

EL INTERÉS DEL MENOR Y LA CUSTODIA COMPARTIDA

JOSÉ IGNACIO ATIENZA LÓPEZ
Secretario Judicial

Extracto:

FRENTE a la llamada guarda y custodia unilateral, la Ley 15/2005, de 8 de julio, ha venido a introducir en nuestro ordenamiento la posibilidad del ejercicio de la guarda y custodia compartida de los menores como nuevo modelo de atribución del cuidado de tales hijos, en situaciones de crisis matrimonial.

Esta opción ya tenía carta de naturaleza en nuestro derecho, no por la cobertura legal, hasta ahora inexistente, sino porque la jurisprudencia (sobre todo la de las Audiencias Provinciales) aplicaba esta posibilidad en numerosas ocasiones, con base en una evidencia: si bien el Derecho positivo no contempla la institución que tratamos, tampoco la prohíbe expresamente, pues los términos de los artículos 90, 91 y 94 del Código Civil (CC) no eran ni mucho menos excluyentes. Así pues, cabe concluir afirmando que la reforma aludida ha venido a dar cobertura legal a una figura aplicada en ocasiones por los órganos judiciales. Hemos de reconocer, no obstante, que la aplicación de la medida se ceñía casi siempre a procesos de crisis matrimonial con solución consensuada.

La falta de esa cobertura normativa provocaba dos planteamientos distintos en los diferentes operadores jurídicos: por un lado, los letrados y las partes solo en muy raras ocasiones se planteaban la opción de esa custodia compartida y, por otro, la mayor parte de los órganos judiciales han mirado con reticencia y desconfianza hacia esta figura (tal vez por una prolongada inercia judicial), viendo en ella más inconvenientes (cambios frecuentes de casa, cambios de amistades, criterios diferenciados en los progenitores...) que ventajas tendentes a lograr un desarrollo integral de la educación del menor.

La reforma intenta dar efectiva virtualidad práctica al principio de corresponsabilidad de los progenitores, para que el papel que se les encomienda en la norma como titulares de la patria potestad se vea lo menos afectado posible como consecuencia de la situación de crisis matrimonial.

Vaya por delante que no pensamos que esta nueva medida vaya a ser la piedra filosofal que dé solución ni sea la panacea para este tipo de problemas, muy complejos por otra parte, pero es evidente que la custodia compartida introduce un nuevo elemento para la solución de este tipo de conflictos, en los cuales, no olvidemos, todo gira en torno a un interés superior que es el interés del menor, también llamado principio del *favor filii* o del *favor minoris*.

Palabras clave: menores, patria potestad, custodia compartida.

Sumario

- I. Marco normativo. Inconvenientes y ventajas de la custodia compartida.
- II. El interés del menor.
- III. La intervención del menor en su propio interés.
- IV. La custodia compartida: pronóstico de futuro.

I. MARCO NORMATIVO. INCONVENIENTES Y VENTAJAS DE LA CUSTODIA COMPARTIDA

Sintetizando el marco normativo vigente, este queda del modo siguiente: establece el CC, en su artículo 92, que esta figura de custodia compartida se acordará cuando lo pidan los padres en la propuesta de convenio regulador o cuando, en el curso de la sustanciación de los autos, así lo pudieran acordar, velando por el interés del menor y comprendiendo este la prioridad de no separar a los hermanos.

El juez ha de obtener el dictamen del Ministerio Fiscal, oír a los menores, de tener estos juicio bastante, de oficio o a petición del fiscal o a petición del equipo técnico de expertos y, sobre todo, ha de tener en cuenta, caso por caso, cómo es la relación de los progenitores entre sí y con sus hijos.

Si la custodia compartida no fuese una petición hecha de mutuo acuerdo, puede el juez acordarla si lo pide una parte, pero es preceptivo el informe favorable del Ministerio Fiscal y motivando que solo de esta forma se da protección adecuada al interés del menor. Puede también el juez oír a los hijos, así como obtener un informe de los especialistas, pero como elemento imprescindible solo se precisará informe del fiscal, favorable en el caso del artículo 92.8 del CC.

Visto el marco normativo de forma muy somera, hay que referirse a otro marco tal vez más importante que el propio normativo cuando de problemas de menores estamos hablando, cual es el análisis de los pronósticos de futuro, ventajas o perjuicios para el menor destinatario de la medida, y previsiones realistas de que esa custodia compartida vaya a ser cumplida en beneficio del menor.

Para dar respuesta a esta cuestión, y partiendo de que estamos hablando de un contexto en abstracto de aplicabilidad de la medida que nos permite establecer unas referencias para plantearnos su adopción, hemos de destacar la que tal vez sea una de las más lúcidas sentencias dictadas tras la reforma operada en el CC, por la Audiencia Provincial de Barcelona en fecha 20 de febrero de 2007 (Sección 18.^a), ponente don Enric Anglada Fors, que estudia en profundidad y en abstracto la figura de la custodia compartida. Cabe indicar, como lo han hecho muchos medios de comunicación catalanes sobre todo, que es la primera ocasión en que se aplica en Cataluña tras la reforma la figura de la custodia compartida en supuesto de crisis matrimonial contenciosa.

Previamente deseo destacar que **la terminología** tras la reforma no es uniforme pues, frente a la denominación de custodia compartida, otros órganos consideran que la nomenclatura más adecua-

da ha de ser la de **custodia periódicamente alternativa**, destacando en tal sentido la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 24.^a) de fecha 7 de septiembre de 2006. Otras sentencias, como la de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 10.^a) de fecha 18 de octubre de 2006, hablan de **custodia compartida de ejercicio alternado**, en una especie de nomenclatura mixta entre la custodia compartida y la custodia alternativa.

Dice la sentencia de la Audiencia de Barcelona, tratando de elaborar un **concepto** de la institución, que «es de señalar, que la nueva normativa regulada en el CC... no contiene una definición expresa de tal institución, si bien, se puede afirmar, al respecto que, cuando se alude a la custodia compartida, nos estamos refiriendo a un sistema de alternancia o reparto de tiempos y estancias de los hijos con cada uno de sus padres, o sea, cuando se resuelve sobre la custodia, lo que se está decidiendo es con qué progenitor vivirá el niño en cada momento. A tal efecto, el artículo 92.8 del CC, en su redacción actual, dispone que de forma excepcional y aun cuando no se den los presupuestos del apartado cinco de este artículo, el juez, a instancia de una de las partes, con informe favorable del Ministerio Fiscal –cuyo carácter vinculante se contempla en la tramitación parlamentaria como una garantía más establecida en beneficio del niño/a/os/as–, podrá acordar la guarda y custodia compartida, con fundamento en que de esta forma se protege adecuadamente el interés del menor/de los menores –p.^o del *favor filii* o del *favor minoris*–. Su regulación viene motivada porque, en la sociedad actual, la dinámica de algunas familias empieza a ser distinta cada vez que factores como el acceso de la mujer al mercado laboral y los cambios en determinadas pautas de educación están provocando que, cada vez más, los padres tengan una intervención mayor en el cuidado diario de sus hijos y se produzca en muchos supuestos una coparticipación en el cuidado, asistencia y educación de los menores».

A continuación, la sentencia entra de lleno en la cuestión de los **inconvenientes** de la custodia compartida, detallándolos al decir que «es de destacar como tales la posible inestabilidad de los menores producida por los continuos cambios de domicilio, los problemas de integración o adaptación a los nuevos núcleos familiares que se vayan creando y las dificultades para unificar criterios en las cuestiones más cotidianas de la vida de los menores».

Y finalmente analiza las **ventajas o beneficios** de la custodia compartida: «En cuanto a sus ventajas o beneficios, realmente, son mayores y superiores a aquellos, ya que con la custodia compartida: a) se garantiza a los hijos la posibilidad de disfrutar de la presencia de ambos progenitores, pese a la ruptura de las relaciones de pareja, siendo tal presencia similar de ambas figuras parentales, y constituye el modelo de convivencia que más se acerca a la forma de vivir de los hijos durante la convivencia de pareja de sus padres por lo que la ruptura resulta menos traumática; b) se evitan determinados sentimientos negativos en los menores entre los cuales cabe relacionar los siguientes: miedo al abandono, sentimiento de lealtad, sentimiento de culpa, sentimiento de negación, sentimiento de suplantación, etc. ...; c) se fomenta una actitud más abierta de los hijos hacia la separación de los padres que permite una mayor aceptación del nuevo contexto y se evitan situaciones de manipulación consciente e inconsciente por parte de los padres frente a los hijos; e) se garantiza a los padres la posibilidad de seguir ejerciendo sus derechos y obligaciones inherentes a la potestad o responsa-

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

II. EL INTERÉS DEL MENOR

Lo hasta ahora desarrollado no debe hacernos perder la perspectiva de que la razón de que exista esta novedosa figura de la custodia compartida es la existencia de un interés del menor de carácter superior y al que siempre la norma considerará como la parte débil de toda crisis matrimonial.

Pero ¿qué es el interés del menor?, ¿cómo se determina el mismo para decidir si el menor queda con este u otro progenitor?, ¿cómo se determina ese interés del menor en la custodia compartida?

Preguntas de una naturaleza parecida a las anteriores podrían llegar a formularse en número casi infinito, y ello es consecuencia de que el superior interés del menor tiene virtualidad solo como concepto jurídico indeterminado, tal vez porque no pueda ser de otro modo. Son muchos los conceptos jurídicos indeterminados que se hallan en nuestras normas y en todos los casos hay siempre algo como denominador común de todos ellos: la necesidad de realizar un determinado juicio de valor para aplicarlo a cada caso concreto, y ello nos lleva necesariamente a cuestionarnos si el interés del menor puede ser analizado en abstracto o si hay un interés del menor para cada caso concreto en que ha de ser aplicado. Los padres, los jueces, los fiscales y las Administraciones públicas, cada uno en su ámbito, serán los operadores jurídicos que habrán de proceder en cada caso velando por ese interés y tendrán que formar en cada caso su propio juicio de valor.

Tal y como indica RIVERO HERNÁNDEZ, «el interés del menor constituye, en efecto, un concepto jurídico indeterminado, por medio del cual la ley se refiere a una realidad cuyos límites no precisa con exactitud, pero con lo que intenta definir o delimitar un supuesto concreto que permite que sea precisado luego en el momento de su aplicación. Se trata en este caso, como en otros, en los que el legislador acude a estos *standards* o conceptos indeterminados (la buena fe, la diligencia del buen padre de familia...) de conceptos de valor o de experiencia referidos a realidades que inicialmente no permiten una mayor precisión o concreción, pero que, trasladadas a situaciones específicas y supuestos determinados, su aplicación conduce a una solución y no a otra».

A falta de una regulación sistemática (tal vez sea imposible pedir que exista), si acudimos a la norma positiva para encontrar referentes que nos auxilien a delimitar ese interés superior, los resultados no son muy alentadores; en el último párrafo del artículo 234 del CC, cuando regula el nombramiento del tutor, se indica por el legislador que «se considera beneficiosa para el menor la integración en la vida familiar del tutor» y el artículo 172.4 del CC señala que «se buscará siempre el interés del menor y se procurará, cuando no sea contrario a ese interés, su reinserción en la propia familia y que la guarda de los hermanos se confíe a una misma institución o persona». Estos preceptos han sido redactados por la reforma nacida a partir de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, cuya exposición de motivos nos da la referencia del cambio legislativo de planteamientos en los términos que más tarde veremos.

Deben ser destacados también en su justa medida los esfuerzos de las normas civiles forales allí donde existen por delimitar cada vez en mayor medida ese interés del menor; queremos entresacar la Ley catalana 8/1995 de atención y protección de niños y adolescentes, y de ella dos expresiones: «para la determinación de ese interés se tendrá en cuenta, en particular, los deseos y las opiniones de los niños y los adolescentes» y «los niños y los adolescentes tienen derecho a una crianza y una formación que les garantice el desarrollo libre, integral y armónico de su personalidad».

III. LA INTERVENCIÓN DEL MENOR EN SU PROPIO INTERÉS

Hasta hace bien poco tiempo, el menor era mucho más un objeto de las decisiones de los demás (sus padres, los jueces...) que un sujeto de derecho susceptible de influir en las propias decisiones que le afectaban directamente. Este planteamiento cambia en los últimos tiempos como consecuencia, en gran medida, de la interrelación entre el Derecho con otras disciplinas como la Psicología, la Pedagogía y otras, y debemos recordar que los jueces, difícilmente podrían resolver en interés del menor sin la adecuada asesoría de los expertos no juristas, articulados con los equipos psico-sociales y demás asistentes sociales, hoy imprescindibles.

Este cambio hacia el mayor protagonismo del menor se ha manifestado en la necesidad, constantemente contemplada en las leyes, de que sea oído el menor y, sobre todo, cuando haya alcanzado determinada edad. Es una afirmación bastante básica la de que el menor es un ser complejo y con una personalidad cambiante, pero debemos fijarnos en que en el menor hay dos campos esenciales para su interés: la racionalidad y sus sentimientos.

Desde el punto de vista de la racionalidad, es evidente que el menor tiene muchos menos conocimientos y, sobre todo, infinitamente menos experiencia vital que un adulto, pero desde la perspectiva de sus sentimientos y sensibilidad, la necesidad de que pueda expresarse plenamente ante quienes hayan de decidir por él es imprescindible, hasta el punto de que no me parece exagerado afirmar que el menor es la fuente de información más importante con que los operadores jurídicos cuentan para poder tomar las decisiones correspondientes hasta donde sea razonable. No olvidemos que los adultos deciden por su interés, pero que el interés sigue siendo el suyo, y él mejor que nadie (sobre

todo si ha alcanzado determinada edad y madurez aun siendo menor de 18 años) conoce por dentro las circunstancias de hecho que generaron la crisis y a los progenitores que se hallan en crisis.

Esta es la idea que intenta transmitirnos la reforma operada por la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, por boca de su exposición de motivos al decir que «El ordenamiento jurídico, y esta ley en particular, va reflejando progresivamente una concepción de las personas menores de edad como 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. El conocimiento científico actual nos permite concluir que no existe una diferencia tajante entre las necesidades de protección y las necesidades relacionadas con la autonomía del sujeto, sino que la mejor forma de garantizar social y jurídicamente la protección a la infancia es promover su autonomía como sujetos. De esta manera podrán ir construyendo progresivamente una percepción de control acerca de su situación personal y de su proyección de futuro. Este es el punto crítico de todos los sistemas de protección a la infancia en la actualidad. Y, por lo tanto, es el reto para todos los ordenamientos jurídicos y los dispositivos de promoción y protección de las personas menores de edad. Esta es la concepción del sujeto sobre la que descansa la presente ley: las necesidades de los menores como eje de sus derechos y de su protección».

La conclusión que de todo ello se obtiene es la creciente trascendencia jurídica que el papel del menor juega en las propias decisiones a tomar, siendo lo más complicado conocer cuáles han de ser los límites a dar a tal intervención, pues su papel en el contexto de la crisis matrimonial no puede ser tan importante que le llegue a convertir en el sujeto que tome las decisiones, y piénsese en lo vulnerables que pueden ser o llegar a ser determinados menores frente a los adultos. Deseo destacar aquí la opinión de VARELA PORTELA: «el atender al criterio del niño como cuestión previa parece una medida adecuada ya que aporta datos sobre la forma, cómo un conflicto es vivido y el grado de implicación. El problema ha surgido cuando la exploración se convierte en la elección del progenitor. Si se aplica mecánicamente la preferencia explicitada, es el menor el que asume la responsabilidad de la resolución de un conflicto que sus progenitores no han sido capaces de resolver. Este traspaso, siempre inadecuado, puede tener consecuencias graves si se realiza en la etapa adolescente, pues los sentimientos de culpa de un joven que tiene que decidir entre dos personas a las que quiere son un mal que el procedimiento debería obviar expresamente».

No es cuestión de obtener del menor unas determinadas decisiones, sino establecer cuál es el contexto más conveniente para que el menor pueda desarrollar íntegramente su personalidad. Y para lograr este objetivo, el menor debe ser adecuadamente informado antes de oír sus sentimientos y dar calificación a los mismos.

Uno de los extremos más complicados, dada la subjetividad en la que nos movemos, será la referida a la determinación de la madurez del menor, que no puede estar vinculada al hecho de haber alcanzado una edad cronológica concreta, la cual no siempre va de la mano del nivel de discernimiento del menor, ni de su madurez de juicio. Es aquí donde el papel asesor de los psicólogos, pedagogos y demás profesionales de la educación se hace esencial.

IV. LA CUSTODIA COMPARTIDA: PRONÓSTICO DE FUTURO

Refiriendo este apartado a la custodia compartida a adoptar en separaciones o divorcios en los cuales no hay acuerdo de los cónyuges, o sea, los casos del artículo 92.8 del CC, hemos de recordar que este caso solo puede darse con un carácter excepcional y con fundamento en que solo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor.

Tras haber hecho acopio de varias sentencias recientes de nuestras Audiencias Provinciales, he de adelantar la conclusión que quien suscribe obtiene sobre el pronóstico de esta institución, cual es la de que la custodia compartida impuesta a los padres va a resultar una institución válida pero de una aplicabilidad numérica a escasísimos casos de la práctica, pues precisa de tal cantidad de extremos de hecho concurrentes, que será complejo hallarlos en los casos que de ordinario llegan a nuestros tribunales. Creemos que va a ser un instituto reservado a familias en las que concurren circunstancias casi idílicas. Basta observar que, tras la reforma de julio de 2005, ha necesitado transcurrir más de un año y medio para que pueda darse un caso adecuado como para que la Audiencia Provincial de Barcelona decida su aplicación, de lo cual han hecho abundante eco los medios de comunicación catalanes como primer caso de aplicación en la comunidad catalana. No obstante ello, si resuelve una sola situación de crisis matrimonial como tratamiento adecuado, bienvenida sea por el interés de los hijos.

Pasando a otro aspecto, los fallos judiciales, con carácter general, condenan a entregar cosas, o a hacer u omitir algo, o a pasar por una determinada declaración judicial; pues bien, si pensamos en los fallos dictados en el ámbito matrimonial, ¿podemos incluirlos en alguno de los precitados casos?, rotundamente no. Teniendo en cuenta que las decisiones judiciales matrimoniales son las que, por su propia naturaleza, en mayor medida precisan de la colaboración de ambos padres; ¿puede vaticinarse para la custodia compartida impuesta un alto porcentaje de éxito a los casos en que sea aplicada? Es una pregunta lanzada al aire, con respuesta más que problemática, pues recordemos que la mayoría de las sentencias judiciales vienen a tomar unas decisiones sobre pretensiones contenciosas de las partes, y esa decisión es ejecutoria sin discusión alguna una vez adquirida firmeza. En cambio si la sentencia es de materia matrimonial, en ella el juez se limita a poner un tratamiento a una situación de crisis matrimonial que es más compleja si hay hijos de por medio y va a carecer de eficacia terapéutica alguna el tratamiento si las partes no colaboran. En mi opinión, esta novedosa institución tiene muchas posibilidades de ineficacia por falta de colaboración de los padres para cumplirla, ya que recordemos que se trata de una decisión no acordada sino «impuesta» a diferencia del supuesto del artículo 92.5 del CC. Observemos que en la mayor parte de los casos examinados los dos progenitores siguen en todo momento pidiendo al juez la guarda y custodia para sí por completo de manera exclusiva. Ningún juez que quiera adoptar esta medida debe olvidarse de ello, pues actúa contra las voluntades de una madre y un padre que no desean la solución que se les impone, de modo que la sentencia no está dando la razón ni al demandante ni al demandado, al obligar a ambos a aceptar lo que ninguno de ellos quiere, pues quienes ganan el pleito en este aspecto esencial son los hijos decidiendo por ellos y por su interés un tercer progenitor llamado juez, si se nos permite la licencia de esta libre denominación para el juez. Progenitor que, por cierto, adopta la medida pero no la va a vivir ni en su éxito ni en su fracaso. Las soluciones salomónicas (y sin duda el instituto que comentamos tiene muchos matices de este tipo) pueden ser o no las mejores, pero lo que es indudable es que solo dejan contentos a medias a todos.