

LA “NOVEDOSA” FIGURA DE LA CUSTODIA COMPARTIDA TRAS LA LEY 15/2005 DE 8 DE JULIO Y EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR

Laura López-Almansa Beaus
Doctoranda UCV

1. INTRODUCCIÓN

Hay dos palabras, *custodia* y *compartida*, que se previnieron expresamente por el legislador en nuestro país con la última reforma del Código Civil operada por la ley 15/2005 de 8 de julio. De este modo se dio un paso al introducir la posibilidad de optar por la figura conocida como “guarda y custodia compartida”, máximo exponente del principio de corresponsabilidad en el ejercicio de la potestad que debe existir entre los esposos y que se configura como una de las cuestiones más delicadas y difíciles de resolver en las crisis conyugales. No obstante, no se trataba de una modalidad desconocida en el Derecho Comparado ni tampoco en nuestro Ordenamiento pues, si bien no aparecía como tal prevista en el Código Civil, ya en la práctica se acordaba en algunas ocasiones por los tribunales.

En efecto, con la modificación del artículo 92 del Código Civil (92.5º, “Se acordará el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos...”; 92.7º, “... guarda conjunta...”), se recogió expresamente lo que ya se realizaba de facto en nuestro país en determinadas ocasiones, aunque sin refrendo legal hasta ese momento, como una alternativa a la custodia exclusiva de un progenitor.

Resulta innegable que en los últimos años se ha ido incrementando en la práctica el grado de corresponsabilidad en condiciones de igualdad de cara a la atención y cuidado de los hijos, por lo que el Ordenamiento debía contener una previsión legal que lo contemplara, coadyuvando a la consecución de una sociedad más igualitaria. Todas estas consideraciones tuvieron así su reflejo en la Exposición de Motivos de la Ley 15/2005, que justificó la reforma con base en los principios relativos al *favor filii* y corresponsabilidad en el ejercicio de dichas funciones por parte de los progenitores. Se les confiere así, siempre en atención al beneficio del menor, la facultad de pactar en



el convenio que el ejercicio se atribuya exclusivamente a uno de ellos o bien a ambos de forma compartida y, a falta de acuerdo, y bajo el mismo criterio, será el juez quien adopte la decisión con ese mismo contenido.

Ciertamente, podemos pensar que la modificación es más aparente que real, ya que si puede acordarse, la interpretación lógica es que también puede no acordarse y, consecuentemente, permitir que el cuidado de los hijos siga correspondiendo conjuntamente a ambos progenitores. Los artículos 90 y 92 CC no contemplaban en concreto esta posibilidad pero tampoco la prohibían. Lo que sí hizo el legislador es ampliar el abanico de opciones, abrir las puertas a la custodia compartida, a través de un reconocimiento expreso. Y ello tiene importancia, por una parte, porque ahora las peticiones son más frecuentes y, por otra, porque implícitamente se está reconociendo que ésa debe ser la tendencia. Además, adquiere relevancia desde el momento en que numerosas decisiones judiciales negaron este modelo con base en que el Código Civil únicamente contemplaba como opción expresa su otorgamiento a uno u otro progenitor.

Brevemente, se tratará de exponer el significado y las implicaciones de esta figura e implicación del interés del menor.

2. ¿QUÉ ES LA CUSTODIA COMPARTIDA?

Nuestro derecho vigente parte del criterio del ejercicio conjunto de la patria potestad, que es compartida entre ambos progenitores, no sólo en situaciones de normalidad, sino también en situaciones de ruptura. En los supuestos de separación, divorcio o no convivencia de los padres, el conjunto de derechos y deberes para resolver sobre los menores, su persona y bienes lo tienen ambos progenitores, salvo supuestos excepcionales. El ejercicio conjunto de la autoridad de los padres supone que los mismos toman juntos las decisiones relativas a sus hijos; en este sentido, y como no puede ser de otra manera, la separación, la nulidad y el divorcio no eximen a los padres de sus obligaciones para con los hijos. Así, la responsabilidad parental, como institución protectora del menor, en principio y salvo situaciones excepcionales, les corresponde a ambos padres.

No obstante, las modalidades, en cuanto a la guarda y custodia de los menores, podemos resumirlas en dos grandes grupos, el primero, de atribución a uno solo de los progenitores, que es la que se acuerda con más frecuencia –tanto en las separaciones y divorcios de mutuo acuerdo, como en los procedimientos contenciosos–, y, el segundo, en una atribución *conjunta*, que alterna los períodos en que los menores están con uno y otro de los padres y se solicita y se acuerda sobre todo en los procedimientos de mutuo acuerdo.

En definitiva, lo que implica es que la guarda de un menor se atribuya de manera conjunta a ambos progenitores. En la práctica se alterna el cuidado diario y la atención directa del menor por cada progenitor, durante unos períodos previamente determinados,



que suelen coincidir con épocas escolares concretas, como trimestres o cursos. También supone un reparto de todos los períodos vacacionales entre ambos padres

Dado que compartir significa repartir, dividir, distribuir las cosas en partes, la primera pregunta resulta obligada: ¿en qué se diferencia de un régimen de visitas? Tras el examen de la jurisprudencia existente, a nuestro modo de ver, la diferencia obedece en la práctica, exclusivamente, a razones cuantitativas; tanto es así que podríamos concluir que la guarda compartida no es más que un “régimen de visitas ampliado”. La cuestión pendiente está en concretar los linderos que separan un sistema del otro. Si interpretáramos en su literalidad la expresión *guarda compartida*, debiera concluirse que el hijo debe pasar exactamente el 50% de su tiempo en casa de cada uno de sus progenitores. En otro caso, quizá sería preferible no conceder la custodia compartida y hablar de derecho de visita ampliado. Sin embargo, quizá porque simbólicamente parece ser preferible hablar de custodia compartida para evitar el sentimiento de derrota en uno de los progenitores y de victoria en el otro, se emplea esta expresión aunque no se alcance ese 50%.

Por lo tanto, se habla de guarda compartida cuando ambos progenitores tienen la custodia de los hijos de manera alterna por semanas, meses y anualmente, e incluso se habla de una especie de guarda compartida o de situación semejante cuando se alcanza la cifra de dos días a la semana. Existen tantas modalidades de custodia compartida como se pretenda. Cada caso es muy particular. Hay que atender a factores como la ubicación geográfica, el horario escolar, la carga laboral de los padres, el número de hijos, etc.; hay ocasiones en que incluso es el menor el que habita en una misma casa y son los padres quienes rotan de domicilio o en que los hijos residen exclusivamente con uno de los progenitores pero tienen una relación fluida con el otro, sin los rigores del régimen de visitas.

3. CONFLICTO FAMILIAR Y *FAVOR FILII O MINORI*

La disgregación familiar debe ser, sin duda, valorada con una óptica especialmente particular cuando existen hijos comunes del matrimonio o pareja de hecho, quienes deben recibir el menor daño posible en la desunión de sus padres e irremediable desmembración y desgaje del haz de facultades componentes de la patria potestad que ostentan sobre los hijos y que, como consecuencia del cese de la convivencia familiar, se convierten en derechos-deberes independientes, principalmente, la guarda y custodia del progenitor custodio y las visitas, comunicación y estancias del no custodio. Tras un conflicto de pareja, el principal objetivo está en conseguir de nuevo, en la medida de lo posible, reorganizar el sistema familiar sobre la base del equilibrio dinámico de las relaciones paterno y materno filiales, que será distinto, naturalmente, del existente bajo la situación de convivencia simultánea de los hijos con ambos padres, razón por la cual el esfuerzo deberá ser mayor, a fin de lograr la estabilidad y armonía de los hijos. Dicha



meta absolutamente prioritaria, está presidida por el principio básico y fundamental del *favor filii o minoris*¹.

Así pues, a la hora de establecer el régimen de la guarda y custodia de los hijos en las situaciones de crisis de parejas ha de procurarse garantizar ante todo el interés (moral, material y psicológico) del menor de edad, que debe regir en todo momento la adopción de medidas (previa ponderación exhaustiva del ambiente más propicio para el desarrollo de sus facultades intelectuales, afectivas y volitivas) que afectan de modo directo a las relaciones del niño con sus progenitores y que van a permitir la creación de lazos de afectividad que contribuirán, de modo decisivo, al desarrollo integral de su carácter y personalidad.

Claro lo anterior, la decisión que se tome acerca de la atribución de la guarda y custodia de los hijos a uno de los progenitores y de un régimen de visitas, comunicación y estancias al otro, bien por convenio regulador judicialmente homologado, bien directamente por el juez, en su caso, no puede ser, jamás, concebida como un premio al *vencedor* y un correlativo castigo al *perdedor*, y con los hijos instrumentalizados a tal efecto por parte de sus padres para herirse, en lo posible, uno al otro. No se olvide que, por encima del interés de los padres, se encuentra el omnipresente interés jurídicamente protector de los hijos, principales protagonistas y afectados en las situaciones de ruptura familiar.

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, con la intención de que sufran lo menos posible la ruptura de sus progenitores y conserven lo más posible a ambos. Hay que destacar que el interés de éstos va a ser el criterio rector de todas las medidas que se adopten. Y para ello, la autoridad judicial va a tener, en todo caso, la última palabra, por encima e incluso en contra del propio acuerdo de los padres. Se configura así como un derecho que tienen hijos y progenitores a seguir teniendo una relación paterno 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 las responsabilidades de cada uno tras la crisis conyugal deben ser iguales a los que se tenían con anterioridad.

En ningún caso, y bajo ningún concepto, en el conflicto entre el reconocimiento y la tutela de los derechos del hijo frente a los derechos del padre o progenitor deben prevalecer los últimos y, desgraciadamente, en los procesos de familia, son los propios padres los que se involucran en una cruzada de intereses y derechos hasta tal punto que

¹ Consagrado en el art. 39 CE, así como en la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor, de 15 de enero de 1996, y sancionado por diversos tratados y resoluciones de organizaciones internacionales, como el artículo 3.1 de 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, al tiempo que inspirador de numerosos preceptos del CC (arts. 92, 93, 94, 151, 154, 158 y 170).

arrinconan y casi aniquilan al verdadero protagonista, al sujeto más digno de tutela y protección, al más débil e indefenso, el menor.

Por ello se considera que la atribución de la guarda y custodia de los hijos debiera girar en torno a lo que resulte más beneficioso y favorable a éstos y no a las consecuencias que de ello derivan, es decir, al uso y disfrute del domicilio conyugal, al deber de prestar una pensión alimenticia a favor de los menores y al establecimiento de un régimen de visitas con el progenitor no custodio.

4. LA CUSTODIA EXCLUSIVA COMO FÓRMULA TRADICIONAL

Tras la reforma del Código Civil operada por la Ley 11/1990, de 15 octubre, en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo, el artículo 159 no contiene ya preferencia alguna en cuanto a la atribución de la custodia de los hijos en favor de uno de los progenitores por razón de su sexo, ni de la madre ni del padre². Hoy, en cambio, han de ser atendidas exclusivamente las necesidades y bienestar del menor. Si bien hay un cierto automatismo en la aplicación, por parte de nuestros tribunales, del reformado artículo 159, por el que le corresponde a la madre, en la mayor parte de los casos, quedar al cuidado cotidiano de los hijos.

A este respecto es necesario precisar que, en los procesos de mutuo acuerdo, la atribución a la madre de la guarda y custodia de los hijos llegaba casi siempre al juzgador previamente establecida en el convenio regulador. Por ello, es en la mayoría de los procesos contenciosos en los que se vislumbra la señalada inclinación judicial a confiar sistemáticamente la custodia de los hijos a la madre (sólo, muy residualmente, al padre, en situaciones especialmente particulares –problemas de alcohol, droga, prostitución, etc.–, en las que la madre no es idónea para el cuidado y crianza de los hijos).

Por lo tanto, la fórmula de guarda compartida era calificada reiteradamente de *excepcional* en la práctica judicial española, y a pesar de no haber sido expresamente prevista por el legislador, tampoco fue proscrita, de ahí que haya siempre existido como válida alternativa a la custodia individual, si bien sólo en caso de concurrir todas las circunstancias familiares idóneas para ello. Precisamente, dicho vacío normativo tenía sus días contados, pues el modelo de guarda y custodia compartida de los hijos por ambos progenitores es introducido en el Derecho de Familia Español (que sigue los pasos de la experiencia americana y de algunos países europeos) en la reforma de 2005.

En definitiva, lo más usual ha sido la atribución judicial de la guarda exclusiva a uno de los progenitores, decisión a la que solía seguir, en grado de apelación, la reclamación del régimen conjunto por parte del progenitor no custodio, petición ésta que constituía

² Con anterioridad, la norma disponía 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”.



un intento de control psicológico o emotivo por parte del apelante sobre el progenitor custodio, consiguiendo innecesariamente, un aumento de la conflictividad, tensión y sufrimiento de todos los miembros del grupo familiar, y, muy especialmente, de los hijos.

5. EL RÉGIMEN LEGAL ACTUAL DE LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA

Es necesario partir del articulado legal vigente –en concreto y muy especialmente del artículo 92 del Código Civil³–, tras la redacción dada por el art. 8 de la Ley 15/2005 de 8 de julio.

Éste pergeña un régimen de guarda y custodia de los hijos menores que puede sintetizarse en los siguientes puntos:

1. El régimen ordinario de guarda y custodia de los menores será el de su atribución a uno solo de los progenitores y no a los dos de forma conjunta, pudiendo los progenitores,

³ En el marco de la importante reforma operada en materia de separación y divorcio por la repetida Ley 15/2005, de 8 julio, el legislador ha dado una nueva redacción al artículo 92 CC:

“1. La separación, la nulidad y el divorcio no eximen a los padres de sus obligaciones para con los hijos. 2. El Juez, cuando deba adoptar cualquier medida sobre la custodia, el cuidado y la educación de los hijos menores, velará por el cumplimiento de su derecho a ser oídos. 3. En la sentencia se acordará la privación de la patria potestad cuando en el proceso se revele causa para ello. 4. Los padres podrán acordar en el convenio regulador o el Juez podrá decidir, en beneficio de los hijos, que la patria potestad sea ejercida total o parcialmente por unos de los cónyuges. 5. Se acordará el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador o cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento. El Juez, al acordar la guarda conjunta y tras fundamentar su resolución, adoptará las cautelas procedentes para el eficaz cumplimiento del régimen de guarda establecido, procurando no *separar a los hermanos*. 6. En todo caso, antes de acordar el régimen de guarda y custodia, el Juez deberá recabar informe del Ministerio Fiscal, y oír a los menores que tengan suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, partes o miembros del Equipo Técnico Judicial, o del propio menor, valorar las alegaciones de las partes vertidas en la comparecencia y la prueba practicada en ella, y la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos para determinar su idoneidad con el régimen de guarda. 7. No procederá la guarda conjunta cuando cualquiera de los padres esté 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. 8. Excepcionalmente, aun cuando no se den los supuestos del apartado cinco de este artículo, el Juez, a instancia de una de las partes, con informe favorable del Ministerio Fiscal, podrá acordar la guarda y custodia compartida fundamentándola en que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor. 9. El Juez, antes de adoptar alguna de las decisiones a que se refieren los apartados anteriores, de oficio o a instancia de parte, podrá recabar dictamen de especialistas debidamente cualificados, relativo a la idoneidad del modo de ejercicio de la patria potestad y del régimen de custodia de los menores.”

en el convenio regulador, decidir cuál de ambos ejercerá dicho cargo o, en cualquier otro caso, el juzgador disponerlo en beneficio del menor.

2. De la extensa redacción del art. 92 del Código Civil destaca la regulación del régimen de guarda y custodia compartida o conjunta (que por igual se denomina), sin concretarse modalidad alguna, por lo que, en principio, cualquiera de ellas será admisible.

a) En los casos en que haya acuerdo por parte de los cónyuges, y éstos hayan decidido tramitar la separación o el divorcio por los cauces del mutuo acuerdo (art. 81,1º y 86 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” (apartados 4 y 5).

b) Lo mismo acontecerá en el caso de los cónyuges del procedimiento contencioso de separación/divorcio (art. 81,2º y 86 CC) donde exista acuerdo entre los cónyuges en este punto.

c) En cualquiera de los dos casos anteriores, en principio, los progenitores podrán establecer la modalidad de régimen de guarda y custodia compartida que consideren más conveniente, con las limitaciones que se expondrán en el punto e).

d) En ningún caso procederá la guarda y custodia 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 (apartado 7). Todo ello está fundamentado en el interés superior del menor.

e) Pese a la aparente capacidad de los progenitores de disponer el régimen de custodia de los menores, la verdad es que la decisión última sobre la conveniencia o no de adoptar dicha medida corresponde al juzgador, y ello en aras del principio básico y fundamental que en esta materia rige en nuestro sistema jurídico cual es el del interés del menor. La Ley 15/2005, como no podía ser de otra forma, supedita la decisión del régimen de guarda y custodia a adoptar al interés superior del menor.

Además, como se puede comprobar en la nueva redacción dada al art. 92 CC, el interés del menor no siempre tiene que coincidir con los que los padres consideren que son mejores para él, y corresponde 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. Con posibilidad de acordar la guarda y custodia conjunta, aun en caso de desacuerdo de los padres (apartado 8), supuesto éste que pone de manifiesto el carácter de orden público que tiene el régimen de guarda y custodia de los menores y cómo el juzgador tiene que obrar no a instancia de parte, sino de oficio.

Por lo tanto, a la hora de decidir la forma de atribución a los progenitores de aquella guarda y custodia, hay que tener en cuenta que la regulación de cuantos deberes y facultades configuran la patria potestad siempre está pensada y orientada en beneficio



de los hijos, finalidad que es común para el conjunto de las relaciones paterno filiales, y este criterio de protección del menor se refleja también en las medidas judiciales que han de adoptarse en relación con el cuidado y la educación de los hijos cuando adviene la crisis conyugal, pues es una exigencia de las orientaciones legislativas y doctrinales modernas, muy en armonía con la tradición de la familia española, lo que obliga a atemperar el contenido de la patria potestad, y es que toda la normativa legal reguladora de las medidas relativas a los hijos en casos de separación de los padres, en el criterio fundamental del relevante *favor filii*, los acuerdos sobre su cuidado y educación y demás cuestiones que les afecten, habrán de ser tomadas “siempre en beneficio de los hijos”.

Se contempla, en concreto, una serie de circunstancias tasadas que impedirá al juez su acogimiento. Así, no se admitirá cuando en la tramitación del procedimiento se advierta que alguno de los padres está incurso en un procedimiento penal por un delito grave contra las personas, que son los siguientes: 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 (art. 92,7). Resaltar que basta estar incurso en una causa, ni siquiera formalmente imputado, procesado o condenado.

Tampoco procederá cuando el juez advierta, de las alegaciones de las partes y de las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica. La valoración de los indicios de violencia, que parten de las pruebas practicadas y no únicamente de las alegaciones de las partes, puede ser suficiente garantía, si tenemos en cuenta que todos los autores coinciden en que la custodia compartida no cabe en las parejas en cuya relación existe violencia. Por lo tanto, cualquier circunstancia que haga peligrar la integridad física (malos tratos proferidos al menor por uno de los progenitores o por personas relacionadas con su entorno), psíquica o moral del menor ha de considerarse como denegatoria de la custodia compartida.

Por otra parte, pese a no concurrir ninguna de las circunstancias anteriores, se explicita una serie de *cauteladas adicionales* que el juez deberá tener en cuenta antes de adoptar la decisión, como son el recabar informe del Ministerio Fiscal y oír a los menores con suficiente juicio (apartado 6) y recabar informe de especialistas cualificados (apartado 9).

Y, finalmente, como criterio complementario y exhortativo, se procurará no separar a los hermanos.

6. CONCLUSIONES

De la nueva regulación legal, extraemos, a título particular, la siguiente y sucinta valoración. Como puntos positivos encontramos la expresa voluntad del legislador de regular esta materia. Se impide que se pueda considerar la guarda y custodia compartida como una situación no deseada por la ley; se da preeminencia del “interés del menor”, que constituye el límite y punto de referencia último de la institución de la guarda y custodia y de su propia operatividad y eficacia, y se desmarca el “interés del menor” del

interés o voluntad de los progenitores, y, en último término, le corresponde siempre al juez valorar y proteger el interés del primero.

Como puntos negativos, entendemos que, para que exista una custodia compartida, serán las partes las que tengan que ser capaces de reproducir después de la ruptura una situación similar a la existente antes de aquélla, lo que, sin dicha colaboración, será inviable. El legislador peca de ofrecer a los protagonistas del conflicto matrimonial unas técnicas que éstos podrían igualmente procurarse sin intervención del legislador si quisieran, pues lo que falta, realmente, es una voluntad cooperativa que el legislador no puede inventar. Además, se omite toda referencia a cómo puede influir una hipotética custodia compartida de los hijos en el régimen de atribución del uso de la vivienda familiar. Y, finalmente, que quizás puede considerarse que el legislador legisla una cosa que es superflua, si no hay conflicto entre las partes, y que es inútil, si el conflicto existe.

El tema más debatido de la nueva ley se centró en la viabilidad de una custodia compartida impuesta por el juez en caso de que ambos cónyuges no estén de acuerdo en pactarla, puesto que la posibilidad de que la misma sea acordada por ambos padres de común acuerdo no plantea especiales recelos. En este sentido, se critica su admisibilidad cuando es solicitada unilateralmente por uno de los progenitores con la oposición del otro. Se trata de un régimen excepcional al que sólo podrá accederse en caso de que ambos padres estén de acuerdo. Sólo será viable ante un buen entendimiento entre ambos. Con lo cual, a la necesidad de circunstancias objetivas idóneas que así lo aconsejen, se uniría el acuerdo, reflejo de un grado de colaboración y cooperación. De no existir, podría derivar en una fuente permanente de litigios con repercusiones negativas para los menores. En consecuencia, lo razonable es que haya custodia compartida si, como mínimo, hay acuerdo entre los padres y siempre teniendo en cuenta el interés del menor.

Realmente consideramos muy acertados los objetivos de la reforma del Código Civil en materia de separación y divorcio respecto de la custodia de los hijos, en la medida que se pretende que los padres asuman su papel y se rechace el rol que tiene atribuido la mujer por natura, máxime si se tiene en cuenta que los hijos comparten cada vez más vivencias con sus padres de las que venían siendo habituales, en parte motivadas por la incorporación de la madre al mercado laboral. Pero dicho fin no casa bien con el instrumento utilizado, la custodia compartida, la cual rechazamos, pues si ya de por sí la ruptura de los padres es traumática para los hijos, que son los que más sufren –incluso, en el mejor de los casos, cuando las relaciones entre los progenitores sean cordiales y fluidas–, más dolorosa y nociva será la ruptura si va acompañada de la necesidad de que el menor conviva tres días a la semana con un progenitor y cuatro días con otro, y lo mismo si la división fuera semanal o quincenal. Y es que no hay que olvidar que si el que se desplaza es el menor, se le está utilizando como si fuera una maleta siempre de viaje, entorpeciendo su ritmo de vida, sus actividades diarias, hábitos, costumbres, su educación equilibrada o incluso la normal y rutinaria asistencia al colegio, en el



caso de que los progenitores residan en distinto lugar. Por otro lado, si la idea de la custodia compartida implicara no el desplazamiento del menor, sino de los padres, de modo que el menor permaneciera en el mismo domicilio, inmediatamente se alegraría la incompatibilidad de tal circunstancia con el desempeño de la actividad laboral por parte de los padres, con igual entorpecimiento en el ritmo de vida del menor.

En consecuencia, la tenencia compartida de los hijos no es sino una posible fórmula de custodia más prevista para tutelar el interés preponderante del niño, y a mi parecer perfectamente viable sólo a instancias de ambos padres y cuando sea rigurosamente avalada por la capacidad de ambos para ostentarla, la voluntad libre y espontánea del propio menor, las circunstancias geográficas y sociales que no perjudiquen el entorno del menor con un excesivo peregrinaje del domicilio de un progenitor al del otro, la nula conflictividad entre los padres, estilos homogéneos de vida, la edad adecuada de los hijos, ausencia de obstáculos laborales y los correspondientes informes psicológicos.

Al no concurrir la totalidad de tales circunstancias en el caso concreto, el establecimiento de un régimen de custodia compartida o conjunta suele ser una fuente generadora de conflictos que, inevitablemente, redundan en el perjuicio psicológico y emocional del menor, situación ésta que es preciso, a toda costa, evitar.