a cabo acusaciones falsas de delitos sexuales, definiendo el Síndrome SAID (Sexual Allegations In Divorce). Finalmente, en el mismo año, y por tanto de forma paralela, Turkat describió el Síndrome de la Madre Maliciosa Asociado al divorcio -las madres maliciosas son aquellas que utilizan la ley para castigar y acosar al ex-cónyuge, usando todo tipo de medios legales e ilegales, con objeto de interferir el régimen de visitas del padre objeto.<sup>147</sup>

Nuestra Jurisprudencia se ha pronunciado sobre el mismo siendo clarificador el auto dictado por la Audiencia Provincial de Madrid 17ª de 8.6.2006<sup>148</sup>, sección 17, en el que se resuelve el recurso de reforma interpuesto contra el auto de fecha 16 de diciembre de 2006 que decretaba el sobreseimiento provisional de unas diligencias previas basadas en la comisión culpable de un delito tipificado y penado en el artículo 224 del Código Penal. Es muy importante destacar como se relaciona (o intenta relacionar por la acusación) el tipo del artículo 224 con el Síndrome de Alienación Parental. El tipo del artículo 224

---

<sup>146</sup> BOLAÑOS Iñaki, “El síndrome de alienación parental. Descripción y abordajes psico-legales”. *Revista de psicopatología Clínica, Legal y Forense*. Vol 2, Nº3, 2002, pp. 25-27.

<sup>147</sup> AGUILAR CUENCA José Manuel. “Formas de relación en la familia que se divorcia”. *El síndrome de alienación parental interferencia en las relaciones filiales*. Id.vlex: Vlex 53363034.

<sup>148</sup> Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 17, Número del Recurso 164//2006, Número de la Resolución 487/2006, dictado en conocimiento del Recurso de apelación frente al auto que desestimaba un recurso de reforma interpuesto a su vez contra el auto de fecha 16 de diciembre de 2005 que decretaba el sobreseimiento provisional de unas diligencias previas abiertas por delito de abandono familiar. Id.Cendoj: 28079370172006200275.

CP<sup>149</sup> presuntamente cometido por un padre, del cual la Audiencia Provincial estableció que “no se advertían indicios de que la menor hubiera sido manipulada psicológicamente por su padre haciendo surgir en ella sentimientos hostiles hacia su madre, hasta el punto de rechazar todo contacto con ella; tampoco de que hubiera ejercido sobre su hija presión alguna para que abandonara su domicilio o saboteara la efectividad del régimen de visitas y comunicaciones y menos aun de que la hubiera sustraído o retenido para impedir que mantuviera cualquier relación con su madre”. Es decir, para la Audiencia Provincial no existían indicios de inducción típicamente relevantes. Podemos destacar los dos razonamientos fundamentales que realiza la Audiencia en dicho auto, en primer lugar el argumento jurídico penal y en segundo lugar la descripción realizada sobre el SAP. Respecto del argumento jurídico penal la Audiencia analiza el artículo 224 del CP y su relación con la inducción y su eficacia, la mera actividad del iter críminis, haciendo hincapié en el “omnímodo facturus” es decir , cuando el inducido, en este caso la menor, ya se había decidido a realizar los hechos de todos modos independientemente de la instigación del inductor, puesto que para la Audiencia la relevancia jurídico penal de estos casos se fundamenta en reforzar el propósito criminal preexistente separándolo doctrinalmente del que hace surgir en otro una idea criminal que hasta entonces no había concebido y lo anima para que lo ponga en práctica. En la inducción, el inductor no interviene en la ejecución y la instigación al “omnímodo facturus” puede considerarse punible como cooperación psicológica o como tentativa de inducción, siendo discutible en el Código Penal vigente la punibilidad de la tentativa de inducción al “omnímodo facturus”, sobre todo si trata de una omisión imprudente.

En dicho auto se hace referencia a lo que la propia Audiencia analiza como “ problema tangencial que puede afectar a la tipicidad del artículo 224 CP, realizando una descripción sobre el síndrome de alienación parental determinando sobre el mismo que: “ El síndrome antes mencionado que se detecta hace un cuarto de siglo en los Estados Unidos de América, favorecido por unas especialísimas circunstancias sociológicas, se define como un trastorno infantil (childhood disorder) que se origina primordialmente en el contexto de disputas de la custodia de menores en las causas de divorcio. Su manifestación primordial es la campaña de denigración del niño en contra de un progenitor, una campaña que no tiene justificación. Resulta de la combinación de una programación del progenitor (lavado del cerebro) y contribuciones del propio niño en la demonización (vilification) que hace del progenitor denigrado su diana. Cuando el verdadero abuso parental o la negligencia están presentes, la animosidad del niño puede estar justificada, y en este caso la explicación del síndrome de alienación parental para la hostilidad del niño no es aplicable. ...».Dada la fecha de su publicación, no se encuentra incluido en el DSM IV, el prestigioso manual de la Asociación Psiquiátrica Americana, no se encuentra incluido en ella, lo que ha dado lugar a un debate inacabado sobre su admisibilidad como trastorno mental (mental

---

<sup>149</sup> El artículo 224 del CP establece:” El que indujere a un menor de edad o a un incapaz a que abandone el domicilio familiar, o lugar donde resida con anuencia de sus padres, tutores o guardadores, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años. En la misma pena incurrirá el progenitor que induzca a su hijo menor a infringir el régimen de custodia establecido por la autoridad judicial o administrativa”.

disorder). Se recuerda que no es novedad en la bibliografía la descripción de las denominadas «alianzas patológicas», el establecimiento de lazos patológicos entre uno de los progenitores con sus hijos frente al otro progenitor. La expresión «alienation» es polisémica. Con ella se quiere expresar la transformación del padre o de la madre en un «ajeno», un extraño, rompiendo los nexos de afectividad que lo ligaban con el hijo o hija, mediante una técnica de sustitución de su verdadera imagen por otra desacreditada; la imagen de una persona «envilecida» («vilification»). En las inevitables rupturas de convivencia simultánea con el padre y con la madre cuando se produce una separación o un divorcio, el progenitor que tiene a su cargo al menor está en óptimas condiciones para lograr este cambio de perspectiva, aprovechando el componente emocional producido por el alejamiento del otro; por eso, en la bibliografía hispanoamericana se describe este comportamiento como un «abuso de tenencia». El menor sólo sabe que ese otro ya no está con él y vive la separación como un abandono por su parte. Al dolor por el abandono sigue, si el conviviente alimenta ese sentimiento, un movimiento de culpabilización y rechazo. La afrenta y la angustia del abandono unen patológicamente al hijo con el progenitor a cuyo cargo ha quedado y ambos alimentan recíprocamente su hostilidad frente al ausente. La participación del menor constituye una característica definitoria del Síndrome. Aunque en los primeros estudios se interpretó que el síndrome afectaba en mayor medida a las madres (hasta el punto de proponerse la inquietante denominación «Malicious Mother Syndrome» o «Síndrome de la Madre Malvada»), los datos estadísticos más recientes no permiten establecer con certidumbre científica la prevalencia de un sexo sobre otro. El extrañamiento del menor resultante de una acción unilateral de un progenitor está siendo tratado cada vez más, en Derecho comparado, como un caso de «abuso», de «maltrato psicológico infantil», del que es responsable el progenitor «programador». Resulta, a este propósito, muy interesante la Sentencia de 13 de julio del 2000, dictada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso Ángel Daniel contra Alemania. En 1992, un nacional alemán inició un procedimiento en demanda de reconocimiento de su derecho a visitar periódicamente a su hijo menor, que había quedado al cuidado de su madre tras la separación de ambos cónyuges. La demanda fue desestimada en primera y segunda instancia. Los Tribunales argumentaron que la tensión existente entre los padres podría afectar negativamente al desarrollo del menor, aunque no fue solicitada la opinión de ningún psicólogo. El Tribunal entendió que las sentencias desestimatorias de la demanda del Señor Ángel Daniel constituían una interferencia sobre sus derechos relativos a la vida familiar, advirtiendo que, de acuerdo con el artículo 8 párrafo 2º, del Convenio, dicha interferencia sólo podía entenderse justificada cuando es el resultado de una intervención prevista por la ley y tiene carácter necesario dentro de una sociedad democrática. Aunque ciertamente la decisión de los Tribunales alemanes constituye una actuación prescrita por la ley, el Tribunal considera que no se cumple el presupuesto de su necesidad. En efecto, esta necesidad ha de valorarse teniendo en cuenta, entre otras cosas, verificando si existe proporción entre la restricción que pueda llevar consigo la medida y el objetivo legítimo que se persigue mediante su aplicación. Aplicando al caso enjuiciado este criterio general, resulta que las autoridades encargadas del caso no han realizado las actuaciones necesarias para obtener un juicio razonable acerca de las consecuencias psicológicas que para el menor representa la continuidad de la relación con su padre, al no haber solicitado la opinión de ningún experto. Sobre la base de este razonamiento, el Tribunal estima que no se ha efectuado una ponderación adecuada entre los intereses de la menor y los derechos del padre, y procede, por tanto, a declarar la existencia de una

vulneración del *artículo 8 del Convenio*. El demandante alegaba que durante el prolongado período de tiempo transcurrido sin poder tener contacto con su hijo, se había convertido en un extraño para él («the child had become alienated from him»). El demandante alegaba que la madre había programado al niño contra su padre («the mother programmed the child against his father») haciéndolo víctima de lo que se denomina síndrome de alienación parental («parental alienation syndrome») (PAS), de modo que el niño rechazaba de plano cualquier contacto con el padre. Había sido influido o utilizado por la madre en contra del padre («had been influenced or used by the mother against the father»). El Tribunal Europeo no se ocupa, en definitiva, de este problema porque concluye considerando que las sucesivas sentencias de los Tribunales alemanes se habían dictado sin haber contado con la opinión de expertos que informasen sobre los deseos actuales del menor y sobre los factores que hubieran podido influir en él. Tal vez esta referencia a la necesidad de un previo dictamen pericial desorientó a la recurrente. Los especialistas consultados parecen suficientemente competentes, teniendo en cuenta no sólo su especialización sino la accesibilidad de información sobre el síndrome y los métodos de su diagnóstico. Las consideraciones vertidas por la defensa de la recurrente, con abundante y útil información bibliográfica, tropiezan, sin embargo, con la contundente refutación que se contiene en el auto de 8 de febrero del 2006. No se advierten indicios de que la menor hubiera sido manipulada psicológicamente por su padre hasta el punto de rechazar todo contacto con ella; ni que hubiera ejercido sobre su hija presión para que abandonara su domicilio”.

### C. Síntomas del Síndrome de Alienación.

La doctrina en su totalidad se fundamenta en los estudios realizados por Gardner el establecimiento de un catálogo de síntomas de éste síndrome. En concreto, *TEJEDOR, BOLAÑOS, AGUILAR Y BECERRA* entre otros analizan los ocho síntomas que Gardner describió para determinar el SAP ilustrado con ejemplos clarificadores, siendo los siguientes:

Primero. Campaña de denigración, manifestada mediante palabras y actos en los que el menor participa de manera activa, se manifiesta la obsesión odiosa del menor hacia uno de sus padres. El niño contribuye activamente en contra del progenitor objetivo. El alienador transmite sentimientos negativos, malas experiencias que han vivido con el progenitor que odia, el hijo absorbe esta negatividad y adopta un papel protector del padre alienador en contra del padre objetivo. El niño odia sin culpa. Ejemplo: “Es un mal padre...no me gusta como es...no le necesito...”. En relación con este síntoma *AGUILAR* manifiesta que los Equipos Psicosociales de los Juzgados de Familia son los que deben realizar un informe razonado con el que se apoye el Juez de Familia en su decisión, pero esta cuestión “en la práctica es irreal ya que en más del 90% de los casos la custodia se concede a las madres. Añade que el desconocimiento del SAP, sobre todo en sus inicios, hace que se interprete esta campaña de denigración como la expresión libre y razonada de un sujeto que rechaza a su padre o progenitor, favoreciendo los deseos del menor se reafirma el inicio del proceso de destrucción. Por tanto, ante este síntoma los autores comentados recomiendan no romper nunca el contacto con los hijos.

Segundo. Justificaciones débiles, mediante las cuales el menor justifica de forma absurda y ridículamente su actitud. Ejemplo: “Mi padre me hacía comida que no me gustaba...y me compraba ropa que yo no quería...”o “no quiero ir con mi padre porque no me dejó un folio para dibujar”. En esta etapa es común la ausencia de contacto ocular y el mantenimiento de excesiva distancia con el padre alienado, *AGUILAR* describe el caso de dos niñas adolescentes de catorce y dieciséis años, que no consintieron quitarse el abrigo durante los cuatro primeros meses de observación, una vez a la semana, permaneciendo distanciadas de su madre tres metros y giradas en contra de la pared.

Tercero. Ausencia de ambivalencia. El menor es inflexible en su sentimiento de rechazo hacia un progenitor, de manera que todo es bueno en un padre y todo es malo en el otro. El comportamiento del menor carece de la ambivalencia normal en las relaciones humanas. La experiencia vital enseña que nadie puede ser valorado en términos absolutos, sin embargo, el niño alienado si lo hace. Ejemplo: “Mi madre me quiere, es muy lista, sabe mucho...”, “¿Cosas buenas de mi padre? Pues no sé, ninguna. Mientras que un niño que ha sufrido abusos sexuales o una mujer maltratada pueden recordar situaciones agradables con su abusador o maltratador, el menor alienado únicamente expresa odio equiparado al fanatismo terrorista o religioso, por tanto genera la alienación un vínculo basado en el dogmatismo. Estos adultos repetirán el modelo de comportamiento con sus hijos, a menos que de adultos capten estos valores inadecuados generando dolor y culpa.

Cuarto. Fenómeno del pensador independiente. El menor manifiesta su autonomía en su actitud y afirma no haber sido influenciado por nadie. Ejemplo: “Lo sé porque lo sé yo”. Este es el fenómeno indispensable para culminar el proceso, al ser el menor independiente en su pensamiento el alienador puede incluso adoptar un papel conciliador, dar una imagen de no injerencia que puede inducir a un error en el profesional de la psicología que elabora el análisis funcional de la conducta.

Quinto. Apoyo reflexivo al progenitor alienador o sostén deliberado. Defensa y apoyo del progenitor alienador de manera reflexiva. El niño siente que tiene que elegir al progenitor que tiene el poder y del que depende su supervivencia, además contará al progenitor alienador lo negativo de las visitas para tenerlo contento. Ejemplo: “Mi madre no me mentiría nunca, tiene razón”.

Sexto. Ausencia de culpabilidad. El menor no siente culpabilidad por el odio que tiene hacia uno de sus progenitores, manifestando indiferencia mantenida durante el tiempo y las visitas, es decir, el niño expresa desprecio sin culpa hacia al padre objetivo. Ejemplo: “Me da igual lo que le pase a mi padre”.

Séptimo. Escenarios prestados. El menor cuenta hechos que no han sido vividos por él, los temas y frases empleados no son propios de un menor de su edad. El niño manifiesta hechos que no ha vivido pero ha escuchado contar, Ejemplo: “El Juez le ha dado la razón a mi madre, dice que me quede con ella en la casa”, “él rompió los votos del matrimonio, cometió adulterio”.

Octavo. Generalización de la familia extendida. El rechazo es extendido por el menor, hacia la familia y los amigos del progenitor rechazado sin motivo aparente. En este caso el SAP actúa como un

virus contaminando a todos los miembros de la familia. Ejemplo: “Como quieres que quiera verte con el daño que me has hecho tú y toda tu familia”.<sup>150</sup>

#### D. Niveles del Síndrome de Alienación.

Los tres niveles detectados en el SAP por la doctrina siguiendo las investigaciones de GARNERD son los siguientes: Primero. El rechazo leve se caracteriza por la expresión de signos de desagrado con el padre o la madre: No ha evitación y la relación no se interrumpe. Segundo: El rechazo moderado en el que se constata el deseo por el menor de no ver a uno de sus progenitores acompañado de un búsqueda de aspectos negativos que justifique su deseo. Niega el afecto hacia dicho progenitor y evita el contacto con el mismo. La relación se mantiene por obligación o se interrumpe. Tercero. El rechazo intenso en el que el menor afianza sus argumentos y manifiesta una ansiedad intensa en presencia del progenitor rechazado, presentando rechazo con características fóbicas y mecanismos de evitación apareciendo sintomatología sicosomática asociada. Cuando el SAP entra en conflicto con el sistema legal se convierte en un Síndrome jurídico Familiar, en los que los Abogados, Jueces y Peritos y demás profesionales vinculados al caso adquieren responsabilidad en su continuidad.<sup>151</sup>

#### E. Comportamientos del progenitor alienador.

TEJEDOR HUERTA, describe con detalle los comportamientos clásicos de un progenitor alienador, estableciendo una veintena de actitudes que conforman la destrucción total del vínculo con el padre objeto: Rehusar pasar las llamadas telefónicas a los hijos, organizar actividades en el periodo de tiempo que corresponde al padre objeto desarrollar su derecho de visita, presentar el nuevo cónyuge como un nuevo padre o madre, interceptar el correo y los paquetes de los hijos, desvalorizar e insultar al progenitor objeto delante de los hijos, falta de información al progenitor objeto de las actividades de los hijos (deportivas, teatrales, escolares), hablar de manera descortés del nuevo cónyuge o pareja del progenitor objeto, impedir el derecho de visita, olvido de citas importantes, como por ejemplo, médico, psicólogo, dentista, implicar al entorno en el “lavado de cerebro” del hijo, tomar decisiones importantes sin consultar al otro progenitor, tales como religión, escuela, asignaturas optativas, cambiar o intentar cambiar el nombre o apellidos del menor para perder la relación formal con el progenitor objeto, impedir el acceso a los expedientes escolares y médicos, irse de vacaciones sin los hijos y dejarlos a cuidado de terceras personas, aunque el progenitor objeto esté disponible, contar a los hijos que la ropa que le compra el otro progenitor, es fea y prohibirles ponérsela, amenazar con castigo a los hijos si se atreven a llamar, a

---

<sup>150</sup> Los síntomas del SAP son estudiados con detalle por: TEJEDOR HUERTA, Asunción, “Estudios sobre el SAP”. *El síndrome de Alienación parental. Una forma de maltrato*. Madrid 2007, 2ª edición, pp. 41-42. BECERRA Cristina, “El síndrome de alienación parental, análisis de tres casos”. *Jornadas de fomento de la Investigación de la Universidad de Jaume*. Este documento puede ser encontrado en la página Web oficial de la Universidad de Jaume: [www.uji.es/bin/publ/edicions/jfi12/8pdf\\_pp\\_4-5](http://www.uji.es/bin/publ/edicions/jfi12/8pdf_pp_4-5). AGUILAR CUENCA, José Manuel, aborda de manera pormenorizada con explicaciones y críticas prácticas al sistema judicial en “Criterios de identificación del Síndrome de Alienación Parental”, *S.A.P Síndrome de alienación parental. Hijos manipulados por un cónyuge para odiar al otro*. Madrid, 2007, 4ª edición, pp 29-42.

<sup>151</sup> SEPÚLVEDA María Angeles, AAVV “El síndrome de alienación parental; una forma de maltrato infantil”. *Cuadernos de medicina forense nº12, Enero- Abril 2006*.

escribir o a contactar con el progenitor objeto, reprochar al otro progenitor el mal comportamiento de los hijos, ridiculizar los sentimientos de afecto de los niños hacia el otro progenitor, premiar el rechazo hacia el otro padre, aterrorizar a los niños con mentiras sobre el progenitor objeto, afirmando que puede hacer daño e incluso matar, presentar falsas alegaciones de abuso físico o sexual para separar al menor del progenitor objeto, cambiar de domicilio, con el único fin de destruir la relación del progenitor objeto.<sup>152</sup>

#### F. Clasificación según nivel de victimización del menor.

Desde un punto de vista psicológico y teniendo en cuenta las rupturas conflictivas de parejas “los disfraces más habituales que encontramos en los niños” en palabras y atendiendo a la clasificación realizada por PEÑA YÁÑEZ son los siguientes: “El niño correo o mensajero de información, mediante el cual los adultos se transmiten los mensajes que no se dicen directamente, de manera que el adulto habla por boca del niño. El niño paño de lágrimas, este niño está dispuesto a escuchar penas y desacuerdos y ve al progenitor como víctima. El niño hipermaduro, que al parecer decide por sí mismo pero en realidad no expresa sus preferencias. El niño espía que necesita ganarse el afecto de uno los progenitores y para ello facilita información y manifiesta siempre lo que el progenitor quiere oír. El niño dividido con cambio de chip, le dice a ambos padres lo que quieren oír, así se garantiza el cariño de ambos padres como forma de sobrevivir para no perder el afecto de sus dos padres. El niño colchón que trata de amortiguar la crisis, realiza una compensación entre los progenitores, transmitiendo la información y recibiendo la crítica. El niño confidente, es considerado como un adulto y los progenitores le cuentan toda la información que no pueden decir a otras personas. El niño objeto de sacrificio, se utiliza como medio para castigar al adulto, se interrumpe el contacto del menor con uno de los progenitores, el ejemplo más habitual es interrumpir las visitas debido al impago o retraso de la pensión. El niño en conflicto de lealtad, que no muestra sus emociones con ninguno de los entornos familiares pues teme la defraudación de los entornos familiares. El niño testigo, es un valedor de información y por último el niño alienado. Mediante esta clasificación vemos como el menor vive un proceso de victimización secundaria”.<sup>153</sup>

#### G. Los efectos del Síndrome en el hijo y en el padre alienado.

Según TEJEDOR, que en este aspecto estudia a CARTWRITGHT y DARNALL, los efectos psicológicos del niño con SAP agudo son: “El niño experimenta una gran pérdida, cuya magnitud es comparable con la muerte de un padre, dos abuelos y todos los parientes y amigos del padre, además el niño es incapaz de aceptar la pérdida, y menos de lamentarla”. El conjunto de la doctrina científica estudiada por TEJEDOR y que admite la existencia del SAP, afirman de forma unánime respecto de sus efectos que es una forma de maltrato o abuso psicológico y emocional (Darnall 1998), se trata de un abuso psicológico o emocional que puede provocar problemas psiquiátricos permanentes. (Brandes 2000),

---

<sup>152</sup> TEJEDOR HUERTA Asunción, realiza esta enumeración en la obra cit. *Síndrome de Alienación parental*, p. 46, consultado a su vez en la página <http://childalienation.com>; dicho enlace se encuentra vigente, siendo consultado el día 04.08.2009.

<sup>153</sup> Clasificación realizada por PEÑA YÁÑEZ en “Las perspectivas psicológicas del divorcio”, *Guía Básica para un buen divorcio*. Barcelona, mayo 2009, 1ª Edición, pp. 141-145.

reconocido como grave maltrato o abuso infantil de tipo emocional cuyas consecuencias son devastadoras y pueden manifestarse a corto, medio o largo plazo, pudiendo ser peor que el abuso síquico real y desencadenando depresión crónica, trastornos de identidad, de imagen, sentimientos de culpa, aislamiento, hostilidad, personalidad esquizofrénica y a veces suicidio (Gardner 1985 y 1992), dificultades para iniciar relaciones íntimas, síntomas psicósomáticos, desórdenes de la alimentación y el sueño, conflictos con figuras autoritarias y sentimientos de rabia ( Stahl 1999) <sup>154</sup>.

Los problemas de prueba del SAP, se encuentra en una práctica inadecuada por parte de médicos, psicólogos y trabajadores sociales que llegan a la conclusión de suprimir las visitas con el progenitor odiado o rechazado. Este es un gran error que lleva al éxito de la programación del progenitor alienador. El problema es aún de mayor magnitud si el informe pericial se ha realizado tomando como referencia la exploración del menor con uno sólo de los progenitores, que generalmente es el progenitor alienador. La elaboración de un informe pericial aportando datos de una persona sin su autorización y elaborando etiquetas de un sujeto que no ha sido evaluado es una conducta profesional arriesgada formando parte de las quejas y denuncias presentadas en los Colegios de Psicología. En los procesos de separación el informe psicológico realizado teniendo en cuenta a uno sólo de los progenitores sin contar con el otro puede desencadenar el error de considerar que todos los trastornos que sufre el menor son debidos al progenitor que no se evalúa y no es objeto del informe, con lo que pueden establecer la suspensión de los contactos con el progenitor no evaluado de forma equivocada. La observancia de la ética profesional, teniendo en cuenta todas las fuentes de información y la realidad psicológica y social del menor es lo que garantiza su supremo interés. <sup>155</sup>

#### H. Aspectos jurisprudenciales.

- 1 La sentencia dictada por el Juzgado de primera Instancia nº4 de Manresa el 14 de junio de 2007.

En la conocida sentencia de Manresa, con gran difusión en los medios de comunicación<sup>156</sup>, dictada por el Juzgado de Primera Instancia Nº4, el 14 de junio de 2007, la Magistrado-Juez Doña Eloina González Orviz razona en su fundamento jurídico tercero, apartado 3, dedicado a las conclusiones médicas en torno al trastorno padecido por la menor lo siguiente: “...los seis médicos que asisten al juicio coinciden en una cuestión: la menor siente fobia, animadversión o temor hacia su padre, ese es un dato objetivo incuestionable para todos los peritos...discrepan los peritos en el origen de la fobia, temor o animadversión...”En cuanto al Síndrome de Alienación Parental puesto de relieve por uno de los doctores la Magistrada señala, en el fundamento jurídico tercero: “ Ninguno de los peritos desconoce la existencia del llamado síndrome de alienación parental y al ser preguntados en la sala así se pone de manifiesto, ya

---

<sup>154</sup> TEJEDOR HUERTA Asunción, realiza esta enumeración en la obra cit. *Síndrome de Alienación parental*, p. 79-83.

<sup>155</sup> AGUILAR CUENCA José Manuel. “Formas de relación en la familia que se divorcia”.*El síndrome de alienación parental interferencia en las relaciones filiales*. Id.vlex: Vlex 53363034.

<sup>156</sup> Puede ser consultada la noticia en <http://www.youtube.com/watch?v=oYVrzhO8-s0>, que reproduce la información de Tele Cinco Noticias, el enlace se encuentra vigente a fecha 30 de noviembre de 2009.

que el doctor (omitimos nombre) mas contrario a admitirlo, declara que la descripción del síndrome no está aceptada por la clasificación de la OMS como enfermedad, ni tampoco el cómo psiquiatra la considera, declarando que a su juicio no existe este síndrome, acaba reconociendo finalmente a preguntas del letrado de la actora desconocer que este síndrome tuviera tanta importancia viniendo a reconocer implícitamente que no puede desconocerlo. En el mismo sentido, el doctor especialista en psiquiatra infantil declara que este síndrome no está reconocido por la comunidad científica. El resto de doctores reconocen la existencia de este síndrome que ha sido profundamente explicado por uno de los doctores tanto en su informe obrante en los autos, como en las explicaciones aportadas en juicio. Respecto de la existencia del SAP, la Magistrada considera que no puede negarse a priori su existencia “ ya que está descrito y profundamente estudiado fuera de nuestras fronteras y que al no ser considerado como una enfermedad sino como un problema relacional quizá por eso aún no se encuentre en la clasificación de la OMS, lo que también podría concurrir por ir esta organización necesariamente por detrás de la realidad en el reconocimiento de una patología- un desarrollo lógico de los avances de la ciencia. Este síndrome se ha descrito por quienes lo han estudiado como un problema relacional...No corresponde a esta Juzgadora entrar ni adelantarse a los reconocimientos de las más altas autoridades médicas, ni tampoco- por no ser su oficio- entrar en la discusión entre doctores en la pugna por la existencia de ese descrito síndrome, del que a raíz de documentarse sobre el mismo es cierto que ha hallado algunos detractores, sin embargo sí quiere poner de manifiesto que existe una Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 13 de julio de 2000 en el que se condena en el caso Esholz contra Alemania (demanda 25735/94) al Estado Alemán a pagar a uno de sus ciudadanos que no vio a su hija durante casi diez años una indemnización. En las demandas sucesivas el demandante alegó la existencia del Síndrome de alienación parental. Esta es una sentencia que la Juzgadora no puede ni debe desconocer”. En el fallo determina la Juzgadora la atribución paterna de la guarda y custodia, la suspensión del derecho de comunicaciones y visitas de la madre demandada y la familia materna con la menor por un periodo de seis meses, hasta que en ejecución de sentencia, previa declaración del estado de la menor por los especialistas designados, pueda restablecerse el contacto, pasando a residir la niña en el domicilio de los abuelos paternos”.<sup>157</sup>

Como consecuencia del dictado de esta sentencia, el 14.6.2007 se incoaron a petición del Ministerio Fiscal las diligencias previas Nº 216/2007, por entender que existían indicios bastantes de la comisión por parte de la madre y abuelos maternos de un presunto delito de sustracción de menores del art.225.bis.párrafo 2º punto 2º del CP, así como un delito de abandono de menor regulado en el artículo 226 del mismo cuerpo legal por incumplimiento de los deberes legales de asistencia inherente a la guarda y patria potestad de la menor. La Sección nº18 de la Audiencia Provincial de Barcelona, en sentencia dictada el 17 de abril de 2008, recurso 837/2007, Ponente Anglada Fors Enrique, número de la sentencia 272/2008, determina que no había “justificación suficiente para adoptar una medida tan drástica como la privación de ver y mantener contacto alguno con la hija durante seis meses, pues aunque ha existido por parte de la madre un actuar negligente, se está castigando a la madre con una dureza inusual. De manera que, en la doctrina jurisprudencial no existe jurisprudencia que acuerde tantos meses de incomunicación

---

<sup>157</sup> Sentencia que puede ser localizada en <http://www.separaciones-divorcios.com/noticias/>, fecha de la consulta 27 de julio de 2009.

de uno de los progenitores con un aislamiento tan dilatado, pues la menor lleva casi diez meses sin poder ver a su madre. Por tanto, se acuerda la revocación de la suspensión del derecho de visitas de la madre y de la familia materna.<sup>158</sup>

*ALASCIO CARRASCO*, comentando esta importante sentencia, añade una de las críticas realizadas respecto de este síndrome y es que no se encuentra recogido en la listas de enfermedades mentales de la OMS ni de la Asociación Americana de Psiquiatría, siendo cierto que existen enfermedades “sin especificar” en cada uno de las categorías del ICD-10, pero no hay ninguna referencia explícita al SAP. Se ha asimilado al Trastorno de Ideas Delirantes Inducidas, sección F24 de enfermedades mentales del ICD-10 de la OMS. Según refiere esta autora en el ICD-10 la persona dominante es la que tiene un verdadero trastorno sicótico. El SAP ha sido asociado a otro trastorno que no aparece recogido en las listas de enfermedades mentales y que se denomina “Síndrome de la Madre Amenazada”, según el cual una madre que se viera amenazada por la creencia de poder perder la custodia de sus hijos tendría una reacción inconsciente, fomentando las actitudes negativas de los hijos hacia el padre para no perderlos.<sup>159</sup>

## 2. Indemnización por privación indebida de la compañía de los hijos.

Como vemos, en la sentencia de Manresa se hace eco de una Sentencia dictada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 13 de julio de 2000 en el que se condena en el caso *Esholz contra Alemania* (demanda 25735/94) al Estado Alemán a pagar a uno de sus ciudadanos que no vio a su hija durante casi diez años una indemnización. Esta cuestión sobre la indemnización por la privación indebida de la compañía de los hijos, ha sido recientemente analizada por *ROIG DAVISON* en su comentario al AAP Sevilla, Sección 6ª de 30.12.2005. El hecho desencadenante data de 1996, cuando la Sra. Carmen, debido a la ingesta de alcohol, pierde el control, lo que determina que la Junta de Andalucía declare en situación de desamparo a sus dos hijos, Sara e Iván con cinco y cuatro años de edad respectivamente. En 1997 los menores fueron entregados en acogimiento preadoptivo a Juan y Josefa. El JPI nº7 de Sevilla, dictó sentencia el 8.9.1998 en la que desestimó en su totalidad la oposición de la madre biológica de los menores, la Audiencia Provincial de Sevilla sec.6ª, el 12.6.2000, revocó la sentencia dictada por el JPI nº7 y consideró que no existía desamparo de los menores. El JPI nº7 dictó auto en el 2001 de ejecución de la SAP de Sevilla, determinando que aras de proteger el interés de los menores éstos deberían permanecer con su familia de acogida. Juan y Josefa, recurrieron al TC, alegando que se les había negado su participación en el procedimiento. La Sala 2ª del TC, dictó sentencia el 20.5.2002 anulando todas las actuaciones realizadas por la AP de Sevilla, que establecía la inexistencia de la situación de desamparo. A consecuencia del dictado de la sentencia del TC, la AP de Sevilla dictó una nueva sentencia el 26.12.2002 en la que volvió a declarar la inexistencia de situación de desamparo, denegó el acogimiento preadoptivo y ordenó el retorno de los menores a su familia biológica, pero reconocieron que era imposible la

---

<sup>158</sup> Sentencia 272/2008 de 17 de abril de 2008, recurso 837/2007. Ponente Anglada Fors Enrique. Id vlex 50160688.

<sup>159</sup> *ALASCIO CARRASCO* Laura, “El Síndrome de Alienación Parental, a propósito de la SJPI nº4 de Manresa, de 14 de junio de 2007”. Revista *In dret* 1/2008 *Barcelona*.

ejecución del fallo por el tiempo que habían transcurrido los menores con su familia de acogida (desde 1996 hasta 2002). Esto dio lugar a que el JPI de Sevilla iniciara un incidente para la determinación de la indemnización sustitutoria que debía resarcir la Junta de Andalucía, basándose en el art. 18.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. El Juzgado estableció una indemnización de 72.670 Euros, mientras que la AP resolviendo el recurso de apelación estableció la indemnización a 1.400.000 Euros, auto recurrido por la Junta de Andalucía en amparo. En el año 2003, Sara con 13 años de edad y de forma voluntaria volvió a convivir con su madre biológica. La salud de su madre empeoró considerablemente. Con depresión reactiva, intento de suicidio y tratamiento oncológico.<sup>160</sup>El 21 de enero de 2008, la Sala Segunda del TC, resolvió por sentencia nº 11/2008, desestimando la demanda de amparo interpuesta por la Junta de Andalucía. Es importante traer a colación el análisis de los motivos formales analizados por el TC antes de entrar en el fondo de la cuestión. Respecto del primer motivo formal en el que se impugna la legitimación de la Junta de Andalucía para pedir el amparo solicitado el TC responde que la Junta ostenta legitimación en este supuesto excepcional para solicitar amparo porque en supuestos excepcionales una organización jurídico pública disfruta del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva siempre que el litigio sea análogo al de un particular, es decir, que la situación jurídica de la persona pública sea equiparable a la de la persona privada. En el segundo motivo de aspecto formal, la Junta alega la vulneración al Juez imparcial pues existe “un clima de enfrentamiento” entre la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Sevilla y el Juzgado de Primera Instancia nº7, por tanto, se advierte una pérdida de imparcialidad objetiva, respecto de esta alegación el TC considera que la Administración no pidió la recusación de los Magistrados que integraban la Sala, ni invocó en el momento procesal oportuno dicha lesión cuando se detectó, mediante la alegación de pérdida de imparcialidad objetiva o subjetiva. Considera asimismo el TC que el recurso interpuesto por la Junta de Andalucía no es prematuro porque admite la posibilidad de interposición paralela de un recurso de aclaración ordinario con un recurso de amparo, pues dicha interposición de aclaración fue conocida por el TC y respecto de la misma fue dado traslado del mencionado recurso de aclaración a la Junta después de la interposición del amparo. Respecto del fondo del asunto determina el TC que el interés del menor debe ser valorado necesariamente en el momento en el cual se adopta la correspondiente decisión judicial siendo el criterio rector que debe orientar la decisión sobre régimen de guarda y custodia, razona el Tribunal que los derechos de los menores en este tipo de procesos “son inescindibles de los recurrentes”, porque son su “razón de ser sustantiva”, de manera que carece de sentido un recurso de amparo si se fundamenta en el interés exclusivo de quien lo interpone (padres naturales, adoptivos, acogedores), en este sentido el TC considera que el interés de quien interpone el recurso no es diferenciable del interés de los menores por cuya guarda y custodia litigan. De esta forma, califica de complejo y singular el fallo de la Audiencia Provincial que acuerda la reintegración de los menores a la madre biológica, pero que atendiendo al propio interés de los menores declara imposible la ejecución de lo acordado como consecuencia del tiempo transcurrido desde que fueron separados de su madre. Esta declaración de imposibilidad de ejecución del fallo determina la imposición de una indemnización sustitutoria por aplicación del art. 18.2 de la LOPJ de gran complejidad porque no existe prescripción legal al respecto, no existe un derecho subjetivo a la entrega de la guarda y

---

<sup>160</sup> ROIG DAVISON, Miguel Angel. “Indemnización por la privación indebida de la compañía de los hijos, comentario a la AAP Sevilla, Civil SEc.6ª de 30.1.2005, Magistrado Ponente, Ruperto Media Vázquez”. *Revista In Dret, Barcelona, abril 2008*, pp. 2.

custodia de los menores desligado o independiente del interés del menor. El TC sólo entra a dilucidar la motivación de la resolución judicial, si es arbitraria, manifiestamente irrazonable o es el resultado de un error patente de hecho vulnerando el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. Para el TC la Audiencia Provincial de Sevilla, adopta unos criterios indemnizatorios, tomando en consideración el daño físico y moral que ha causado a la madre la separación de sus hijos, indicando los criterios que ha tenido en cuenta para fijar la indemnización, el de la enfermedad padecida por la solicitante, la pérdida de los hijos, tiempo que ha estado apartada de los mismos que es equiparable a una privación de libertad indebida, la expectativas de recuperación de los mismos como consecuencia de las sucesivas resoluciones a su favor y la definitiva pérdida de toda esperanza o expectativa cuando se dicta la resolución del año 2002 en la que se acuerda la inejecutividad del fallo, perdiendo la expectativa de reintegración de los menores con su madre biológica. Además con acierto la Audiencia Provincial de Sevilla reduce el quantum indemnizatorio estimado como pérdida definitiva a la mitad del importe, pues la hija de Carmen vuelve con ella voluntariamente dando lugar a una ejecución parcial sobrevenida del pronunciamiento declarado inejecutable.<sup>161</sup> Carmen Fernández murió el 7 de diciembre de 2007 en un centro de cuidados paliativos y seis semanas después de su muerte el TC le reconoció el derecho a una indemnización millonaria por un error impagable<sup>162</sup>.

Siguiendo el pormenorizado estudio de *ROIG DAVISON*, el problema fundamental es determinar la indemnización, teniendo en cuenta que la Audiencia Provincial de Sevilla distingue entre la indemnización correspondiente por la privación de la presencia de los hijos, diferenciando la privación temporal de la definitiva por pérdida de la custodia del menor integrado en su familia de acogimiento y la indemnización correspondiente por la enfermedad sufrida por la madre. La AP de Sevilla sigue los razonamientos de la Sala 3ª del TS, en cuanto a la privación indebida de la libertad, basándose en el art. 294 de la LOPJ, según el cual: “1. Tendrán derecho a indemnización quienes, después de haber sufrido prisión preventiva, sean absueltos por inexistencia del hecho imputado o por esa misma causa haya sido dictado auto de sobreseimiento libre, siempre que se les haya irrogado perjuicios. 2. La cuantía de la indemnización se fijará en función del tiempo de privación de libertad y de las consecuencias personales y familiares que se hayan producido.” La indemnización en estos casos de privación indebida de la compañía de los hijos sigue el criterio de progresividad y no proporcionalidad, es decir, la fijación de idéntica cantidad dineraria para todos los días de privación indebida no es lógico según términos económicos pues “la desutilidad marginal” por la privación de la compañía de un hijo es mayor, teniendo en cuenta el tiempo pasado de privación. Lo que quiere decir esta doctrina es que no es lo mismo que el progenitor lleve un año sin poder ver a su hijo a que lleve una semana, pues si lleva un año sin verlo la desutilidad es mayor y por tanto el daño es superior. En consecuencia, la AP se fundamenta en los dos criterios tenidos en cuenta para indemnizar la privación preventiva injusta: el establecimiento de una base indemnizatoria diaria y el establecimiento de un tipo constante. La conclusión a la que llega la AP es que determina para la pérdida provisional de la compañía de la hija 950.000 Euros, la indemnización por la pérdida definitiva del hijo lo valora en 250.000 Euros y el agravamiento de salud de la madre en 200.000

---

<sup>161</sup> Sentencia del TC 011/2008 de la Sala Segunda, de 21 de enero de 2008.

<sup>162</sup> El País Andalucía, prensa diaria, tirada 58590, sección autonomía, difusión 46872, p. 2.

Euros. Lo que nos extraña es que la pérdida provisional esté más valorada que la definitiva, en este sentido razona el Tribunal que “el daño que supone a una madre la privación temporal de un hijo es mayor al daño que ocasiona su muerte”. Desde un punto de vista psicológico, el daño que sufre una persona al morir su hijo, no obstante ser muy elevado, tiende a decrecer con el tiempo, pero en el caso de privación temporal el daño tiende a ser constante durante todo el periodo de tiempo que no lo tiene en su compañía.<sup>163</sup>

En relación con la cuestión sobre la reclamación del daño moral por impedir la relación personal de un hijo con su padre, destaca la importante y reciente sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2009<sup>164</sup> en la que se analizan varias cuestiones importantes. La sentencia trata la situación de un hijo procedente de una unión extramatrimonial, reconocido por su padre que tiene a su vez la guarda y custodia del mismo. La madre del menor se adhirió a la Iglesia de la Cienciología marchándose a EE.UU lo que impidió la debida relación del hijo con su padre, todo ello desencadenó que el padre del menor demandara al Centro de Mejoramiento Personal A.C, a la Asociación Civil Dianética, que es el nombre con el que está inscrita la Iglesia de la Cienciología en el Registro de Asociaciones del Ministerio del Interior. En su demanda ejerció una acción de responsabilidad extracontractual, pidiendo que se condenaran a los demandados a pagar solidariamente la indemnización solicitada de 210.354,24 Euros, por el daño moral producido al actor tras ser captada la madre por dicha Asociación y ser privado el padre de la presencia de su hijo desde el 23 de agosto de 1991, sin regresar hasta al momento de presentación de la demanda, a pesar de tener el demandante la guarda y custodia de su hijo.<sup>165</sup>

El TS en la sentencia mencionada analiza las siguientes cuestiones de vital importancia para la resolución del caso. La primera, es la relativa a la prescripción de la acción de responsabilidad civil extracontractual, entiende el TS al respecto que se trata de un daño continuado, en cuyo caso el cómputo del plazo se debe de iniciar cuando se produce el resultado definitivo pues, mientras tanto no desaparece la causa determinante del resultado antijurídico. La conclusión es que, la prescripción de la acción debe iniciarse al año en que finalice el derecho a la guarda y custodia por cumplir el hijo la mayoría de edad. Como el menor nació el 23 de agosto de 1984, adquirió la mayoría de edad el 23 de agosto de 2002, siendo un año después cuando se consolida el daño. Por tanto, el *dies a quo* para el ejercicio de la acción para el cómputo de la prescripción es el plazo de un año, a contar desde el 23 de agosto de 2002. En segundo lugar, la sentencia realiza un análisis de los tres requisitos esenciales en la responsabilidad extracontractual: el daño, la acción u omisión y la relación de causalidad entre la acción (en el presente caso) y el daño. En referencia a la acción, fue la madre la que efectuó un acto contrario a derecho en un doble sentido, en primer lugar impidiendo que el menor se relacionara con su padre, vulnerando así el art. 160 CC y en segundo lugar oponiéndose a la ejecución de la sentencia que establecía la guarda y custodia del hijo para el padre, por tanto, conociendo el contenido de las diversas sentencias que ella misma

---

<sup>163</sup> ROIG DAVISON, Miguel Angel. “Indemnización por la privación indebida de la compañía de los hijos, comentario a la AAP Sevilla, Civil Sec.6ª de 30.1.2005, Magistrado Ponente, Ruperto Media Vázquez”. *Revista In Dret, Barcelona, abril 2008*, pp. 3-11.

<sup>164</sup> STS de 30 de junio de 2009, número de Resolución 512/2009 y número de recurso 532/2005. Excm. Ponente Doña Encarnación Rocas Trías.

<sup>165</sup> Fundamento de Derecho Primero de la sentencia TS de 30 de junio de 2009.

recurrió realizó la acción deliberada de cometer un acto consistente en impedir las relaciones paterno filiales . En cuanto al daño el TS razona que: “El problema de las relaciones entre los progenitores separados en orden a la facilitación de los tratos de quien no convive con los hijos cuya guarda y custodia ha sido atribuida al otro progenitor presenta problemas complejos, hasta el punto de que en diversas reuniones internacionales se ha venido manteniendo el principio de sanción al progenitor incumplidor para proteger no sólo el interés del menor, sino el de quien no convive con el hijo”<sup>166</sup>. En el presente caso el daño tiene una doble vertiente manifestada en la imposibilidad de ejercicio de la patria potestad y del derecho de guarda y custodia y asimismo la imposibilidad de un progenitor de tener relaciones con el hijo por impedirlo la persona que de hecho lo tiene a su cargo. Sigue argumentado el Tribunal que “el moderno derecho de familia rechaza la imposición coactiva de obligaciones que puedan limitar la personalidad de los individuos, por lo que aun cuando sea posible sancionar el incumplimiento de las obligaciones ente padres e hijos, se imponen modulaciones en interés de los propios hijos”. La relación de causalidad es analizada por el TS en el fundamento jurídico sexto, como tercer elemento de la responsabilidad extracontractual diferenciando la causalidad física de la jurídica, consistiendo la jurídica en la utilización de los criterios de imputación objetiva. El propio TS remite a su sentencia de 14 de octubre de 2008 citando a su vez la de 17 de mayo de 2007 estableciendo que “ la causalidad material o física, primera secuencia causal para cuya estimación es suficiente la aplicación de la doctrina de la equivalencia de las condiciones, para la que causa es el conjunto de condiciones empíricas antecedentes que proporcionan la explicación, conforme con las leyes de la experiencia científica, de que el resultado haya sucedido”, de la “ la causalidad jurídica”, en cuya virtud cabe atribuir jurídicamente imputar a una persona un resultado dañoso como consecuencia de la conducta observada por la misma, sin perjuicio, en su caso, de la valoración de la culpabilidad- juicio de reproche subjetivo- para poder apreciar la responsabilidad civil”. Por tanto, para hallar la causalidad jurídica habrá que ponderar las circunstancias de hecho que integran el nexo causal”. En base a las teorías sobre la causalidad, la sentencia comentada imputa el daño jurídicamente a la madre, por impedir de manera efectiva las relaciones del menor con su padre. Por tanto, no existe incertidumbre sobre el origen del daño y en la sentencia se determina que el comportamiento materno es el causante del daño sufrido por el padre. El daño se consolidó cuando el padre supo definitivamente que se le había privado de poder comunicarse con su hijo y ejercer la guarda y custodia, y ello ocurrió en el momento en que se extinguió la patria potestad, a lo que hay que añadir que el padre no se mantuvo inactivo durante el tiempo que estuvo privado de su hijo. En cuanto a la valoración del daño moral el TS sólo establece que es un tema problemático, determinando que la cantidad dineraria pedida en la demanda deberá ser estimada discrecionalmente por el juzgador, atendiendo a las circunstancias y la gravedad del caso. En la sentencia comentada “el daño moral resulta absolutamente indeterminado al carecer de parámetros objetivos, y más teniendo en cuenta que el padre no ha reclamado los daños materiales que le puedan haber ocasionado los distintos procedimientos iniciados durante los años siguientes a la desaparición del hijo menor, por ello se considera adecuada la cantidad de 60.000 euros, teniendo en cuenta que además el daño es irreversible”<sup>167</sup>.

---

<sup>166</sup> Fundamento de Derecho Quinto de la sentencia TS de 30 de junio de 2009.

<sup>167</sup> Fundamentos sexto y séptimo de la citada sentencia.

Por último, tenemos que hacer referencia obligada a otro síndrome que está dando lugar a la victimización de un sector de la sociedad y que tiene como hecho sociológico determinante el acceso de la mujer al mundo laboral, se trata del denominado “Síndrome de la Abuela Esclava” que se encuentra latente y anidado en la custodia de los hijos. Denominado como “pandemia del siglo XXI”, reconocido por el Instituto Internacional de Investigación y Capacitación para la Promoción de la Mujer (INSTRAW), organismo de la ONU y estudiado por GUIJARRO MORALES, que lo define como “enfermedad muy frecuente, grave potencialmente mortal, a veces por suicidio, que afecta a mujeres adultas con responsabilidades directas de ama de casa, como consecuencia de la interacción negativa de factores personales (intrínsecos: psicológicos y educativos) y ambientales (extrínsecos: estrés familiar excesivo, con insuficiente apoyo familiar y social).”<sup>168</sup> Es una enfermedad frecuente porque su origen se encuentra en el acceso laboral de la mujer en la segunda mitad del siglo XX, y como enfermedad presenta unos síntomas con el siguiente cuadro: hipertensión arterial, molestias paroxísticas ( sofocos, taquicardia), sensación persistente de debilidad o decaimiento, caídas fortuitas, malestar general indefinido, tristeza, desánimo, falta de motivación, descontrol de padecimientos metabólicos, como la diabetes, dolor difuso por todo el cuerpo y autoinculpación. La causa de todo este cuadro clínico es “el agotamiento consecutivo a estrés o sobreesfuerzo físico y emocional crónicos, sobretudo en relación con las responsabilidades propias de un ama de casa en ejercicio”<sup>169</sup> La curación o liberación definitiva se encuentra según GUIJARRO en el equilibrio entre cometidos o actividades que debe realizar y capacidades físicas y emocionales, el pilar fundamental es por tanto, sentirse respetada, estimada y querida.<sup>170</sup>

#### I. Estado actual de la cuestión.

En el Primer Symposium nacional sobre Síndrome de Alienación Parental, concluyen los abogados, médicos, psiquiatras y psicólogos participantes el 25 de marzo de 2006 que: “La manipulación de los hijos por parte de un cónyuge, el entorno familiar de éste, con intención de que rechace a su otro progenitor es un tipo de violencia psicológica que constituye maltrato infantil. Este tipo de maltrato incluye prácticas de entorpecimiento de la relación de los hijos con el progenitor y su familia extensa, falsas denuncias de abusos y agresión sexual y malos tratos, distanciamiento físico e inculcación de argumentos denigrantes e injuriosos que construyen en el menor creencias, emociones y conductas que considera elaboradas por sí mismo, en donde expresan su odio hacia el progenitor rechazado, junto con su defensa extrema del progenitor alienador. Es necesario potenciar la investigación de estas acciones en el ámbito jurídico, médico, psiquiátrico y psicológico, con objeto de elaborar herramientas de conocimiento que busquen prevenir su desarrollo, interferir en su elaboración y abordar su tratamiento. Los Colegios de Abogados, Médicos y Psicólogos del Estado deben prestar atención a este tipo de maltrato infantil en la

---

<sup>168</sup> GUIJARRO MORALES, Antonio. “ *El síndrome de la Abuela Esclava. Pandemia del siglo XXI*”. 2ª Edición. 2008, pp.123 -124.

<sup>169</sup> Así lo determina GUIJARRO en las págs. 123-130 de su libro.

<sup>170</sup> Solución dada por GUIJARRO al mencionado síndrome en la p.130 de la obra cit.

dirección e evitar su elaboración, proceso o instauración, formando a sus profesionales en su conocimiento, dentro del compromiso social, ético y humano que rigen sus prácticas profesionales”.<sup>171</sup>.

### III. Conclusiones:

Nuestro CC establece una clausula abierta para acordar la custodia compartida, dicha clausula es el principio del “interés del menor”. Nuestro ordenamiento jurídico carece de una lista de criterios al respecto como sí existe en otros ordenamientos, del estudio del derecho comparado tal y como afirma el TS en su sentencia de 8 de octubre de 2009 se “ llega a la conclusión que se están utilizando criterios tales como la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales y con otras personas que convivan en el hogar familiar; los acuerdos adoptados por los progenitores; la ubicación de sus respectivos domicilios, horarios y actividades de unos y otros; el resultado de los informes exigidos legalmente, y en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada en una convivencia que forzosamente deberá ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven”.

El interés del menor no reside en tener un entorno familiar material “adecuado”, la pobreza no es sinónimo de “ataque al interés del menor”, siendo el entorno afectivo, el amor, el cariño, la comprensión, la tolerancia, la comunicación, la confianza en los cuidadores y sus progenitores lo que hace feliz a un niño, el no sentirse abandonado aunque esté rodeado de familiares. Para hacer feliz al menor no puede convertirse en el correo de las desacreditaciones mutuas de los padres, de los desprecios, de las quejas. El menor para ser feliz debe ser protegido, consolado, animado, alentado y escuchado entre muchas otras cosas más que son imposibles de enumerar. Por tanto, el establecimiento de criterios para determinar lo que es mejor para un menor nunca puede encorsetarse en una lista cerrada, tiene que ser siempre una lista abierta en la que necesariamente debemos analizar todos los operadores jurídicos el caso concreto, como es lógico los jueces deben motivar en qué consiste este interés evitando decisiones carentes de motivación y fundamentadas en prejuicios, teniendo en cuenta que lo importante “no es el modelo familiar sino su funcionamiento”<sup>172</sup>. Los deseos del menor deben ser tenidos en cuenta cuando coincida con su interés, en este aspecto es importante destacar el derecho del menor a ser oído, no siendo satisfactoria la solución dada a este tema por el TC en su sentencia N° 163/2009, de 29 de junio, en la que manifiesta que “ una vez reformado el art. 92.6 del CC establece su complementariedad con el art. 9 de la LOPJM, de manera que como el objetivo fundamental del derecho del menor es conocer su parecer y dicha opinión es conocida a través de determinadas personas no se considera irrazonable, ni erróneo ni arbitrario prescindir de de dicho trámite”, respecto de este importante derecho establece la Ley 13/2009 de Reforma de la Legislación Procesal para la implantación de la Nueva Oficina Judicial, en el artículo 770. Regla 4, párrafo segundo, in fine que: “...podrá prescindirse de dicha audiencia cuando la opinión del menor ya sea conocida a través del informe psicosocial emitido por el Equipo técnico del Juzgado”.

---

<sup>171</sup> AGUILAR CUENCA Jose Manuel, Anexo de su libro *Síndrome de Alienación Parental, Hijos manipulados por un cónyuge para odiar al otro*. Madrid, 2007, 4ª edición, p. 190.

<sup>172</sup> Como señala RAMS ALBESA en Los menores en protección

En este sentido hay destacar que los menores son sujetos activos , participativos y creativos, con capacidad de modificar su propio medio personal y social; de participar en la búsqueda y satisfacción de sus necesidades y en la satisfacción de las necesidades de los demás, no son objetos sino sujetos de derecho. Verdaderamente no hay tiempo ni garantías suficientes para que un informe psicosocial decida sobre “el interés del menor”.

Lo fundamental del tema será posibilitar la eficacia de la regla 4 del art. 770 de la LEC al que se le ha dado una nueva redacción por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, potenciando la participación del menor en todos los asuntos que le afectan de conformidad con el art. 9 de la LOPJM, haciendo posible que el menor que tenga suficiente juicio pueda nombrar a una persona que lo represente y pueda asistirlo en su nombre , pues aunque este derecho existe y es muy garantista no es utilizado en la práctica. Para hacer efectivo este derecho a ser oído existen propuestas en diferentes sectores jurídicos<sup>173</sup> relativas a la disposición por parte de la ley del derecho del menor a la asistencia de un abogado de oficio en las causas administrativas o judiciales que lo afecten, en igualdad de condiciones que las partes personadas. Es totalmente ilógico que no puedan expresar su opinión menores de 7 años incluso de 8 o 9 años de edad que tienen la suficiente madurez intelectual como para saber lo que les hace feliz que puede coincidir con su interés y no con meros deseos caprichosos.

Por este motivo y después de tanta dogmática sobre el tema, me atrevo a manifestar las conclusiones verídicas a las que llega un menor de 9 años cumplidos y padres divorciados sobre su felicidad, respecto de este importante tema el menor manifiesta : “Cuando se divorcian tus padres, no te sientes bien, tienes remordimiento, te da coraje, cuando los padres discutan que no lo hagan delante del niño porque le da sentimiento y pena”. “Lo que me hace feliz es que mis padres sean buenos conmigo pero que me eduquen bien para que no sea un burro, un salvaje” “Un niño rico no es más feliz que uno pobre porque depende del cariño y la salud que tenga”. “El cariño se demuestra cuando en un momento difícil te ayudan tus padres y familia, si estás llorando te animan para seguir luchando, si tienes deberes o exámenes te ayudan hasta última hora”. “Para mí, lo mejor, lo que me hace feliz, es estar una semana con mi padre y una semana con mi madre”. Vemos como la participación activa del menor en la determinación de su propio interés es fundamental y si sus deseos coinciden con su mayor beneficio y a su vez resulta que coincide con el informe o los informes emitidos por especialistas en la materia debe ser la base fundamental que debe orientar las situaciones de crisis matrimonial. No nos podemos conformar con un solo informe psicosocial del Juzgado, el menor con suficiente juicio debe saber que puede ser representado a través de una persona de confianza para manifestar su opinión judicialmente, este derecho es desconocido no sólo por los menores sino por los operadores jurídicos. Tanto Jueces como Abogados que intervienen en la crisis familiar deben tener una formación académica integral que no contemple únicamente el Derecho sustantivo y procesal, sino que comprenda disciplinas como la mediación y orientación familiar, así como un mayor conocimiento de lo que debe entenderse como “el interés del menor”, de esta manera se evitaría que las decisiones de algunos Jueces pudieran ser discrecionales y

---

<sup>173</sup> Como se puede localizar en [www.prodeni.org](http://www.prodeni.org), en el enlace <http://www.prodeni.org/Documentos%20pdf/Informe%201%20al%20Senado%20El%20interes%20superior%20del%20ni%C3%B1o%20y%20el%20derecho%20a%20ser%20oido.pdf>

arbitrarias. Aunque la custodia compartida fomente el principio de igualdad, éste principio debe estar subordinado al de interés del menor, y la igualdad no es de tipo matemático sino racional y adecuada al caso concreto, ya que resolver todos los conflictos familiares del mismo modo afecta a la protección del menor y la familia.

Como razona PEREZ MARTÍN, “la guarda y custodia compartida no se otorga para contentar a ambos progenitores, sino para beneficiar más a los hijos”. Hay que tener en cuenta que para decidir sobre la custodia tanto unilateral como compartida el principio rector que debe tenerse en cuenta es el del “interés del menor”, dicho principio aun siendo indeterminado debe ser aplicado al caso concreto y situación concreta que vive el menor implicado en toda crisis matrimonial. Una vez hallado “el interés del menor” en el caso concreto, se tendría que aplicar la custodia compartida o la unilateral según los casos, respetando el principio de “continuidad de las relaciones con ambos padres” que naturalmente implica la corresponsabilidad parental y maternal responsable, procurando no someter a ningún menor al calvario de ver a su padre o madre cada quince días porque es lo que “toca” y es lo que “aparece en los modelos de sentencias de los Juzgados de Familia”. El problema que genera la regulación del artículo 92 del CC es que ha sido reformado no atendiendo al interés del menor sino a las reivindicaciones de determinados colectivos, tal y como ha expuesto RIVERA ÁLVAREZ en la “génesis del nuevo art. 92 del CC”. Actualmente, en España se realizan la mayoría de los acuerdos y convenios reguladores porque cuestan 450 Euros aproximadamente por internet, o porque es más económico y rápido, no se hacen velando por el mejor interés del menor, por su felicidad, se realizan por el egoísmo “de ser libres” y pagar la libertad lo antes posible.

Estoy totalmente de acuerdo con la conclusión a la que se ha llegado en el IV Encuentro de Jueces, Magistrados y Abogados de Familia puesto que la custodia no debe implicar un estatus jurídico privilegiado, debe sustituirse el término custodia y patria potestad por el de responsabilidad parental, y para el ejercicio de la responsabilidad parental se tiene que tener en cuenta el consentimiento de ambos progenitores o en su defecto autorización judicial para decisiones de vital importancia tales como “lugar de residencia, traslados de domicilio, elección de centro escolar y sus cambios, orientación educativa, religiosa o laica, realización de actos de profesión de fe o culto, sometimiento del menor de 16 años a tratamientos médicos o quirúrgicos, incluidas las estéticas salvo casos de urgente necesidad, la aplicación de terapias psiquiátricas o psicológicas, la realización de actividades extraescolares y en general aquellas que constituyan gastos extraordinarios”, respecto al régimen de la pensión alimenticia y el uso de la vivienda familiar me remito a las soluciones aportadas en dichas conclusiones y descritas en el trabajo.

La custodia compartida, mejor dicho la corresponsabilidad parental y marental contribuye a que los progenitores realicen las funciones inherentes al ejercicio de la patria potestad de forma periódica al convivir con sus hijos alternadamente, pues de lo contrario dicho ejercicio se encontraría vacío de contenido, ya que en la práctica vemos que el custodio aglutina y decide de forma injusta sobre todas las cuestiones importantes relativas a la vida del menor. El ejercicio de la responsabilidad parental puede distribuirse entre ambos progenitores, buscando la modalidad y reparto de responsabilidades más

adecuada al interés del menor implicado en la ruptura familiar. El Juez previa valoración del caso, debería tener la posibilidad de establecer la custodia compartida o corresponsabilidad parental en interés del menor, sin ningún tipo de restricciones basadas en el sentido del informe del Ministerio Fiscal o en la oposición manifiesta de uno de los progenitores. Por otra parte hay que recordar al legislador que el mejor padre son ambos padres y descartar la custodia compartida como algo excepcional cuando los padres no estén de acuerdo.

En cuanto al comportamiento de manipulación que un cónyuge tenga sobre los hijos comunes con alguna finalidad encubierta, habría que diferenciar el alejamiento razonable y motivado por el niño y un alejamiento sin causa que deberá ser estudiado por los especialistas en la materia indagando en las posibles causas del rechazo. La mayor crítica que se realiza al SAP es que no está incluido en el DSM y que puede ser una estrategia utilizada por el progenitor aparentemente objeto de alienación para encubrir su comportamiento de maltrato familiar. En este tema, hay que partir de que lo habitual en la rupturas matrimoniales, es que los padres que se divorcian realicen comentarios denigrantes o negativos sobre el otro progenitor, pero lo que no se puede permitir es que estos comentarios se hagan crónicos porque no hacen feliz al menor y por tanto, atentan a su integridad psicológica y a su interés. No puede impedirse por medio de estos comentarios crónicos inmotivados impedir el derecho visita y la relación con el progenitor no custodio, pues el daño moral y/o material no sólo lo sufre el menor sino el padre objeto del alejamiento al que le servirá de poco una indemnización justa en derecho frente a la privación injusta de la compañía de su hijo o hija, ya que dicha privación puede causarle un dolor mayor que la muerte del propio menor. La polémica sobre el SAP terminará cuando se implante la corresponsabilidad parental entre los progenitores o mal llamada “custodia compartida” como regla general en el CC y sea incluido el SAP en el DSM como problema relacional al menos, me remito en este extremo a la profunda y acertada diferenciación que realiza *CASTELLS* entre el SAP con otros dos síndromes denominados: síndrome de confusión filial (SCF) y síndrome de indefensión parental (SIP). En el mencionado SCF, el hijo que vive una separación conflictiva presenta unos síntomas o cuadro clínico caracterizado por el “desprecio, pasando por la ambivalencia de sentimientos, el conflicto de lealtades consistente en no poder seguir queriendo a los padres de igual modo”. En este caso el menor está confundido, esta confusión siempre está presente en toda separación, esta situación se puede agravar si por decisión judicial se toma al pie de la letra el síndrome de alienación parental y se deduce que el hijo es una víctima del progenitor alienador. Por tanto, en todo momento va a existir este síndrome de confusión filial que lleva a un trasvase de afectos que debe ser paulatina, en particular si el menor tiene corta edad. Al mismo tiempo, también señala este autor, la existencia del SIP, siendo un trastorno que surge en la práctica clínica tras el análisis de los casos de separación y que se manifiesta por una situación asimétrica de poder, mediante la cual uno de los cónyuges es más poderoso desde el punto de vista económico, judicial y socialmente lo que genera una superioridad en el ejercicio de las acciones por un progenitor y una situación extrema en el otro progenitor de no querer desprenderse de lo que cree que es suyo: los hijos. Se deben diferenciar los casos de auténtico SAP de los SIP.

Lo que no se tiene en cuenta es ¿qué ocurre cuando un niño “sufre alienación por ambos progenitores”?, es decir, cuando el niño se convierte en el correo de las desacreditaciones mutuas de los padres, como es lógico esto conlleva atentar contra la estabilidad psicológica del menor y se necesitaría intervenir en los padres con terapia psicológica. El problema fundamental del Derecho de Familia es que no está caminando unido a la Psicología, ambas disciplinas deben confluir unidas y dar soluciones donde aparentemente no las hay. El juez de familia en palabras de Domenec Luengo, “debe saber mucho más que repartir coches, casas y alimentación. Tiene que controlar afectos. Y eso, mayoritariamente, no lo hace”.<sup>174</sup>

#### Bibliografía.

#### AUTORES.

- AGUILAR CUENCA, José Manuel, “Diagnóstico diferencial”. *Síndrome de Alienación Parental. Hijos manipulados por un cónyuge para odiar al otro*. Madrid, 2007, 4ª edición, pp. 71-74.
- AGUILAR CUENCA José Manuel. “Formas de relación en la familia que se divorcia”. *El síndrome de alienación parental interferencia en las relaciones filiales*. Id.Vlex: 53363034.
- ALASCIO CARRASCO Laura, MARÍN GARCÍA Ignacio. “Juntos pero no revueltos: la custodia compartida en el nuevo art.92 Cc”. *InDret Revista para el análisis del Derecho*, número 3, febrero2006, pp.13-15.
- ALASCIO CARRASCO Laura, “El Síndrome de Alienación Parental, a propósito de la SJPI nº4 de Manresa, de 14 de junio de 2007”. *Revista In dret 1/2008 Barcelona*.
- ASENSIO SÁNCHEZ, “La patria potestad y la libertad de conciencia del menor”. Madrid, 2006, p. 63.
- AZAUSTRE FERNÁNDEZ, María José. *Cuestiones procesales en materia de malos tratos intrafamiliares. La presunción de inocencia*. Id Vlex. 208130.
- BECERRA Cristina, “El síndrome de alienación parental, análisis de tres casos”. *Jornadas de fomento de la Investigación de la Universidad de Jaume*
- BUITRAGO S.” Convención sobre los derechos del niño comparación y recepción en las leyes de adopción y el régimen de identificación para el recién nacido”, consultado en [www.salvador.edu.ar/buitrago.htm](http://www.salvador.edu.ar/buitrago.htm).
- BOLAÑOS Iñaki, “El síndrome de alienación parental. Descripción y abordajes psico-legales”. *Revista de psicopatología Clínica, Legal y Forense*. Vol. 2, Nº3, 2002.
- CASTELLS CUIXART, Paulino, “los padres no se divorcian de sus hijos”. Madrid, 1ªedición, Abril 2009, pp. 153-156.
- CASTILLEJO MANZANARES Raquel. *Guarda y custodia de hijos menores. Las crisis matrimoniales y de las parejas de hecho*. 1ªedición, septiembre 2007.pp 267
- CASTILLO Martínez. “El interés del menor como criterio prevalente en la Mediación Familiar”, en [www.monografías.com/trabajos30/menores-criterio-prevalente-mediación](http://www.monografías.com/trabajos30/menores-criterio-prevalente-mediación), fecha de consulta 25 de julio de 2009.
- DE LA IGLESIA MONJE María Isabel. “Custodia compartida de ambos progenitores”. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, número 702, julio - agosto 2007 pp.1824-1825.
- DE TORRES PEREA José Manuel. “Guarda y custodia tras la crisis matrimonial o la ruptura de la pareja de hecho”. *Interés del Menor y Derecho de Familia una perspectiva multidisciplinar*, Madrid, 2009 1.ª Edición, p.232.
- ESCUADERO NAFS Antonio, AGUILAR REDORTA Dolores, DE LA CRUZ LEIVA Julia. “La lógica del síndrome de alienación parental de Gardner (SAP): terapia de la amenaza”. *Revista de la Asociación Española de Neuropsiquiatría*. Vol. 28, nº 102, pp285-286. Cita a Gardner y su obra “*Legal and Psychotherapeutic Approaches to the Three Types of Parental Alienation Syndrome Families. When the Psychiatry and the Law Join Forces*” Court Review, 1991, pp. 14-21.
- FADÓN PÉREZ Olga.” *Tú con nosotros, evolución del niño sano en su primer año de vida mes a mes*”. Madrid, 2006 1ª edición, pp. 71-72.

---

<sup>174</sup> Entrevista a Domenec Luengo, en la Vanguardia, puede consultarse en el enlace [www.lexfamily.es](http://www.lexfamily.es).

GARCÍA RUBIO María Paz y OTERO CRESPO Laura. “Apuntes sobre la referencia expresa al ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos en la Ley 15/2005”. *Revista jurídica de Castilla y León*. Nº8, febrero de 2006 pp. 104.

GARRIGA GORINA, Margarita. “El criterio de la continuidad frente a la guarda conjunta”. *Revista In Dret, Barcelona, julio 2008*, pp. 3-13.

GOIRIENA LEKUE Agurtzane. “La suficiencia de juicio del menor y el criterio de oportunidad en los procesos de separación y divorcio”. *Diario la Ley nº 6823, Sección Doctrina, 19 Noviembre, 2007, Ref. D-248, Editorial La Ley*.

GONZÁLEZ RODRÍGUEZ Carlos. *Un regalo para toda la vida*. Madrid 2006, pp. 305-306.

GUIJARRO MORALES, Antonio. “*El síndrome de la Abuela Esclava. Pandemia del siglo XXI*”. 2ª Edición. 2008, pag.123 y 124.

GUILLARTE MARTÍN CALERO Cristina. “La custodia compartida alternativa”. *Revista In Dret, Barcelona, abril 2008*, pp. 13

IVARS RUIZ Joaquín, “Falta del debido ajuste en la terminología utilizada”. *Guarda y custodia compartida. Aspectos procesales y sustantivos. Doctrina y jurisprudencia*. Valencia, 2008, 2ª edición, pp.179-181.

JARNE ESPARCIA Adolfo, ARCH MARÍN Mila “DSM, salud mental y síndrome de alienación parental”. *Papeles del psicólogo*, Vol. 30, 2009, pp. 86-87.

LATHROP GÓMEZ, Fabiola. *La custodia compartida de los hijo*, Madrid 2008, (pp. 313-346).

MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, “Problemas que genera la actual regulación de la guarda y custodia en el proceso contencioso”. *Diario La Ley*. Número 7105, año XXX, 2 de febrero de 2009, ref. D-29. Pág. 1448.

MARTÍNEZ RUÍZ, Jesús. *Las modulaciones del principio de presunción de inocencia en el delito de violencia habitual en el ámbito doméstico*. Id Vlex 298589.

PÉREZ MARTÍN Antonio Javier. “Guarda o custodia conjunta o compartida”. *Tratado de Derecho de Familia. Aspectos sustantivos*. I Vol.1, 1ª edición, febrero, 2007.

PÉREZ SALAZAR RESANO, Margarita. “La guarda y custodia compartida y su incidencia en la pensión alimenticia”. *Diario la ley*. Nº 12967/2009, de 29 de junio de 2009.

RAGEL SÁNCHEZ Luis Felipe. “La guarda y custodia de los hijos”. *Derecho Privado y Constitución* Número 15, enero-diciembre, 2001 pp. 282-298.

RIVERA ÁLVAREZ Joaquín María. “La custodia compartida: génesis del nuevo art.92 del Código Civil”. *Cuadernos de Trabajo Social*, Vol. 18, junio 2005, p.139.

RIVERO HERNANDEZ Francisco. *El interés del menor*. Madrid, enero, 2007.

ROIG DAVISON, Miguel Ángel. “Indemnización por la privación indebida de la compañía de los hijos, comentario a la AAP Sevilla, Civil SEc.6ª de 30.1.2005, Magistrado Ponente, Ruperto Media Vázquez”. *Revista In Dret, Barcelona, abril 2008, pp. 3-11*.

SARAVIA GONZÁLEZ Ana María. Magistrada-Juez. *La jurisdicción de familia especialización Ejecución de resoluciones y custodia compartida*. Estudios de Derecho Judicial n 147, Madrid, 2008 pp. 236.

SARIEGO MORILLO, en su estudio “Respuestas a la incertidumbre de la custodia compartida”

SEPÚLVEDA María Ángeles, AAVV “El síndrome de alienación parental; una forma de maltrato infantil”. *Cuadernos de medicina forense nº12, Enero- Abril 2006*.

TAMAYO HAYA, Silvia “La custodia compartida como alternativa legal” *Revista Critica de Derecho Inmobiliario* - Núm. 700, Marzo - Abril 2007 pp. 669.

TEJEDOR HUERTA, Asunción, “Estudios sobre el SAP”. *El síndrome de Alienación parental. Una forma de maltrato*. Madrid, 2007, 2ª edición, pp. 115-120.

ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA Luis. “Las reformas legislativas españolas de 2005 en materia matrimonial”. *Temas candentes de Derecho matrimonial y procesal y en las relaciones Iglesia-Estado*. 2008, pp. 207. Id. VLex: VLEX-37259443.

#### JURISPRUDENCIA.

STS de 8 de octubre de 2009 Numero del Recurso 1471/2006. Número de Resolución 623/2009, Sala Civil, Magistrada Ponente Ilma. Sra. Encarnación Roca Trias. Id Cendoj 28079110012009100624.

STC 071/2004 recoge el razonamiento de la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Sevilla, de fecha 31 de octubre de 2002 en el que se analiza el interés superior del menor.

Sentencia de la Audiencia Provincial de las Palmas, Sección 5ª de 14 de abril de 2004.

TSJ de Cataluña, Sentencia de 31 de julio de 2008. Ponente: Ilmo. Sr. D. Carlos Ramos Rubio. Beneficios de la custodia compartida y condiciones que deben darse para su establecimiento.

Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº3 de Granollers, de 8 de octubre de 2009. Ponente: Magistrada-Juez, Doña Erika Ávila Martín.

STC 163/2009, de 29 de junio.

Auto de 13.10.2006 dictado por la Audiencia Provincial de las Palmas, la Sección Civil 5º, Ponente: Ilma.Sra. Mónica García de Yzaguirre, Ref. .Tirant online Nº Tol.1034.017.

Sentencia del TS de 8 de octubre de 2009. Numero del Recurso 1471/2006. Número de Resolución 623/2009, Sala Civil, Magistrada Ponente Ilma. Sra. Encarnación Roca Trias. Id Cendoj 28079110012009100624.

Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 17, Número del Recurso 164//2006, Número de la Resolución 487/2006, dictado en conocimiento del Recurso de apelación frente al auto que desestimaba un recurso de reforma interpuesto a su vez contra el auto de fecha 16 de diciembre de 2005 que decretaba el sobreseimiento provisional de unas diligencias previas abiertas por delito de abandono familiar. Id, Cendoj: 28079370172006200275.

Sentencia 272/2008 de 17 de abril de 2008, recurso 837/2007. Ponente Anglada Fors Enrique. Id vlex 50160688.

SAP Sevilla, Civil Sec.6ª de 30.1.2005, Magistrado Ponente, Ruperto Media Vázquez.

STC 011/2008 de la Sala Segunda, de 21 de enero de 2008.

STS de 30 de junio de 2009, número de Resolución 512/2009 y número de recurso 532/2005. Excm. Ponente Doña Encarnación Rocas Trías.

Jurisprudencia referenciada en el informe PRODENI: SAP Toledo 21.11.2006; SAP Castellón, Sección 2ª de 25.11.2008; SAP Sevilla, Sección 2ª, 31 de octubre de 2006. SAP Sevilla, Sección 6ª 12.06.2000; SAP Valencia, Sección 10º, 29.11.2002; SAP Sevilla, Sección 2ª 11.06.2008; SAP Santa Cruz de Tenerife, Sección 1ª 21.04.2008; SAP León, Sección 1ª 30.01.2008; SAP Barcelona Sección 18ª, 15.05.2007; SAP Alicante, Sección 6ª 21.02.2007; SAP Barcelona Sección 18ª 25.01.2007; SAP Orense, Sección 1ª 27.07.06; SAP Cádiz, Sección 2ª 20.01.2006". STS de 2 de julio de 2001.

#### PÁGINAS WEBS:

En [www.padresdivorciados.es](http://www.padresdivorciados.es) han sido consultados los siguientes enlaces:

<http://www.padresdivorciados.es/wp-content/uploads/derecho-europeo-responsabilidad-parental.pdf>.

<http://www.padresdivorciados.es/wp-content/uploads/informe-reencuentro-iii.pdf>, la consulta ha sido realizada el día 10 de noviembre de 2009.

<http://www.padresdivorciados.es/wp-content/uploads/custodia-compartida-en-eeuu-y-francia-y-suecia>. Pdf. El "Informe Reencuentro" documento consultado el 10 de noviembre de 2009.

Informe de Reencuentro I, consultado el día 13 de noviembre de 2009, se puede localizar en <http://www.padresdivorciados.es/wp-content/uploads/informe-reencuentro-i.pdf>

Folleto divulgativo del Consejo Nacional de Salud y Bienestar de Suecia. Puede consultarse en: <http://www.sos.se/FULLTEXTT/0000-008/0000-008>, se encuentra traducido en el Informe de Reencuentro en [www.padresdivorciados.es](http://www.padresdivorciados.es).

Folleto divulgativo del Gobierno de Australia, puede ser consultado en la página [http://www.padresdivorciados.es/?page\\_id=757](http://www.padresdivorciados.es/?page_id=757).

<http://www.padresdivorciados.es/wp-content/uploads/joint-custody-in-the-usa-en-espanol.pdf>. En este enlace puede ser consultada en español la legislación correspondiente a diversos estados.

SARIEGO MORILLO, “Respuestas a la incertidumbre de la custodia compartida”, informe localizado en <http://www.padresdivorciados.es/wp-content/uploads/incertidumbre-de-la-custodia-compartida.pdf>, fecha de la consulta 18 de noviembre de 2009.

¿Qué es la custodia compartida?, documento electrónico consultado en [www.padresdivorciados.es/wp-content/upload/que-es-la-custodia-compartida.pdf](http://www.padresdivorciados.es/wp-content/upload/que-es-la-custodia-compartida.pdf), consultado el 29 de septiembre de 2009.

En [www.law.upenn.edu](http://www.law.upenn.edu) ha sido consultado el siguiente enlace: <http://www.law.upenn.edu/bll/ulc/fnact99/1990s/uccjea97.htm>

En <http://www.prodeni.org>, ha sido consultada la propuesta de reforma del CC en relación al interés del menor.

[www.custodiapaterna.org](http://www.custodiapaterna.org), consultada el día 9 de noviembre de 2009. Información que también aparecía el mismo día en <http://ecodiario.economista.es/sociedad/noticias/1680009/11/09>.

<http://padresdivorciados.blogspot.com/2009/11/feminismo-contrafeminismo.html>, fecha de la consulta 9 de noviembre de 2009.

Documento consultado en la página web del Congreso de los Diputados [www. Congreso .es](http://www.congreso.es), el día 3.8.2009, ref. 184/033647.

BECERRA Cristina, “El síndrome de alienación parental, análisis de tres casos”. *Jornadas de fomento de la Investigación de la Universidad de Jaume*. Este documento puede ser encontrado en la página Web oficial de la Universidad de Jaume: [www.uji.es/bin/publicacions/jfi12/8pdf\\_pp4-5](http://www.uji.es/bin/publicacions/jfi12/8pdf_pp4-5)

En <http://www.youtube.com/watch?v=oYVrzhO8-s0>, que reproduce la información Tele Cinco Noticias, el enlace se encuentra vigente a fecha 30 de noviembre de 2009.

Sentencia que puede ser localizada en <http://www.separaciones-divorcios.com/noticias/>, fecha de la consulta 27 de julio de 2009.

Deseo manifestar mi más sincero y profundo agradecimiento a mi tutor José Manuel de Torres Perea, coordinador del I Curso de Experto en Derecho de Familia organizado por la Universidad Internacional de Andalucía, que ha hecho posible la existencia de este trabajo de investigación, ayudándome a comprender el alma del Derecho de Familia que no es otro que “el interés del menor”.

