

IGUALDAD CONYUGAL Y CUSTODIA COMPARTIDA EN LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA

Ma. Paz POUS DE LA FLOR*

SUMARIO: I. *Las novedades más significativas de la Ley 15/2005, de 8 de julio.* II. *La guarda y custodia compartida en la Ley 15/2005, de 8 de julio.* III. *Consideraciones finales.*

I. LAS NOVEDADES MÁS SIGNIFICATIVAS DE LA LEY 15/2005, DE 8 DE JULIO

La CE de 1978 configura en su artículo 32 el derecho a contraer matrimonio, según los valores y principios constitucionales. De acuerdo con ello, se promulga la Ley 30/1981, de 7 de julio,¹ por la que se modifica la regulación del matrimonio y el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio, estableciendo un sistema causalista en los artículos 82 (causas de separación), 86 y 87 (causas de divorcio) del Código Civil.

Este sistema ha pervivido hasta el día 8 de julio de 2005 que las Cortes Generales españolas aprueban la ley 15/2005, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio.

Era, evidente, la necesidad urgente de una reforma legislativa en este materia, pues el cambio de concebir las relaciones de parejas en nuestra sociedad ha evolucionado en un sentir distinto a la época de promulgación de la ley 30/1981, recordemos que en este momento cabe la posibilidad de contraer matrimonio entre personas del mismo sexo,

* Doctora en derecho, profesora titular UNED, vicedecana de la Facultad de Derecho de la UNED.

¹ Para un análisis más exhaustivo de esta ley, Jiménez Muñoz, *El divorcio en España: unos apuntes sobre su evolución histórica*, La Ley, t. 2005-3, p. 2048.

la promulgación de once leyes autonómicas sobre parejas de hecho, etcétera. Pero, quienes, sin duda alguna, se han visto más sensibles a esta evolución, han sido nuestros tribunales, dictando resoluciones que en muchos casos han ido dirigidas a evitar, de un lado, “la inconveniencia de perpetuar el conflicto entre los cónyuges, cuando en el curso del proceso se hacía patente tanto la quiebra de la convivencia como la voluntad de ambos de no continuar su matrimonio, y de otro, la inutilidad de sacrificar la voluntad de los individuos demorando la disolución de la relaciones jurídicas por razones inaprensibles a las personas por ellas vinculadas.”² Consecuentemente, era necesario, hacer abstracción del principio causalista en las crisis matrimoniales de la Ley 30/1981, para acometer una reforma que pretende de alguna manera ampliar el ámbito de libertad de los cónyuges en lo relativo al ejercicio de la facultad de solicitar la disolución de la relación matrimonial.

Como dice el profesor Lasarte: “Se abandonan de raíz las causas de separación y divorcio, en el entendimiento de que quienes libre y voluntariamente decidieron casarse, de igual manera pueden dejar de estar vinculados por el lazo matrimonial, sin necesidad de airear o explicitar ante terceras personas, aunque algunas de ellas revistan la toga judicial y sean, por tanto, respetabilísimas, sus propias miserias, desavenencias y frustraciones. Donde hubo consenso matrimonial —*solus consensus obligat*, decía la enseñanza clásica en materia contractual— originador del matrimonio, aparece el disenso, sea mutuo, sea unilateral, como causa única y suficiente, sin necesidad de relatar en qué se fundamenta, de qué amarguras y conflictos se nutre el desafecto y la ruptura convivencial”.³

Así, pues, la actual reforma legislativa propicia como novedades significativas, precisamente:

1. *La desaparición del sistema causalista exigido por la Ley 13/1981*

A partir de la Ley 15/2005, de 8 de julio, se eliminan las causas de separación y divorcio de los artículos 82 y 86 del Código Civil. Esta

² 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.

³ Lasarte Álvarez, *Merecido adiós al sistema causalista en las crisis matrimoniales*, Actualidad Jurídica Aranzadi, núm. 655/2005.

ley crea un nuevo derecho potestativo de los cónyuges, basta la sola voluntad recepticia de uno de ellos para que una relación jurídica como es la institución matrimonial produzca sus efectos, en este caso, bien su modificación o extinción.

Con la actual reforma, la culpabilidad ya no es un factor esencial a tener en cuenta, así lo venía reconociendo la jurisprudencia de nuestros tribunales en reiteradas sentencias, como la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de febrero de 1985:

la violación grave y reiterada de los deberes conyugales, según acontece cuando se origina un permanente estado de tirantez, desafección y profunda discordia entre los esposos, con flagrante y persistente vulneración de los deberes de respeto, ayuda mutua y socorro y aun de los morales que impone la unidad corporal y espiritual de la pareja, y es patente que las circunstancias del caso examinado están proclamando que esa conducta reprochable a marido y mujer, con grave menoscabo de los fines del consorcio y dejando de ser el uno ayuda del otro, constituyen base legal bastante para acordar la separación, incluso interesada asimismo por el fiscal.

O, la sentencia de la Audiencia Provincial de Salamanca de 29 de noviembre de 2000:

La mayoría de la doctrina y jurisprudencia se inclinan a considerar que no cabe el mantenimiento a ultranza de la convivencia y obliga a interpretar los artículos 81 y 82 en el sentido de que cuando la crisis afectiva es manifiesta e irreversible, resulta violenta y pretenatural la imposición de la vida en común a dos personas que recíprocamente no se soportan.

En igual, sentido, la sentencia de la Audiencia Provincial de Zamora de 2003:

Las denominadas causas de separación que se contienen en el artículo 82 no pueden entenderse como una vuelta a los conceptos de culpabilidad o inocencia sino como manifestaciones o efectos limitados del quebrantamiento de aquellos deberes, que revelan la inconsistencia del mantenimiento de la unión nupcial, por pérdida del *afectio marital*.

Y la sentencia de la Audiencia Provincial de Segovia de 7 de mayo de 2002:

De otro lado, la evolución de la sociedad desde el nacimiento de la referida ley impone, *por mor* de lo prevenido en el artículo 3o. del citado código, una aplicación cada vez más flexible de las denominadas causas de separación, de modo que es criterio casi unánime de los tribunales la no exigibilidad de una exhaustiva acreditación de hechos acaecidos en el seno de la intimidad familiar, en cuanto conductas susceptibles de integrarse en las previsiones legales, bastando al efecto la constatación de la existencia de un deterioro de cierta entidad en las relaciones conyugales, siempre que el mismo no sea meramente circunstancial y esporádico, revelándose, por el contrario, como incompatible con el mantenimiento o reanudación pacíficos de los deberes de respeto y ayuda mutuos, convivencia y fidelidad en los que, conforme a lo prevenido en los artículos 67 y 68 del Código civil, ha de asentarse la institución matrimonial.

No obstante, el Consejo General del Poder Judicial en su dictamen de 27 de octubre de 2004, consideraba imprescindible la concurrencia de unas causas jurídicas legitimadoras de la separación y divorcio, porque en materia jurídica, no se concibe un contrato sin causa. Así como sería una aberración la cancelación unilateral de un contrato (por definición sinalagmático), así también lo es un divorcio sin causas justificativas: no causas morales, sino causas que jurídicamente justifiquen la denuncia y subsiguiente rescisión del contrato bilateral, que es el matrimonio.⁴

Esta posición del consejo únicamente puede ser aceptada, si consideramos que el matrimonio es un contrato, cuestión que es sumamente discutible por la doctrina, especialmente, por el profesor Lasarte, que ha venido manteniendo en sus *Principios de Derecho Civil*:

⁴ La Federación de Asociaciones de Mujeres Separadas y Divorciadas calificaba de equívoco el confundir culpabilidad moral del hecho que provoca la separación con la responsabilidad jurídica de los efectos que del mismo se derivan. Ser responsable de las causas jurídicas que legitiman la separación, no quiere decir que se sea culpable de los hechos que las configuran. Cuando la ley de 1981 enunciadas causas de separación, no lo hace con el fin de imputar culpabilidad al cónyuge que objetivamente ocasionó los hechos determinantes de la separación, sino con el único fin de determinar su responsabilidad jurídica, en consideración a los solos efectos que de la ruptura conyugal se desprenden, tales como la atribución de los hijos, el establecimiento régimen de visitas o su suspensión, privación de la patria potestad. Cita tomada del Dictamen del Consejo General del Poder Judicial de 27 de octubre de 2005, p. 15.

no merecen la calificación de contratos cualesquiera acuerdos de voluntades, sino sólo aquellos convenios o acuerdos que se encuentran transidos de la nota de patrimonialidad en sentido técnico. Por tanto, siendo sumamente importante el elemento consensual en el matrimonio, la mera coincidencia de consentimientos de ambos esposos no puede convertirse formalmente en el único dato a tener en cuenta, ni permite la aplicación del régimen jurídico de lo que los iusprivatistas consideramos contrato a la relación matrimonial. Dicha afirmación, además, se corresponde con la percepción general del tema por la mayor parte de las personas, sean juristas o no, para quienes desde luego casarse es algo sumamente distinto a comprar un bien, celebrar un contrato de mandato, constituir una sociedad, o alquilar una vivienda.⁵

En derecho comparado, los Estados con modificaciones legislativas recientes en la materia, han optado por suprimir el sistema causalista de las crisis matrimoniales. Sin embargo, hemos de reconocer que la mayoría de los países siguen este sistema, aunque las causas no siempre están perfectamente determinadas en los textos legales, permitiéndose la invocación genérica de alguna forma de ruptura irreparable del matrimonio como forma de acreditarse la disolución del mismo.⁶

⁵ Lasarte Álvarez, *Principios de derecho civil*, Madrid, 2005, t. VI. Derecho de Familia, p. 27.

⁶ Alemania: Establece como causa la ruptura irreparable del matrimonio, permitiendo el divorcio por consentimiento conjunto de ambos esposos no causal y condicionado a la ruptura del matrimonio sin periodos previos mínimos de convivencia.

Austria: Prevé el divorcio causal por falta y por ruptura irreparable del matrimonio, así como el divorcio de mutuo acuerdo condicionado a la ruptura del matrimonio y con un periodo mínimo de matrimonio de seis meses.

Bélgica: Como causa de matrimonio contempla el consentimiento mutuo, la falta, la separación previa, la transformación de la sentencia judicial de separación y divorcio y la enfermedad mental del otro cónyuge. Admite el divorcio por consentimiento de ambos esposos con un período previo de matrimonio de tres años.

Dinamarca: Señala como causas de divorcio la separación, vivir separados durante dos años, por incompatibilidad, adulterio, violencia y bigamia y no prevé el divorcio por consentimiento.

Escocia: Sólo se prevé la ruptura irreparable del matrimonio, admitiendo el divorcio por consentimiento mutuo condicionado a la ruptura del matrimonio por separación de dos años.

Finlandia: Las causas de divorcio no están tasadas. Lo puede solicitar uno o los dos cónyuges. Después de 6 meses debe o deben reiterar la solicitud. En el caso de haber estado separados al menos de dos años, los cónyuges pueden solicitar el divorcio sin que tenga que transcurrir el periodo de seis meses antes descrito. Además las razones para el divorcio son irrelevantes. No se exige periodo mínimo de matrimonio.

En nuestra opinión creemos que en el momento actual y tras los años de experiencia transcurridos, hay una conciencia social generalizada de las consecuencias jurídicas que conlleva cualquier crisis matrimonial, por tanto, por qué alargar jurídicamente una situación cuya ruptura

Francia: Como causas se establecen el consentimiento sin necesidad de alegar causa con un período mínimo de matrimonio previo de seis meses, seis años de separación previa, enfermedad mental de uno de los cónyuges durante seis años.

Grecia: Como causas figuran la ruptura del matrimonio, el consentimiento con un año de matrimonio previo y la ausencia oficialmente declarada.

Holanda: El divorcio por consentimiento mutuo está condicionado a la constatación de la ruptura del matrimonio.

Hungría: El matrimonio debe disolverse si la vida matrimonial se ha roto completa e irremediamente. El divorcio por consentimiento mutuo solo se permite condicionado a la ruptura del matrimonio.

Inglaterra y Gales: Es preciso constatar la ruptura irreparable del matrimonio pero siempre con un período mínimo de matrimonio previo de un año.

Irlanda: Como causa se prevé la separación por un período de, o períodos que en total sumen cuatro años durante los cinco años previos y si no hay posibilidad razonable de reconciliación.

Italia: Se exige la ruptura material y espiritual de la unión de los cónyuges. Es necesaria siempre una causa previa.

Noruega: Son causa de separación de un año o si no se ha cohabitado durante al menos dos años. En estos dos supuestos no se necesita consentimiento ni alegar motivos para el divorcio. Si el otro cónyuge ha intentado matar al demandante o a sus hijos, los ha maltratado, o se ha comportado de manera que ese comportamiento los tenga atemorizados. No se necesita en estos casos período de separación. Se admite el divorcio unilateral pero con causa.

Polonia: Completa e irreparable disolución de la vida matrimonial.

Portugal: Existen unas causas objetivas: ruptura de los deberes matrimoniales, poniendo en peligro, por su gravedad y reiteración, la vida matrimonial. Y unas causas objetivas: separación de hecho por tres años consecutivos, separación durante un año si el divorcio se solicita por un cónyuge sin la oposición del otro, alteración de las facultades mentales, ausencia sin informar del paradero por un período de al menos dos años. Se admite el divorcio por acuerdo mutuo sin alegar causa ni probar la ruptura del matrimonio.

República Checa: Ruptura irreparable del matrimonio admitiendo el divorcio por consentimiento mutuo con un período de matrimonio previo de un año.

Rusia: Ruptura irreparable del matrimonio. El marido no puede solicitar el divorcio durante el embarazo de la esposa ni durante el año siguiente al nacimiento del hijo. Se permite el divorcio por mutuo acuerdo sin plazo previo de matrimonio.

Suecia: Por mutuo acuerdo, obtención inmediata, salvo que haya hijos menores de 16 años, casos en que es obligatorio un período de reflexión de seis meses. Si lo solicita un sólo cónyuge el período de reflexión de seis meses es obligatorio, salvo que hayan vivido separados al menos dos años. No se necesita alegar motivos si el matrimonio se contrajo a pesar de la existencia de absoluto impedimento.

Suiza: A solicitud de ambos cónyuges. O un sólo cónyuge, después de cuatro años de vivir separados.

de hecho es patente, entendemos que basta que exista *desaffectio maritalis* para que los tribunales otorguen la separación conyugal sin más causa, lo cierto es que no pueden imponerse convivencias no deseadas.⁷

2. *La ruptura del principio de exigibilidad de separación previa para acceder al divorcio*

La actual Ley 15/2005, mantiene la separación judicial como figura autónoma. De forma, que basta con que uno de los cónyuges no desee continuar su matrimonio para que pueda solicitar el divorcio, sin que el demandado pueda oponerse a la petición por motivos materiales, y sin que el juez pueda rechazar la petición, salvo por motivos personales. Se concibe, por tanto, la separación y el divorcio como dos opciones, a las que las partes pueden acudir por su propia voluntad, ya sea manifestada conjuntamente o unilateralmente por ambos o por cualquiera de ellos.

Este derecho potestativo ha provocando en la doctrina diferentes reacciones, hay quienes consideran que sería conveniente haber mantenido la jerarquía existente entre separación y divorcio, porque la reforma planteada sin duda conduce a una pérdida de sentido de la separación, en cuanto la Ley de 1981 otorgaba a la separación un carácter preventivo o ralentizador, como un periodo del tiempo donde se puede valorar la posibilidad de una reconciliación entre ambos esposos.⁸ Y, quienes, por

⁷ Lasarte Álvarez, *op. cit.*, nota 3, “¿Qué hacer cuando uno de los componentes de la pareja no desea seguir viviendo en común y, libre y voluntariamente, ha decidido poner fin a la convivencia matrimonial? Pues, a estas alturas de civilización, la verdad es que lo mejor es certificar la defunción del matrimonio, sin ambages, y permitir que, con la mayor celeridad posible, los cónyuges procuren rehacer su vida lejos el uno del otro, pues naturalmente si se les reconoció madurez suficiente para comprometerse matrimonialmente, ¿cómo se le va a negar capacidad y serenidad suficiente para poner fin a la situación matrimonial?”

“Por tanto, a mi juicio, la decisión del proyecto de ley de abandonar cualquier sistema causalista en relación con la separación o el divorcio, sólo merece plácemes, pues verdaderamente el régimen causal de la Ley 30/1981, de 7 de julio, ha demostrado ya sobradamente, en el casi cuarto de siglo en el que se ha encontrado en vigor, demasiadas vías de agua”.

⁸ Carrasco Perera, *Divorcios rápidos*, Actualidad Jurídica Aranzadi, núm. 642, 2004, “Mas un divorcio rápido y sin costes puede conducir a decisiones de divorciarse que sean todavía ineficientes, por existir ganancias posibles en la continuación del matrimonio, pero que, debido a los escasos costes de salida, no sean ponderadas por los cónyuges. Si el divorcio no tiene que pasar por la puerta previa de la separación, los costes de la reconciliación —que pone fin a la ruptura— son mayores, haciendo

el contrario, consideramos que la fijación de una separación previa al divorcio supone un encarecimiento de los costes judiciales para las partes y para el sistema judicial, y en ocasiones un nuevo enfrentamiento de los cónyuges para acordar la responsabilidad que uno asume del mecanismo de la pensión compensatoria del artículo 97 del Código Civil, o del régimen de custodia de los hijos menores, la atribución de alimentos y vivienda familiar a favor de éstos.

Lo cierto, es que el legislador con la nueva ley, ha apelado a reforzar las garantías constitucionales amparadas en los artículos 32 y 10 de la CE, cuando se reconoce la libertad de los cónyuges en lo relativo al ejercicio de la facultad de solicitar la disolución de la relación matrimonial y reconocer mayor trascendencia a la voluntad de la persona cuando ya no desea seguir vinculado con su cónyuge. Así, se manifiesta en la propia Exposición de Motivos, “el ejercicio de su derecho a no continuar casado no puede hacerse depender de la demostración de la concurrencia de causa alguna, pues la causa determinante no es más que el fin de esa voluntad expresada en su solicitud, ni, desde luego, de una previa e ineludible situación de separación”.

De forma que el artículo 81, según la redacción otorgada por la Ley 15/2005 autoriza la separación judicial como una figura independiente del divorcio. A partir de este momento los cónyuges pueden acudir directamente al divorcio si lo estiman conveniente. Basta, únicamente, que otorguen su consentimiento, de ahí que a este tipo de separación se le denomine también separación consensual. Pues, el juez, en este caso, no va a valorar la conveniencia o inconveniencia de la separación, ni el motivo de la misma, simplemente se va a limitar a homologar el acuerdo de los propios interesados en relación con la misma.

3. La reducción del plazo de interposición de la demanda de disolución del matrimonio

La Ley 15/2005 reduce notablemente el plazo de disolución del matrimonio *a tres meses desde la celebración del mismo*, salvo que “el

inviabiles opciones de reanudación matrimonial que puedan ser buenas para ambas partes, una vez que el principio de realidad haya hecho ver a cada uno que la vida no existe para que nosotros seamos felices en ella. Además, el divorcio rápido invita a las partes, ilusionadas como niños con su nueva pareja, a tomar precipitadamente decisiones de volver a casarse, que la imposición de un tiempo de separación les hubiera hecho madurar, con el riesgo (casi seguro, si se conoce la condición humana) de equivocarse de nuevo”.

interés de los hijos o del cónyuge demandante justifique la suspensión o disolución de la convivencia con antelación, por la existencia de un riesgo para la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual”, siempre que en ella se haga solicitud y propuesta de las medidas que hayan de regular los efectos derivados de la separación.

Algún sector de la doctrina⁹ ha dejado constancia de su temor a que este plazo de tres meses sea excesivamente breve, especialmente para el supuesto de divorcio, ya que propicia la falta de responsabilidad de las personas a la hora de contraer matrimonio.

En igual sentido, se pronuncia el Consejo General del Poder Judicial en su dictamen de 27 de octubre de 2004 donde advierte que

la exigencia del plazo debe figurar en el texto legal en términos que claramente evidencian la propia naturaleza de esa exigencia temporal, que no es otra que la objetivación de la seriedad y persistencia en la voluntad unilateral disolutoria. De ahí que más que exigirse un plazo previo a la posibilidad de demandar, debe exigirse como un plazo necesario entre la formulación de la pretensión y una posterior ratificación o reiteración de la misma.

Por el contrario la legislación de derecho comparado se muestra de forma diversa sobre el plazo que debe transcurrir para la interposición de la demanda de divorcio. Así, en algunos países el periodo mínimo de vida matrimonial que se establece varía entre los seis meses y tres años, por ejemplo en Austria y Francia, seis meses; Bélgica, tres años; Dinamarca y Escocia, requiere haber vivido separados dos años; Grecia, República Checa, Inglaterra y Gales, un año. En otros países, por el contrario, no se establecen periodos mínimos de convivencia, como ocurre en Alemania, Finlandia, Rusia, en Suecia, excepcionalmente, se prevé la obligatoriedad de un periodo de reflexión de seis meses, siempre que existan hijos menores de 16 años, y no hayan vivido separados al menos durante dos años.

⁹ Bercovitz Rodríguez-Cano, R., *Separación y divorcio*, Aranzadi Civil, 2004, núm. 13, “Sólo cabe albergar el temor de si el plazo de tres meses no es excesivamente breve, especialmente para el supuesto de divorcio. De alguna manera propicia la falta de responsabilidad de las personas a la hora de contraer matrimonio: ¿es adecuado el equilibrio resultante entre libertad individual y responsabilidad social? Tal es la duda que ese plazo de tres meses suscita”. En igual sentido, Lasarte Álvarez, *op. cit.*, nota 5, p. 97.

4. *Aparece la mediación como un recurso voluntario alternativo de solución de los litigios familiares por vía de mutuo acuerdo*

En los últimos años, el legislador ha procurado dar un mayor rigor a la mediación familiar como instrumento para la resolución de conflictos. Con la actual Ley 15/2005, las partes pueden pedir en cualquier momento al juez la suspensión de las actuaciones judiciales para acudir a la mediación familiar. De forma que la intervención judicial queda reservada para cuando haya sido imposible el pacto, o el contenido de las propuestas llevadas a cabo, sean lesivas para los intereses de los hijos menores o incapacitados, o uno de los cónyuges, y las partes no hayan atendido a sus requerimientos de modificación. Sólo en estos casos deberá dictar el juez una resolución en la que imponga las medidas que sean precisas.

La intervención del mediador ha de ser imparcial y neutral, tal y como exige la Exposición de Motivos de la Ley 15/2005. No obstante, en la disposición final tercera de la misma,

se obliga al gobierno remitir a las Cortes un proyecto de ley sobre mediación basada en los principios establecidos en las disposiciones de la Unión Europea, y en todo caso en los de voluntariedad, imparcialidad, neutralidad y confidencialidad y en el respeto a los servicios de mediación creados por las Comunidades Autónomas.

5. *El aumento de la libertad de decisión de los padres respecto del ejercicio de la patria potestad, guarda y custodia de los hijos menores o incapacitados*

La actual reforma legislativa pretende reforzar la libertad de decisión de los padres respecto al ejercicio de la patria potestad, guarda y custodia de sus hijos menores o incapacitados, y lo hacen, mediante la posibilidad de acordar en el convenio regulador que el ejercicio se atribuya exclusivamente a uno de ellos, o bien a ambos de forma compartida; o que el juez, en los procesos incoados a instancia de uno sólo de los cónyuges, y en atención a lo solicitado por las partes, pueda adoptar una decisión con ese contenido, y siempre procurando el mejor interés del menor.

Como podemos apreciar con la nueva ley la intervención judicial pasa a un segundo plano, quedando exclusivamente reservada cuando no

ha sido posible pacto entre los progenitores, o el contenido acordado por los mismos es lesivo para los intereses de los menores.

Asimismo, se otorga un papel esencial al convenio regulador en cuanto que su aportación es preceptiva en el caso de demanda de separación o divorcio de mutuo acuerdo o por uno de los cónyuges, con el consentimiento del otro, ya que éste debe acompañarse a la demanda. Y, además, se establece de forma taxativa el contenido del mismo, siendo necesario que conste: el régimen de cuidado de los hijos sujetos a la patria potestad de ambos, el ejercicio de ésta, régimen de custodia y visitas de los hijos con el progenitor no custodio; la atribución del uso de la vivienda y ajuar familiar; la contribución a las cargas del matrimonio y alimentos, así como sus bases de actualización y garantías en su caso; la liquidación del régimen económico del matrimonio, y la compensación que correspondiere satisfacer a uno de los cónyuges, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 97.

También, se concede a los cónyuges total libertad para acordar el convenio regulador. En este sentido, un sector doctrinal¹⁰ considera que el artículo 90.2

sugiere que una vez realizado el debido contraste del contenido concreto de los acuerdos conyugales, de no apreciarse objetivamente daño para los hijos o perjuicio grave para uno de los cónyuges, el juez queda obligado a respetar la autodeterminación realizada por los esposos, sin que tenga capacidad para sustituir de forma automática los acuerdos que considere inaceptables.

Prueba de ello es que la denegación del convenio por el juez ha de ser motivada, y serán de nuevo los cónyuges, quienes decidan renovar o adaptar las sugerencias del juez al convenio regulador. En definitiva se considera que el juez se limita a visar u homologar el convenio regulador.

Por el contrario, otros autores¹¹ consideran que el convenio regulador debe calificarse como un acto mixto, y el juez se encuentra legitimado incluso para controlar si el convenio adolece de algún vicio del consentimiento.

En nuestra opinión, no compartimos este último planteamiento, pues la facultad de decisión y acuerdo entre los cónyuges se vería mermada, como ocurría antes de la reforma, ya que la última palabra la va a tener el juez.

¹⁰ Lasarte Álvarez, *op. cit.*, nota 5, p. 140 y 141.

¹¹ *Ibidem*, p. 140 y 141.

6. *La creación de un fondo de garantía de pensiones*

La disposición adicional única de la actual ley crea un fondo estatal de garantía de impago de pensiones por alimentos reconocidos a favor de los hijos e hijas menores de edad en convenio judicialmente aprobado o en resolución judicial, a través de una legislación específica que concretará el sistema de cobertura en dicho supuesto. Como podemos apreciar, cita a hijos e hijas menores, sin embargo nosotros entendemos que esta garantía debe extenderse al cónyuge, respecto al impago de la pensión compensatoria del reformado artículo 97, que bien podría consistir en una pensión temporal o por tiempo indefinido o en una prestación única, según se determine en el convenio regulador o en sentencia.

Esta pensión compensatoria se reconoce por la actual ley exclusivamente en los casos que la separación y divorcio produzcan un desequilibrio económico en la relación de un cónyuge con la posición económica del otro, es necesario, un empeoramiento en su situación anterior al matrimonio.

La pensión compensatoria la pueden pactar de común acuerdo los cónyuges, de no ser así, el juez, en sentencia determinará su importe teniendo en cuenta las siguientes circunstancias:

- Los acuerdos a que hubiesen llegado los cónyuges.
- La edad y el estado de salud.
- La cualificación profesional y las probabilidades de acceso a un empleo.
- La dedicación pasada y futura a la familia.
- La colaboración con su trabajo en las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge.
- La duración del matrimonio y de la convivencia conyugal.
- La pérdida eventual de un derecho de pensión.
- El caudal y los medios económicos y las necesidades de uno y otro cónyuge.
- Cualquier otra circunstancia relevante.

Respecto a la cuantía de alimentos de los hijos va a variar según el régimen de guarda y custodia acordado por los progenitores. Antes de la reforma, era habitual atribuir, al cónyuge no custodio, el pago de una cantidad fija mensual, actualizada anualmente conforme al IPC, en con-

cepto de pago de alimentos a favor de los hijos menores o incapacitados. Esta circunstancia va a cambiar, pues la nueva ley permite atribuir la guarda y custodia de los hijos menores o incapacitados a ambos progenitores de forma compartida, esto implica que en el caso de acordarse la custodia compartida cada progenitor se va hacer cargo del pago de los alimentos, aunque no necesariamente tiene porqué ser así como veremos más detenidamente a continuación.

II. LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA EN LA LEY 15/2005, DE 8 DE JULIO

Desde la promulgación de la Ley 30/1981 hasta la actual Ley 15/2005, la sociedad española ha evolucionado en el sentir de que la mujer se ha ido incorporado al mundo laboral de forma paulatina, pero cada vez con más intensificación, este hecho ha propiciado un cambio notable en la institución familiar. El gobierno de la familia que tradicionalmente se veía sustentado por el reparto de las tareas domésticas o del hogar a la madre y las profesionales al padre se ve desmembrado, y, actualmente, ambos progenitores se reparten las obligaciones personales y familiares de igual manera y proporcionalidad, de ahí que haya elegido como título de esta comunicación *Igualdad conyugal y custodia compartida*.

La primera iniciativa que toma el legislador para atender esta nueva situación es modificar el artículo 68 del Código Civil, en el sentido de requerir a ambos cónyuges el deber de vivir juntos, guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente. Además de *compartir la responsabilidad doméstica* y el cuidado y atención de ascendientes y descendientes y otras personas dependientes a su cargo.

Por primera vez el ordenamiento jurídico proclama en un precepto el deber de responsabilidad doméstica a ambos cónyuges. Tal iniciativa va a garantizar y reconocer los principios constitucionales de igualdad jurídica y no discriminación por razón de sexo, que en las situaciones de crisis matrimoniales se veían bastante limitados;¹² va a fomentar las relaciones de familia en libertad, en el sentido de que se otorga a los

¹² Tras la reforma del Código Civil por la Ley 11/1990, de 15 de octubre, en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo, el artículo 159 del citado cuerpo legal no atribuye preferencia alguna en cuanto al ejercicio de la custodia de los hijos a favor de uno de los progenitores por razón de sexo, ni de la madre ni del padre, si bien, con anterioridad, la norma disponía: "si los padres viven separados y no decidieren

progenitores la posibilidad de decidir su propio modelo de convivencia en plenas condiciones de igualdad con respecto al cuidado y atención de los hijos, pues de algún modo se busca que desaparezca la posibilidad de que se dé una superioridad jerárquica de un progenitor sobre otro. En definitiva, se apuesta por el principio de corresponsabilidad en el ejercicio de la patria potestad que pone de manifiesto la propia Exposición de Motivos.

Esta claro que a partir de la Ley 15/2005, se implica a ambos padres en el cuidado y atención diaria de los hijos pese a la existencia de una crisis conyugal.¹³ Y, como se consigue, entre otras medidas, se amplía el ámbito de libertad de los cónyuges al solicitar en el convenio regulador el ejercicio de la custodia compartida.

Hasta este momento, y a falta de regulación legal expresa, las decisiones jurisprudenciales han operado esencialmente sobre la materia, en ocasiones, para pronunciarse a favor de la custodia compartida y otras, en su contra. Ahora bien, todos los pronunciamientos jurisprudenciales se asientan en un principio básico y fundamental, el *favor filii o minoris*, consagrado en el artículo 39 de la CE, en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, en diversos Tratados y Resoluciones Internacionales como la Convención de los Derechos del Niño de la ONU de 20 de noviembre de 1989, la Resolución A 3-01722/1992 del Parlamento Europeo sobre la Carta de los Derechos del Niño, y la Convención Europea sobre el Ejercicio de los Derechos del Niño de 19 de abril de 1996, entre otros.

Por consiguiente, a la hora de establecer el régimen de guarda y custodia compartida de los hijos en situaciones de crisis matrimonial, se debe procurar garantizar que las medidas que se adopten de modo directo a las relaciones del niño con sus progenitores, puesto que van a permitir lazos de afectividad que contribuirán al desarrollo de su personalidad, se hagan previa ponderación exhaustiva del principio general que supone el interés superior del menor.

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”.

¹³ Ambos progenitores deben ser conscientes de que su responsabilidad continua, así consta en la propia Exposición de Motivos, cuando advierte “ambos progenitores perciban que su responsabilidad para con ellos continúa, a pesar de la separación o el divorcio, y que la nueva situación les exige, incluso, un mayor grado de diligencia en el ejercicio de la potestad”. O en el artículo 92 “La separación, la nulidad y el divorcio no eximen a los padres de sus obligaciones para con los hijos”.

1. *El concepto de custodia y guarda compartida*

La custodia y guarda compartida se puede definir como “la asunción compartida de autoridad y responsabilidad entre los padres separados en relación a todo cuanto concierna a los hijos comunes; el respeto al derecho de los niños a continuar contando, efectiva y realmente con un padre y una madre, y el aprendizaje de los modelos solidarios entre ex-esposos pero aún socios parentales”.¹⁴

Curiosamente, no hay un criterio unánime en cuanto a la terminología a utilizar, así se aboga por las expresiones custodia alternativa¹⁵ o residencia alternativa y custodia compartida o rotatoria,¹⁶ en defecto, de custodia conjunta en cuanto la compañía no se puede ejercitar conjuntamente, pero sí compartir, en este sentido se pronuncian las sentencias de la Audiencia Provincial de Las Palmas de 17 de mayo y 15 de julio de 2004.¹⁷

No obstante, el artículo 92 de la ley utiliza la expresión *guarda conjunta*, cuando el juez la acuerda, bien de oficio o a instancia de una de las partes, con informe del Ministerio Fiscal, y con carácter excepcional; o en aquellos supuestos en que no procede la guarda conjunta porque los padres están 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.

Y *guarda compartida*, cuando son los padres quienes lo solicitan en la propuesta del convenio regulador, o bien llegan a un acuerdo en el transcurso del procedimiento.

Lo cierto, es que independientemente de la calificación por la que se opte en uno u otro sentido, la custodia compartida, alternada o con-

¹⁴ Salberg, en Rodríguez, “Custodia compartida: una alternativa que apuesta por la no disolución de la familia”, *Revista Futuros*, núm. 1, 2005, p. 1.

¹⁵ Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 13 de febrero de 2003.

¹⁶ Sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife de 8 de abril de 2002.

¹⁷ En el Proyecto de Ley se manifestaron algunas enmiendas en este sentido: la modalidad de guarda es una entelequia que solo puede tener lugar cuando los padres convivan. Sólo puede suponer que la potestad sobre la responsabilidad de los hijos se comparta, sin hacerse referencia a la simultaneidad de éstos en el cuidado. Es por lo que se estima más oportuno el concepto de guarda alternada, que sí responde a la solicitud de que ambos puedan hacerse cargo del cuidado conforme a las concretas coordenadas espacio-temporales.

junta, es una opción que se reconoce a los progenitores en beneficio de los hijos, aunque no esta exenta de ventajas e inconvenientes, como veremos más adelante.

2. Régimen jurídico en materia de custodia compartida

Según el artículo 92.5 de la ley, la guarda y custodia compartida podrá solicitarse a petición de:

- a) Ambos progenitores conjuntamente en la propuesta de convenio regulador presentada junto a la demanda de separación o divorcio, o durante el transcurso del procedimiento, si llegan a un acuerdo.
- b) O por, el juez de oficio.

En este último caso, la ley establece para el juez el cumplimiento de una serie de obligaciones antes de emitir su resolución, como:

- Recabar información del Ministerio Fiscal;¹⁸
- Oír a los menores que tengan suficiente juicio, si se estima necesario de oficio o a petición del fiscal;¹⁹
- Oír a las partes o miembros del equipo técnico judicial;
- Valorar las alegaciones de las partes vertidas en la comparecencia y la prueba practicada en ella;
- Valorar la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos;
- Recabar dictamen de especialistas debidamente cualificados;

¹⁸ Artículo 749.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

¹⁹ Artículos 770.4 y 777.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas de 15 de marzo de 1999 en su FJ segundo: “el menor debe ser oído previamente a cualquier decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social... hace que cobre un singular poder decisorio la voluntad manifestada por ellos, por lo que procede atribuir la guarda y custodia de cada uno de los menores al progenitor con el cual conviven ya de hecho y con el que a su vez han manifestado su deseo de seguir viviendo”; Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra de 11 de noviembre de 1992 en su FJ tercero: “imponiéndose la obligación de oírles si tuvieran suficiente juicio y siempre a los mayores de 12 años”.

Ahora bien, es interesante la consideración que al respecto hace la AP de Barcelona en sentencia de 9 de junio de 2004, cuando estima que si bien constituye un dato relevante con el fin de comprobar el grado de afectividad que les une a sus progenitores, no en todos los casos constituye un factor determinante. En determinados casos hay que primar una valoración objetiva de circunstancias para un mejor desarrollo de la personalidad de un adolescente que en la mayoría de los casos no tiene todavía formado el criterio de discernimiento frente a la libertad de elección del hijo.

- No separar a los hermanos, y²⁰
- Dictar resolución motivada sobre estos hechos.

Está claro, que el ordenamiento jurídico no impone ningún modelo concreto de custodia compartida, simplemente se limita a establecer las pautas generales de actuación que debe seguir el juez para dictar resolución. En todo caso, aunque la propuesta de custodia compartida por ambos padres de común acuerdo, requiere la aprobación judicial, consideramos que en el espíritu de la ley subyace la idea de respetar la voluntad de los padres, limitándose, exclusivamente, la decisión judicial a los supuestos en que ambos cónyuges no quieran pactarla, o lo solicite uno solo con el informe favorable del Ministerio Fiscal.

3. Posición jurisprudencial respecto a la custodia compartida

Las decisiones de las audiencias han operado en esta materia de forma muy significativa, pues, han sido uno de los motores que propulsaron la reciente reforma.

No obstante, los pronunciamientos jurisprudenciales se encuentran divididos en varios grupos. Un primer grupo que niega la conveniencia del régimen de guarda y custodia compartida, y otro grupo, que, por el contrario, acoge la modalidad de la misma.

A. Sentencias que niegan la conveniencia del régimen de custodia compartida

Hemos de advertir que, mayoritariamente, las Audiencias Provinciales han manifestado sus reservas en el momento de aceptar el régimen de custodia compartida, en base a distintos argumentos.

²⁰ Sentencia de la Audiencia Provincial de Almería de 11 de febrero de 1998 en su FJ cuarto: “el principio general de convivencia entre hermanos (‘procurando no separar a los hermanos’);” Sentencia de la Audiencia Provincial de Soria de 29 de diciembre de 1997 en su FJ tercero: “Si bien el artículo 92 del Código Civil recomienda no separar a los hermanos”; Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra de 11 de noviembre de 1992 en su FJ tercero: “Ni qué decir tiene que *por mor* de los indicados preceptos, que dichas medidas serán adoptadas en beneficio de ellos, imponiéndose la obligación de oírles si tuvieran suficiente juicio y siempre a los mayores de 12 años; si bien dicha manifestación no es vinculante para los tribunales por primar el beneficio de los hijos, procurando no separar a los hermanos”.

Así, la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 13 de febrero de 2003, destaca el carácter excepcional con el que se califica la custodia compartida dentro del derecho de familia:

se plantea por la parte recurrente una solución de guarda compartida, medida que dentro del derecho de familia español podría calificarse de excepcional; tanto es así que el propio legislador, sin prohibirla expresamente, no ha contemplado tal posibilidad, y así el artículo 92 del Código Civil, concretamente en su párrafo tercero, alude a la decisión que tomará el juez acerca del cual de los progenitores tendrá a su cuidado los hijos menores, sin que esto sea óbice para el ejercicio de la patria potestad sea compartida en orden a tomar decisiones de cierta trascendencia que, afectando a los hijos puedan adoptarse de común acuerdo, sin que el progenitor que no convive con los hijos se vea privado del conocimiento de aquéllas, debiendo valorarse en igual medida sus opiniones que la de aquel que les tenga en su compañía.

Por otro lado, los pronunciamientos jurisprudenciales alertan de una vulneración del principio de *favor minoris*²¹ y *bonum filii*, como reconoce la sentencia de la Audiencia Provincial de Albacete de 1o. de diciembre de 2003 en su FJ primero: “que la solicitada custodia compartida no puede acogerse... porque quiebra el principio del *favor filii*, que es consustancial a toda la normativa reguladora de la materia”.

O, la sentencia de la Audiencia Provincial de Soria de 29 de diciembre de 1997 en su FJ segundo: “la valoración sobre este particular debe estar presidida por el principio del beneficio de los menores (*bonum filii*).

También la falta de armonía y relación satisfactoria entre los progenitores, es motivo más que suficiente para no otorgar la custodia compartida. De este modo, cabe destacar las sentencias de las Audiencias Provinciales de Madrid de 9 de julio de 2004 en su FJ tercero:

pero no consideramos que esta sea la solución idónea aun teniendo en cuenta la capacidad de ambos progenitores para ostentar la guarda y custodia, dado que la guarda y custodia compartida requiere la existencia de

²¹ En igual sentido, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Guadalajara de 9 de abril de 2002; Sentencia de la Audiencia Provincial de 13 de febrero de 2001; Sentencia de la Audiencia Provincial de Segovia de 28 de febrero de 1998; Sentencia de la Audiencia Provincial de Almería de 11 de febrero de 1998; Sentencia de la Audiencia Provincial de Cuenca de 30 de septiembre de 1996.

armonía y una relación satisfactoria entre los progenitores que no concurren en el supuesto enjuiciado;

Y, de Valencia de 14 de junio de 1999 en su FJ segundo: “no siendo aconsejable una guarda y custodia compartida por el alto grado de hostilidad de los padres y la falta de entendimiento entre ellos”.

Por último, porque el régimen de custodia compartida provoca inestabilidad emocional en los hijos,²² así lo expone la sentencia de la Audiencia Provincial de Cuenca de 30 de septiembre de 1996 en su FJ primero:

la Sala no coincide con la parte apelante en cuanto a la bondad para un niño de tan corta edad de la custodia compartida. El aspecto fundamental a tener en cuenta en estos casos es el que concierne a la estabilidad emocional del menor. La permanencia de un niño de tan corta edad por períodos quincenales o mensuales con cada uno de los progenitores privaría al niño de un punto de referencia fijo sobre cuál es un auténtico entorno, sin constar con la situación de inestabilidad que para el pequeño comportaría el hacer cada cierto tiempo la maleta para trasladarse a su otro hogar. Esa inestabilidad redundaría en perjuicio del equilibrio emocional de un niño tan pequeño la moderna psicología insiste en lo importante que para la estabilidad psíquica de los niños, desde su más tierna infancia, el contar con referentes fijos que identifiquen como suyos con facilidad: su habitación, sus juguetes, etcétera. Ello proporciona al niño sensación de seguridad y bienestar, y, en definitiva, la tan reiterada estabilidad, que con toda seguridad no se consigue viviendo cada quince días, cada mes, o incluso por periodos algo mayores, en una casa distinta.

B. Sentencias que aceptan la conveniencia del régimen de custodia compartida

Por el contrario, curiosamente, las resoluciones más recientes de nuestras audiencias van dirigidas a admitir el régimen de custodia compartida. En este sentido, cabe citar la sentencia de la Audiencia Pro-

²² Sentencia de la Audiencia Provincial de Guadalajara de 9 de abril de 2002 en su FJ primero: “El régimen alterno de custodia conllevará por lo general, consecuencias negativas para los hijos, al someterlos a la necesidad de adaptarse a cambios de todo orden derivados de la convivencia temporal con uno y otro progenitor, lo que no puede considerarse que facilite la educación, ni la formación integral de los menores, al privarles de una estabilidad que se torna necesaria”.

vincial de Madrid de 22 de julio de 2004, cuando en su FJ primero determina:

La sentencia que se recurre lleva a cabo un detenido análisis de la situación actual de todos los miembros de la familia, y valora la voluntad del menor manifestada en la exploración judicial para finalizar considerando adecuado establecer un régimen de custodia compartida como formar de garantizar el mantenimiento de la relación del hijo con ambos progenitores, un cierto control de ambos sobre la evolución del joven y una contribución económica de ambos, en la medida de sus posibilidades, a los gastos necesarios para la alimentación, vestido, educación, etcétera.

O, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 25 de octubre de 2002 en su FJ tercero:

hay que concluir que el sistema de guarda y custodia compartida es adecuado para la formación integral de los menores. Por otra parte hay que destacar que los menores han estado en un prolongado espacio de tiempo con el sistema de guarda y custodia compartido sin que se aprecie que ello haya repercutido negativamente en su evolución psíquica y ambos tienen una valoración positiva del régimen de convivencia que se mantiene con uno u otro progenitor y consideran no discrepantes los estilos educativos.

Asimismo, los especialistas del equipo de asesoramiento técnico del Departamento de Justicia valoran la guarda y custodia compartida como la mejor opción actual para los menores, siempre que éstos manifesten su deseo de mantener la compañía de los dos progenitores, así se advierte en sentencia de la Audiencia Provincial de Girona de 25 de febrero de 2001, cuando en su FJ segundo, determina:

El Informe d'Assessorament Psicosocial, emitido por el Equip d'Assessorament Técnico, y dotado de presumible objetividad, tras efectuar un examen de los antecedentes familiares y constatar la situación actual de los diferentes miembros de la familia, acaba valorando la guarda y custodia compartida, que en su momento actual se acordó y que se ha venido aplicando, como positiva, y consideran que ésta es la mejor opción para la hija menor, ya que reúne más aspectos positivos que negativos para el correcto desarrollo de la misma.

En igual sentido, se pronuncia la Audiencia Provincial de Valencia en sentencia de 9 de marzo de 2000, cuando en su FJ tercero, considera que:

atendidas las concretas circunstancias del supuesto enjuiciado, en especial las manifestaciones vertidas por el propio hijo, así como el prevalente interés del menor, reiteradamente proclamado por el legislador, que de modo necesario debe presidir la decisión alcanzada, y considerando que su adecuado desarrollo integral como persona reclama una imprescindible relación con los dos progenitores, procede acordar el establecimiento de un régimen de guarda y custodia compartida por ambos, en virtud del cual el hijo convivirá con su madre los lunes, martes, miércoles y jueves hasta el mediodía, conviviendo con su padre el resto de la semana hasta el final del domingo.

Lo cierto, es que reiteradamente las audiencias²³ han venido confirmando que el régimen de custodia compartida permite que las figuras maternas y paternas se equilibren, compensen y complementen de manera adecuada, de tal forma que permite que los hijos tengan el mayor contacto posible con sus progenitores.

Respecto a la contribución de los progenitores por el deber de alimentos de sus hijos, la Audiencia Provincial de Castellón en sentencia de 10 de abril de 2003, ha considerado que la custodia compartida permite que la carga económica sea más equitativa entre los padres, pues

los gastos de alimentación cotidiana serían asumidos por el progenitor que en cada momento tiene a los menores consigo, quedando el resto en un fondo económico que se debe destinar al mantenimiento de los hijos comunes en sentido amplio, incluidos los llamados gastos extraordinarios.

O, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 22 de julio de 2004 que

no fija cantidad alguna en concepto de pensión por alimentos, debiendo cada uno de los progenitores asumir los gastos que se generen en los tiempos correspondientes para sostenimiento de las necesidades perentorias del hijo de alimentación, vestido, educación y cuidados.

²³ Sentencia de la Audiencia Provincial de 22 de abril de 1999 en FJ sexto.

Esta posición jurisprudencial permite, por un lado, que se elimine la pensión alimenticia, evitándose con ello los graves problemas que se originan por el impago de las mismas, pero, por otro lado, se crea un cierto grado de inseguridad respecto a los gastos extraordinarios. Pese a ello, nos parece acertada la solución que propone la audiencia, de instaurar un fondo común nutrido por las aportaciones de ambos progenitores en proporción a la capacidad económica de cada uno y con una administración conjunta.

Un hecho similar ocurre respecto al uso de la vivienda familiar, era habitual que se adjudicará al cónyuge custodio, sin embargo, con el régimen de custodia compartida, la situación cambia, pues ambos progenitores van a convivir en periodos anuales, mensuales, semanales, quincenales, o incluso diarios, en igualdad de corresponsabilidad parental, por consiguiente, se abre la posibilidad de que el domicilio familiar sea declarado el lugar de permanencia de los hijos, y sean los progenitores los que vayan rotando en el domicilio de los hijos.

Las resoluciones de las audiencias tienen muy claro que el interés del menor debe prevalecer, y la custodia compartida no puede suponer una modificación sustancial de las condiciones de vida de los menores, sobre todo cuando la alternancia se produce con frecuencia y en cortos periodos, como ocurre en la sentencia de de 25 de enero de 2001 por la Audiencia Provincial de Gerona, que recomienda mantener la guarda y custodia compartida, aunque con modificación del régimen de estancia de la menor con cada progenitor, pues aunque los padres vivían en la misma localidad y en relativa proximidad, y aunque la menor disponía en ambos domicilios de su propia habitación, el régimen de custodia acordado era demasiado complicado, ya que dos días alternativos con cada progenitor y fines de semana alternos, estaba provocando aspectos negativos en el desarrollo de la menor. Pero se mantiene la custodia compartida entre ambos progenitores.

La doctrina se muestra en la misma línea, al considerar que *con independencia del título de propiedad sobre la vivienda, se ha de atender imperativamente al beneficio de los hijos y, de forma refleja, al cónyuge que seguirá conviviendo con ellos.*²⁴

²⁴ Lasarte Álvarez, *op. cit.*, nota 5, p. 145.

4. *Ventajas e inconvenientes de la custodia compartida*

Después de formular todas estas consideraciones doctrinales y jurisprudenciales, sólo nos resta señalar las ventajas y desventajas que pueden apreciarse respecto al régimen de guarda y custodia compartida.

Así, señalamos como ventajas:

- Se garantiza a los hijos que los progenitores participen activamente en su cuidado y formación cotidiana.

- Se garantiza el principio de igualdad de condiciones a ambos progenitores, en cuanto se sienten más implicados e integrados en el cuidado y formación de los hijos, al permitirles una relación más constante.

- Se garantiza mayor estabilidad emocional en los hijos, al contar con la presencia de las figuras materna y paterna en su formación integral.

- Se responsabiliza a los padres con la asunción de pagar los gastos por alimentos de forma equitativa o proporcional a su capacidad económica, de tal manera, que cada uno va a contribuir a los alimentos durante el tiempo que le corresponda la custodia.

- Se adjudica el uso de la vivienda familiar como lugar de permanencia de los hijos, y no al cónyuge custodio como se venía reconociendo hasta el momento.

- Se favorece que los progenitores puedan reconstruir su vida personal y laboral más rápidamente, al disponer de más tiempo para sí mismos.

- Se refuerza el papel de ambos progenitores en su función tutelar, pues no hay un padre que asuma en exclusividad el papel de principal, y otro de secundario.

- Se evita en los hijos el padecer lo que se ha denominado por los especialistas Síndrome de Alienación Monoparental, fenómeno que sufren los hijos cuyos padres separados mantienen un conflicto grave sobre la custodia, cuando uno de ellos logra inculcarles respecto al otro, que el menor le odie sin que tenga justificación.

Las desventajas que se podrían argumentar, son:

- Inestabilidad emocional de los hijos, cuando se opta por la alternancia entre la vivienda materna y paterna, por el cambio de domicilio constante.

- Se exige un grado importante de cordialidad y armonía entre los progenitores para su efectividad.
- Se considera inviable cuando no existe acuerdo de ambos progenitores, pues la custodia compartida requiere un mayor grado de renuncia personal y de entendimiento entre los mismos, de no ser así, se dificulta la estabilidad de los hijos.

III. CONSIDERACIONES FINALES

En definitiva, la actual reforma persigue ampliar el ámbito de libertad de actuación de los cónyuges en lo relativo al ejercicio de la facultad de solicitar la disolución del matrimonio y proponer las medidas que vayan a regular los efectos derivados de la misma, entre ellas, la custodia compartida de los hijos menores. Sin duda alguna, la razón legislativa de semejante regulación se asienta en los principios del interés superior del menor y corresponsabilidad de los padres, sin embargo, desde un punto de vista práctico, la guardia y custodia compartida no resultará fácil, si no hay una voluntad de cordialidad y buen entendimiento entre los cónyuges, pues cuando acontece la crisis matrimonial en la mayoría de los casos, las desavenencias entre ambos son muy frecuentes, de ahí que dudemos de la eficacia de la custodia compartida, si no es aceptada de mutuo acuerdo. No obstante, es loable la decisión legislativa de permitirla, aunque sea discutible la posibilidad que concede, con carácter excepcional, a la autoridad judicial de aceptarla a petición de uno sólo de los cónyuges, previo informe favorable del Ministerio Fiscal.