

Juntos pero no revueltos: la custodia compartida en el nuevo art. 92 CC

La reforma del art. 92 CC por la Ley 15/2005, de 8 de julio

Laura Alascio Carrasco
Ignacio Marín García

Facultad de Derecho
Universitat Pompeu Fabra

*Abstract**

La Ley 15/2005, de 8 de julio, permite expresamente que los cónyuges acuerden la custodia compartida en caso de crisis matrimonial. Como novedad, la Ley 15/2005 introduce la posibilidad que el juez la acuerde a instancia de una de las partes. Este trabajo analiza los fundamentos tanto legales como económicos de esta figura, ya que, lejos de ser una solución marginal, nuestros tribunales la aplican efectivamente, muestra de ello es la SAP Barcelona, Civil, Sec. 18ª, 20.2.2007.

The Act 15/2005, of 8th of July, explicitly regulates joint custody agreements in case of marriage break-up. As a novelty, the Act 15/2005 allows the court to decide upon it, even if it is only asked by one spouse. This paper examines the legal and economic grounds of joint custody, since far from being a marginal solution, it is effectively applied by our courts, as SAP Barcelona, Civil, Sec. 18ª, 20.2.2007 shows.

Title: Alternate Physical Custody in the new section 92 of the Spanish Civil Code.

Keywords: Family Law, Alternate Physical Custody, Law and Economics

Sumario

- 1. Presentación de la figura**
 - 1.1. Ley 15/2005**
 - 1.2. Jurisprudencia anterior a la Ley 15/2005**
 - 1.3. La custodia compartida impuesta: la SAP Barcelona de 20.2.2007**
- 2. Fundamento de la custodia compartida: el interés superior del menor**
 - 2.1. El interés superior del menor en nuestro ordenamiento jurídico**
 - 2.2. Evolución histórica del interés superior del menor**
 - a. España**
 - b. Estados Unidos**
 - 2.3. El interés superior del menor en la elaboración de la ley**
- 3. Análisis económico de la custodia compartida**
 - 3.1. Efectos del divorcio: custodia compartida y transferencia de riqueza**
 - 3.2. Función de utilidad altruista del progenitor**
 - a. Teoría del vínculo (*bonding theory*)**
 - b. Problemas de información asimétrica (*monitoring theory*)**
 - 3.3. *Clean break* y custodia compartida**
- 4. Conclusión**
- 5. Tabla de sentencias citadas**
- 6. Bibliografía**

* El presente trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto SEJ2005-08663-C02-02, "Autonomía e imperatividad en la ordenación de las relaciones familiares: los límites a la libertad contractual en la regulación de la convivencia y de sus crisis", dirigido por el Dr. Joan Egea Fernández y financiado por el Ministerio de Educación y Ciencia.

1. Presentación de la figura

1.1 Ley 15/2005

En los procesos de nulidad, separación y divorcio, una de las medidas a adoptar es la atribución de la guarda y custodia de los hijos, es decir, determinar en compañía de quien van a quedar éstos, así como establecer un régimen de visitas para el otro progenitor. La convivencia con los hijos determina que el progenitor custodio sea aquél que tome las decisiones en el quehacer cotidiano, mientras que ambos progenitores siguen ostentando la patria potestad (art. 154 CC y 143 ss. *Codi de Família* catalán).

La custodia es sólo uno de los atributos de la patria potestad, que también incluye la representación legal, la obligación de alimentos, la educación y formación integral y la administración de los bienes de los hijos menores o incapacitados.

El efecto económico más trascendente de la atribución de la custodia de los hijos es el correlativo derecho al uso de la vivienda familiar, que en el CC es de atribución automática al progenitor custodio (art. 96 CC) y en Derecho catalán de atribución preferente (art. 83 CF). Adicionalmente, aquel progenitor en compañía del cual queden los hijos, tendrá derecho a una pensión alimenticia para los mismos (art. 93 CC y art. 76.1.c) CF).

La custodia compartida, objeto del presente artículo, es una modalidad de custodia que implica que ambos progenitores ejercen las funciones antes señaladas de forma alterna, por lo que la atribución de la vivienda no será automática ni preferente, ni tampoco la pensión de alimentos. Deberá entonces diseñarse un sistema que permita ejercer la custodia compartida de forma adecuada.

La redacción anterior del art. 92 CC no contemplaba la posibilidad de otorgar la guarda y custodia a ambos cónyuges de forma conjunta, aunque tampoco la prohibía:

Art. 92. IV CC:

“Podrá también acordarse, cuando así convenga a los hijos, que la patria potestad sea ejercida total o parcialmente por uno de los cónyuges o que el cuidado de ellos corresponda a uno u otro procurando no separar a los hermanos”.

Del mismo modo, el art. 76.1.a) CF no la excluye ni se refiere a ella expresamente:

Art. 76.1.a) CF:

“En los casos de nulidad del matrimonio, divorcio o separación judicial, si hay hijos sometidos a la potestad del padre y de la madre, debe establecerse:

a) Aquél con quien han de convivir los hijos, así como, en su caso, el régimen de visitas, estancia y comunicación con el padre o la madre con quien no convivan”.

La Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio (en adelante, Ley 15/2005) (BOE núm. 163, de 9.7.2005) reformó dicho precepto e introdujo expresamente esta modalidad de custodia. El juez podrá acordar la custodia compartida siempre que lo soliciten ambos progenitores, en el convenio regulador o en acuerdo alcanzado durante el transcurso del procedimiento (art. 92.5 CC). Ni el principio dispositivo ni el de rogación rigen en sede del art. 92 CC, ya que, si bien es necesario el acuerdo de los cónyuges, el juez debe valorar su idoneidad antes de acordar la custodia compartida. El juez deberá recabar el informe del Ministerio Fiscal, así como oír a los menores que tengan suficiente juicio cuando lo estime necesario de oficio, a instancia de parte, del equipo técnico o del propio menor (art. 92.6 CC). El art. 92.7 CC impide esta modalidad de custodia en caso de maltrato al menor o al otro cónyuge o cuando existan indicios de violencia doméstica.

Art. 92.5, 6 y 7 CC:

“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”.

De manera excepcional, el juez puede acordar la custodia compartida en caso de que lo solicite uno solo de los cónyuges, pero deberá contar siempre con el informe favorable del Ministerio Fiscal (art. 92.8 CC). Ahora bien, esta medida excepcional únicamente podrá acordarse si el juez considera que sólo así se protege el interés superior del menor, debiendo justificarlo motivadamente en la correspondiente resolución.

Art. 92.8 CC:

“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”.

No obstante lo anterior, en Derecho civil catalán no hay un reconocimiento expreso de la custodia compartida ni existe tampoco un procedimiento *ad hoc* para su fijación. De una lectura conjunta de los arts. 76.1.a), 77, 78 y 79 CF, observamos que únicamente cabe que los cónyuges acuerden esta modalidad de custodia en el convenio regulador y obtengan su aprobación judicial. En caso que la ruptura sea contenciosa o que el juez no apruebe este aspecto del convenio, será el juez quien directamente resuelva la cuestión. El Derecho civil catalán vigente no da acción a uno solo de los cónyuges para que, en caso de desacuerdo, proponga al juez un régimen de custodia compartida.

El *Projecte de llei pel qual s'aprova el Llibre segon del Codi civil de Catalunya, relatiu a la persona i la família* (BOPC VII-núm. 353, 15.6.2006) sí prevé expresamente en su art. 236-11 esta modalidad de custodia. En caso de vida separada de los progenitores, éstos tienen la posibilidad de pactar el mantenimiento del ejercicio conjunto de la patria potestad. Pacto que será aprobado por el juez, a menos que resulte perjudicial para los hijos (art. 236-11.2). Esta regulación, que abarca también a parejas no casadas, permite que el pacto se formalice en escritura pública, siendo revocable mediante notificación notarial, siempre y cuando se trate de un pacto no incorporado a un convenio regulador aprobado judicialmente (art. 236-11.3).

1.2. Jurisprudencia anterior a la Ley 15/2005

La jurisprudencia española anterior a la entrada en vigor de la Ley 15/2005¹ rechazó el sistema de custodia compartida, sin ir más allá del régimen ordinario de visitas. Los tribunales entendían que, después de la crisis matrimonial, lo más conveniente era otorgar la custodia en exclusiva a uno de los progenitores, a quien además era atribuida la vivienda familiar. El otro progenitor adquiriría la condición de deudor de la pensión alimenticia y un derecho de visita.

La oposición de nuestros tribunales a la custodia compartida ha sido frontal: "(...) por lo excepcional que ha de ser la atribución de esa guarda y custodia compartida, que representaría una situación irregular y que tendría un difícil encaje (...)" [SAP Córdoba, Civil, Sec. 1ª, 16.12.2003, FD 2º (JUR 2004\20303; MP: Pedro Roque Villamor Montoro)]. Su resistencia a la misma era todavía mayor si no contaba con el acuerdo de ambos progenitores. "(...) lo que constituye un ejemplo paradigmático del fracaso de la guarda compartida cuando ésta no es propuesta y concertada de mutuo acuerdo por los progenitores que mantienen entre ellos una postura razonable y equilibrada ante la crisis matrimonial" [SAP Girona, Civil, Sec. 9.2.2000, FD 2º (AC 184; MP: José Isidro Rey Huidobro)]. La custodia compartida ha llegado incluso a ser calificada como "incompatible con nuestro ordenamiento jurídico" por la SAP Madrid, Civil, Sec. 24ª, 18.11.2004, FD 2º (JUR 2005\37062; MP: Rosario Hernández Hernández), parecer reiterado poco antes de la reforma legal por otra sentencia de la misma Audiencia, de 1.6.2005.

Una solución intermedia por la que los tribunales optaban era la atribución exclusiva de la custodia a uno de los progenitores y el otorgamiento al otro de un amplio régimen de visitas. Esta solución, de un lado, dejaba atrás el rígido e insuficiente derecho de visitas de fin de semana y quincena vacacional y, por otro, distaba del régimen de custodia compartida, por mucho que en realidad supusiera un reparto temporal de la convivencia asimilable [SAP Barcelona, Civil, Sec. 12ª, 12.3.2004, FD 1º (JUR 120441; MP: Juan Miguel Jiménez de Parga Gastón)]. De este modo, el

¹ Para un análisis más exhaustivo, v. CAMPUZANO TOMÉ (2005) y DE VERDA Y BEAMONTE (2006, pp. 203-212).

cónyuge no custodio, que había de abandonar el domicilio familiar y ser deudor de la pensión de alimentos, podía participar de manera más activa en la educación y el control del menor. Sin embargo, el reparto de la convivencia no implicaba la corresponsabilidad parental característica de la custodia compartida.

No obstante lo anterior, en casos muy excepcionales nuestros tribunales concedieron la custodia compartida del menor. Tras valorar la idoneidad de los progenitores en atención a las circunstancias materiales (cada vivienda ha de cubrir las necesidades del menor y estar cerca de su colegio), el juzgador comparó el aumento de estabilidad emocional con la pérdida de estabilidad física. La custodia compartida tuvo su fundamento en la estabilidad emocional del menor [SAP Girona, Civil, Sec. 2ª, 25.2.2001, FD 3º (AC 1827, MP: José Isidro Rey Huidobro)], así como en otros motivos complementarios como el hecho de ser la mejor manera de garantizar el control sobre el menor y la disposición a cooperar de ambos progenitores.

El mantenimiento de cierto control sobre el menor fue la causa que justificó la custodia compartida impuesta por la SAP Barcelona, Civil, Sec. 18ª, 22.7.2004, FD 1º párrafo cuarto (JUR 217508, MP: Ana Mª García Esquius) y la denegación de la misma por la SAP Barcelona, Civil, Sec. 12ª, 9.6.2004 (JUR 208661; MP: Antonio López-Carrasco Morales).

La SAP Baleares, Civil, Sec. 5ª, 17.9.2004 (JUR 287192; MP: Mariano Zaforteza Fortuny) estimó que la custodia compartida podía contribuir a paliar la relación conflictiva entre los cónyuges. De hecho, su adopción elimina la calificación de deudor de la pensión alimenticia de uno de los cónyuges, una de las principales fuentes de conflicto.

1.3. La custodia compartida impuesta: la SAP Barcelona de 20.2.2007

La SAP Barcelona, Civil, Sec. 18ª, 20.2.2007 (JUR 2007\101427, MP: Enric Anglada Fors) concede, con el preceptivo informe favorable del Ministerio Fiscal, la custodia compartida solicitada por el padre sobre sus hijos menores, de 13 y 7 años respectivamente.

Antes de examinar las condiciones físicas en que se ha de producir en la práctica la custodia compartida (cobertura por ambas viviendas de las necesidades del menor y proximidad con la escuela), el juzgador lleva a cabo un análisis pormenorizado de las ventajas e inconvenientes derivados de la adopción de esta modalidad de guarda. Análisis que va mucho más allá de la oposición entre estabilidad emocional (“presencia de las dos figuras parentales”) e inestabilidad física (el “peregrinaje” de domicilio a domicilio o del domicilio al centro escolar). El juzgador trata una serie de cuestiones de carácter marcadamente psicológico respecto del entorno del menor y de la mayor estabilidad y equilibrio de los padres. Entre los argumentos a favor del régimen compartido, destacan aquéllos de valor pedagógico:

- a) Evitar en los menores determinados sentimientos negativos: miedo al abandono, sentimiento de culpa, sentimiento de negación...
- b) Fomentar una actitud más abierta hacia las separaciones.

- c) Evitar situaciones de manipulación consciente o inconsciente por parte de los padres.
- d) Posibilitar a los progenitores seguir ejerciendo sus derechos y obligaciones y participar así en el desarrollo de sus hijos.
- e) No se cuestiona la idoneidad de ninguno de los progenitores.
- f) Equiparar el tiempo de los cónyuges para su vida profesional y personal.
- g) Evitar situaciones de dependencia de los padres respecto de los hijos.
- h) Cooperar en la adopción de acuerdos.

Después de sopesar en abstracto las ventajas e inconvenientes del régimen compartido, el tribunal adopta esta medida con fundamento en la protección del interés superior del menor, a la luz de los siguientes hechos:

- Voluntad inequívoca del hijo de 13 años de permanecer el mismo tiempo con su padre que con su madre.
- Alternancia en la guarda de los menores, que había ostentado el padre durante 13 meses hasta que la sentencia del JPI núm. 2 de Granollers, de 31.1.2005, la otorgó definitivamente a la madre.
- Cooperación diaria de los padres en el cuidado y educación de sus hijos, que superaron sin diferencias tras someterse a mediación.
- Ubicación de la escuela en un punto intermedio entre la residencia de cada progenitor, lo que permite el contacto de los menores con los dos entornos que les son familiares, puesto que habían vivido en ambas localidades.

La Sentencia establece de manera muy precisa el sistema de convivencia de cada uno de los cónyuges respecto de sus dos hijos. Y lo hace por días de la semana, desestimando la fijación por semanas solicitada por el Ministerio Fiscal. Lunes y martes con la madre, y miércoles y jueves con el padre, más un fin de semana alterno –desde el viernes a la salida del colegio hasta el lunes a la entrada-. Este esquema asegura “la regularidad en la vida de los niños de forma que determinadas actividades las vincularán con las estancias en casa del padre o en casa de la madre, creando referencias fijas” (FD 3º, párrafo quinto).

El criterio de reparto de gastos que acoge la Sentencia es el siguiente: “cada progenitor deberá soportar y sufragar los gastos de manutención de sus hijos cuando permanezcan con él y en cuanto a los demás gastos de los menores deberán ser satisfechos por mitad entre ambos padres” (FD 4º, párrafo segundo). Echamos en falta un mayor detalle en la distribución de los gastos, ya

que el concepto de alimentos no se limita a la manutención, sino que comprende además vestido, asistencia médica y educación (art. 142 CC y 259 CF). Por otro lado, a los gastos ordinarios de alimentos hemos de añadir aquellos extraordinarios, de estricta necesidad pero imprevistos, los cuales serán igualmente sufragados en función de la capacidad económica de cada progenitor (art. 146 CC y art. 267 CF).

La SAP Albacete, Civil, 1.3.1993 (AC 292; MP: Emigdio Cano Moreno) considera que los gastos del menor originados por enfermedades y tratamientos médicos sí son gastos extraordinarios de alimentos por ser imprevistos. Sin embargo, esta Sentencia no considera alimentos, ni ordinarios ni extraordinarios, los gastos derivados de viajes de formación, recreo y estudios, puesto que, a pesar de su habitualidad, no son estrictamente necesarios. Además, su autorización cae dentro de las facultades de la patria potestad, generalmente compartida por los progenitores. “[U]na autorización genérica y sin limitaciones de los mismos, podría generar si se hiciese un amplio uso de tal facultad, un grave desequilibrio económico en el patrimonio de alguno de los padres” (FD 5º).

La SAP Castellón, Civil, Sec. 3ª, 10.4.2003 (AC 846; MP: José Manuel Marco Cos) compara las rentas del trabajo del padre con las de la madre y su declaración del Impuesto sobre el Patrimonio. De ello concluye una capacidad económica mayor del marido, que se traduce en aportaciones mensuales distintas al fondo común de alimentos de sus hijos: 60% el padre (216 €) y 40% la madre (144 €) (FD 2º).

La SAP Barcelona de 20.2.2007 en su FD 3º reconoce que la regulación aplicable es la contenida en el *Codi de Família*, pero ésta no contempla la custodia compartida de forma expresa, por lo que en su lugar aplica el CC. Es más, el tribunal fundamenta su decisión en el art. 92.8 CC, a pesar de que dicho precepto no había entrado en vigor en el momento de interposición del recurso de apelación. Ello es contrario a la [Disposición Transitoria Única de la Ley 15/2005](#), la cual únicamente prevé la aplicación retroactiva de sus disposiciones en cuanto a las causas de separación y divorcio y el plazo mínimo para interponer la acción.

Si bien la solución material alcanzada es la más adecuada, puesto que protege el interés superior del menor, el tribunal podría haber resuelto en el mismo sentido sin necesidad de abandonar el Derecho civil catalán. Como hemos señalado arriba, los [arts. 76.1.a\), 77, 78 y 79 CF](#) permiten decidir al juez en caso de desacuerdo entre los cónyuges.

2. Fundamento de la custodia compartida: el interés superior del menor

Antes de realizar cualquier consideración, cabe señalar dos premisas sobre el interés del menor. En primer lugar, “[e]l menor es, ante todo, persona”. La protección de su ser o esencia de persona conduce a la salvaguarda de los derechos fundamentales de la persona y de los demás derechos que le son reconocidos en nuestro ordenamiento jurídico (RIVERO, 2000, p. 108). Además, el menor es “una realidad humana en devenir”. Su desarrollo futuro es una necesidad actual que hay que garantizar. Los “derechos para el desarrollo” (*developmental rights*) son derechos instrumentales que operan en un doble plano, ya que atienden tanto los intereses tanto del adulto futuro como del niño actual (RIVERO, 2000, p. 113).

La STS 1ª, 17.9.1996, FD 2º IV (Ar. 6722; MP: Eduardo Fernández-Cid de Temes) establece que “el interés superior del menor como principio inspirador de todo lo relacionado con él, que vincula al juzgador, a todos los poderes públicos e, incluso, a los padres y ciudadanos, con reconocimiento pleno de la titularidad de derechos en los menores de edad y de una capacidad progresiva para ejercerlos, de manera que han de adoptarse aquellas medidas que sean más adecuadas a la edad del sujeto, para ir construyendo progresivamente el control acerca de su situación personal y proyección de futuro, evitando siempre que el menor pueda ser manipulado, buscando, por el contrario, su formación integral y su integración familiar y social (...)”.

2.1. El interés superior del menor en nuestro ordenamiento jurídico

El Principio 3:3 de los *Principles of European Family Law regarding Parental Responsibilities* dispone que el interés superior del menor sea la consideración primordial en todas aquellas materias relativas a la responsabilidad parental². La función de estos principios es orientar a los legisladores nacionales en su tarea de modernización del Derecho de familia, si bien tanto el legislador estatal como el catalán ya lo habían adoptado como principio rector en las relaciones paterno-filiales.

Para que, a solicitud de uno solo de los cónyuges, el juez acuerde la custodia compartida, nuestro CC establece como criterio preferente la defensa del interés superior del menor. Así, el art. 92.8 CC dispone:

“(...) fundamentándola en que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor”.

Es, por tanto, éste el principio vertebrador en materia de responsabilidad parental. A título de ejemplo, el [Reglamento comunitario 2201/2003](#)³ acoge este principio en sus normas de competencia judicial internacional. También el [Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, hecho en La Haya el 25 de octubre de 1980](#), lo recoge en su preámbulo: “(...) los intereses del menor son de una importancia primordial para todas las cuestiones relativas a su custodia”. Igualmente, la [Convención sobre los Derechos del Niño, hecha en Nueva York el 20 de noviembre de 1989](#) (en adelante, CNUDI), incorpora este principio en su articulado (arts. 3, 9, 18, 20, 21, 37 y 40), el cual ya había sido invocado por la [Declaración de los Derechos del Niño, aprobada por Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas 1386 \(XIV\), de 20 de noviembre de 1959](#), en su principio segundo y, muy especialmente, en su principio séptimo:

² “Principle 3:3 Best interest of the child: In all matters concerning parental responsibilities the best interests of the child should be the primary consideration”.

³ Reglamento (CE) N° 2201/2003 del Consejo de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) N° 1347/2000 (DOUE núm. L 338, de 23 de diciembre de 2003).

“El interés superior del niño debe ser el principio rector de quienes tienen la responsabilidad de su educación y orientación; dicha responsabilidad incumbe, en primer término, a sus padres”.

Por su parte, la [Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil](#) (BOE núm. 15, de 17.1.1996) introduce también el principio del interés superior del menor en su art. 2:

“En la aplicación de la presente Ley primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir”.

Por último, el art. 3 de la [Ley catalana 8/1995, de 27 de julio, de atención y protección de los niños y adolescentes y de modificación de la Ley 37/1991, de 30 de diciembre, sobre medidas de protección de los menores desamparados y de la adopción](#) (DOGC núm. 2083, de 2.8.1995), amplía el alcance de este principio, pues lo refiere tanto a actuaciones de poderes públicos (art. 3.1 CNUDI) como de particulares. Además, esta Ley pauta la determinación del interés superior del menor:

“Para la determinación de este interés se tendrá en cuenta, en particular, los anhelos y las opiniones de niños y adolescentes, y también su individualidad dentro del marco familiar y social”.

El interés superior del menor o *favor filii* es un concepto jurídico indeterminado, que, como hemos visto, muchas normas invocan pero ninguna define. Como concepto jurídico indeterminado, corresponde al juez aplicarlo a un caso concreto para identificar la única solución válida.

2.2. Evolución histórica del interés superior del menor

a. España

La concepción del interés superior del menor ha evolucionado a lo largo del tiempo. El CC de 1889 preveía, en casos de separación y nulidad del matrimonio, que la atribución de la custodia se llevara a cabo en función de la edad y el sexo de los hijos. Así, hijas e hijos menores de siete años siempre quedaban al cuidado de la madre. A partir de los siete años, entraba en juego la buena fe o inocencia de los cónyuges, según fuera nulidad o separación respectivamente. De este modo, todos los hijos quedaban bajo la guarda del cónyuge de buena fe o inocente. Si ambos actuaron de buena fe o eran inocentes, los hijos quedaban a cargo del padre y las hijas de la madre (arts. 70 y 73 CC en su redacción original).

La [Ley 30/1981, de 7 de julio](#) (BOE núm. 172, 20.7.1981), integró en nuestra legislación el criterio de otorgar la custodia al progenitor más idóneo sin tener en cuenta de forma genérica la causa que había provocado la ruptura de la pareja (TAMBORERO Y DEL RÍO, 2003, p. 516).

b. Estados Unidos

Hasta bien entrado el s. XIX, en los Estados Unidos de América, la tradición del *common law* concedía al padre un derecho preferente al de la madre sobre la custodia de los hijos comunes, con fundamento en que el marido recibía los bienes adquiridos durante el matrimonio. Se entendía que los hijos constituían un activo patrimonial del padre y, por lo tanto, sujeto a su custodia en caso de ruptura matrimonial (HARRIS, TEITELBAUM y CARBONE, p. 621). De forma excepcional, algunos tribunales habían otorgado la custodia a la madre, arguyendo que el padre no estaba suficientemente cualificado para cuidar de sus hijos: *Nickols v. Giles* (Connecticut, 1796) y *Commonwealth v. Addicks* (Pennsylvania, 1813).

Joel Prentiss BISHOP tildó de siniestro⁴ el derecho del padre en sus *Commentaries on the Law of Marriage and Divorce* (1864) y señaló que las madres debían tener preferencia en la custodia de los hijos de “tierna edad” (*tender years*), sobre todo de las hijas.

Uno de los puntos de inflexión en el derecho de familia estadounidense fue la transición de un derecho casi absoluto del padre sobre la custodia de sus hijos al uso de la doctrina del interés superior del menor (*best interests standard*). Esta transición implicó, a su vez, una mayor discrecionalidad de los jueces a la hora de resolver cuestiones de atribución de la custodia. Con la regla anterior, la resolución de los casos era prácticamente automática, mientras que la introducción del nuevo estándar hizo necesaria su definición y acotamiento.

Bajo este nuevo principio, la presunción de custodia paterna se sustituyó por la materna en los casos de niños de “tierna edad” (*tender years presumption*). Los tribunales adoptaron progresivamente este criterio, aunque con una interpretación muy elástica del concepto: en el asunto *Carr* (1872), la Corte Suprema de Virginia transfirió la custodia sobre una niña de cuatro años de la madre al padre entendiéndolo que la “tierna edad” se había superado⁵. Sin embargo, en *Jenkins v. Jenkins* (1921), la Corte Suprema de Wisconsin afirmó que no podía haber sustituto del amor maternal durante los años de crianza⁶. La doctrina jurisprudencial sobre la preferencia materna en la custodia de niños de “tierna edad” derivó a la preferencia materna en general, con independencia de la edad de los hijos. Por tanto, el viejo criterio de la preferencia paterna acabó invirtiéndose (COCHRAN, p. 9).

Durante las décadas de 1960 y 1970 los tribunales abandonaron la preferencia materna en la custodia de los hijos, porque consideraron que ésta no se alineaba con el principio del interés superior del menor. Así, en *Marriage of Bowen* (1974), la Corte Suprema de Iowa sostuvo que la

⁴ “In this doctrine, the common-law wears somewhat the grim aspect put on it in its early days by reason of its dwelling among baronial castles, in contact with feudal manners, tossed in the storms, and torn in the outbursts, of half-civilized life”.

⁵ “The tender nursing period has passed by, and the time for moral training and impressions has arrived”.

⁶ “[N]othing can be an adequate substitute for mother love (...) She alone has the patience and sympathy required to mold and soothe the infant mind in its adjustment to its environment. The difference between fatherhood and motherhood in this respect is fundamental, and the law should recognize it unless offset by undesirable traits in the mother”.

preferencia materna estaba injustificada a priori⁷. Ante la indeterminación del alcance de este principio, una legislación sin precedentes fue la del Estado de Michigan, que en 1970 aprobó la *Child Custody Act*, cuya § 722.23⁸ fija minuciosamente el concepto legal de “interés superior del menor”.

Con posterioridad, y haciendo abstracción de cuestiones de género, los tribunales optaron por la *primary caretaker rule*, según la cual debía atribuirse la custodia al progenitor que había participado de forma más activa en el cuidado del menor. Esta regla conlleva la atribución de la custodia a la madre en la mayoría de casos.

De hecho, los *Principles of the Law of Family Dissolution* (2002) del *American Law Institute*, con la finalidad de guiar a los legisladores estatales, reformulan en su § 2.08⁹ la *primary caretaker rule* de manera que, en defecto de pacto en contrario, cada progenitor pase con los hijos un tiempo

⁷ “The inference that the best interests of younger children are served by placing them in their mother’s custody is simple not justified as an a priori principle”.

⁸ “As used in this act, “best interests of the child” means the sum total of the following factors to be considered, evaluated, and determined by the court:

- (a) The love, affection, and other emotional ties existing between the parties involved and the child.
- (b) The capacity and disposition of the parties involved to give the child love, affection, and guidance and to continue the education and raising of the child in his or her religion or creed, if any.
- (c) The capacity and disposition of the parties involved to provide the child with food, clothing, medical care or other remedial care recognized and permitted under the laws of this state in place of medical care, and other material needs.
- (d) The length of time the child has lived in a stable, satisfactory environment, and the desirability of maintaining continuity.
- (e) The permanence, as a family unit, of the existing or proposed custodial home or homes.
- (f) The moral fitness of the parties involved.
- (g) The mental and physical health of the parties involved.
- (h) The home, school, and community record of the child.
- (i) The reasonable preference of the child, if the court considers the child to be of sufficient age to express preference.
- (j) The willingness and ability of each of the parties to facilitate and encourage a close and continuing parent-child relationship between the child and the other parent or the child and the parents.
- (k) Domestic violence, regardless of whether the violence was directed against or witnessed by the child.
- (l) Any other factor considered by the court to be relevant to a particular child custody dispute”.

⁹ “(1) Unless otherwise resolved by agreement of the parents ..., the court should allocate custodial responsibilities so that the proportion of custodial time the child spends with each parent approximates the proportion of time each parent spent performing caretaking functions for the child prior to parents’ separation... except to the extent required under § 2.11 [where there is credible evidence of abandonment, domestic abuse or other serious misconduct by a parent] or necessary to achieve one or more of the following objectives:

- (a) to permit the child to have a relationship with each parent which, in the case of a legal parent or a parent by estoppel who has performed a reasonable share of parenting functions, should be not less than a presumptive amount of custodial time set by a uniform rule of statewide application;
- (b) to accommodate the firm and reasonable preferences of a child who has reached a specific age, set by an uniform rule of statewide application;
- (c) to keep siblings together when the court finds that doing so is necessary to their welfare;
- (d) to protect the child’s welfare when the presumptive allocation under this section would harm the child because of a gross disparity in the quality of the emotional attachment between each parent and the child or in each parents’ demonstrated ability or availability to meet the child’s needs;
- (e) to take into account any prior agreement ...;
- (f) to avoid an allocation of custodial responsibility that would be extremely impractical or that would interfere substantially with the child’s need for stability ...;
- (g) [to deal with a parent’s proposed relocation] ...;
- (h) to avoid substantial and almost certain harm to the child”.

proporcional al que dedicó a su cuidado antes de la separación, aunque incluye abundantes excepciones a tal principio. Entre otras, con el fin de no separar a los hermanos, en caso de que la atribución sea emocionalmente perjudicial para el niño o para atender las preferencias del menor con edad suficiente.

2.3. El interés superior del menor en la elaboración de la ley

La redacción del art. 92 CC en el Anteproyecto de Ley era muy simple:

“Los padres podrán acordar o, en su caso, el juez podrá decidir, a instancia de parte y siempre en beneficio del menor, que la guarda de los hijos sea ejercitada por uno solo de ellos o conjuntamente, procurando no separar a los hermanos.

Antes..., el juez, de oficio o a instancia de parte, podrá recabar el dictamen de un facultativo”.

El Informe emitido por el Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Ley influyó de manera decisiva en la redacción que el Proyecto de Ley dio a este precepto. El Informe sugirió que el precepto recogiese el interés superior del menor de una forma mucho más completa y garantista, con el objetivo de vetar la custodia compartida en determinados supuestos. El Informe aconsejó que fuera “el juez quien, en cada caso, valore la conveniencia, o no, de la custodia compartida en sus distintas modalidades, teniendo en cuenta conjuntamente el interés del menor (...) y la concreta situación real entre los padres”.

El redactado del art. 92 CC en el Proyecto de Ley fue el siguiente:

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

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

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

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

En la propuesta de convenio regulador o a instancia de uno de los padres, podrá solicitarse que el juez, previo informe del Ministerio Fiscal, decida en interés exclusivo de los hijos, valorando la relación que los padres mantengan entre sí, tras oír a los mayores de 12 años y, si lo considera preciso, a los menores que tengan suficiente juicio, que la guarda de estos sea ejercida por uno de ellos o conjuntamente.

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

Cuando, a petición de parte, el juez acuerde la guarda conjunta, deberá fundamentar su resolución en la mejor protección del interés del menor. Además, deberá adoptar las cautelas procedentes para el eficaz cumplimiento del régimen de guarda.

En todo caso, se procurará no separar a los hermanos.

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

Entre las garantías adoptadas en el Proyecto, el Gobierno incluyó la prohibición de conceder la custodia compartida si alguno de los progenitores estaba 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. Según RIVERA ÁLVAREZ (2005, p. 162), esta garantía adicional puede generar el incentivo perverso de que el cónyuge que no desee la custodia compartida realice denuncias falsas para evitar que ésta se acuerde.

Durante la tramitación parlamentaria del Proyecto de Ley¹⁰, la nueva redacción del art. 92 CC fue objeto de discusión tanto en el Congreso como en el Senado. En particular, la introducción de la guarda y custodia compartida impuesta por el juez resultó polémica y la redacción final es fruto del consenso entre las diversas propuestas formuladas por las fuerzas políticas.

Las enmiendas formuladas al artículo 92 CC son las siguientes¹¹:

- a) Un primer grupo exigían el acuerdo de los padres para la adopción del régimen de custodia compartida, sin posibilidad de fuera impuesta por el juez a petición de uno solo de los cónyuges.

Enmienda núm. 30 del Grupo Parlamentario Mixto, enmienda núm. 40 del Grupo Parlamentario Vasco (EAJ-PNV), enmienda núm. 81 del Grupo Parlamentario Popular, todas ellas presentadas en el Congreso, y enmienda núm. 26 del Grupo Parlamentario Popular en el Senado.

- b) Un segundo grupo pretendía suprimir el carácter excepcional de la medida.

Enmienda núm. 4 del Grupo Parlamentario de Senadores de Coalición Canaria y enmienda núm. 5 del Grupo Parlamentario en el Senado Entesa Catalana de Progrés. Incluso, la enmienda núm. 59 del Grupo Parlamentario en el Congreso de Coalición Canaria propone que, a falta de acuerdo entre los cónyuges, la guarda compartida sea la solución que deba acordar el juez con carácter preferente.

- c) Un tercer grupo son las orientadas a reforzar las **garantías y cautelas** con el objeto de limitar los casos posibles de custodia compartida:

La enmienda núm. 32 del Grupo Parlamentario Mixto en el Congreso lista los elementos que el juez valorará cuando otorgue la custodia compartida.

Las enmiendas núm. 57 y 58 del Grupo Parlamentario en el Congreso de Coalición Canaria requiere que los cónyuges que opten por la custodia compartida se sometan a mediación.

¹⁰ BOCG - Congreso de los Diputados. VIII Legislatura, de 1.12.2004, con el número 121/000016.

¹¹ BOCG - Congreso de los Diputados. VIII Legislatura, Serie A, Núm. 16-8, de 15.3.2005; y BOCG - Senado. VIII Legislatura, Serie II, Núm. 14 (c), de 26.5.2005.

- d) Por otro lado, el Grupo Parlamentario Popular (enmiendas núm. 81 en el Congreso y núm. 24 en el Senado) introduce la necesidad de un **Plan de Responsabilidad Parental** que comprenda el reparto del tiempo entre los cónyuges e incluya acuerdos sobre la vivienda habitual, la pensión alimenticia y otros extremos necesarios para el bienestar del menor. En Francia, la reforma de 2002 del *Code Civil* sí que obliga a los progenitores a presentar un plan de corresponsabilidad, plan que el juez puede aprobar o rechazar¹². Por su parte, la enmienda núm. 1 del Grupo Parlamentario Mixto en el Senado obliga al juez a “fijar con precisión el modo en que se armonizará la actuación de ambos progenitores”.

Finalmente, cabe resaltar que la enmienda núm. 48 del Grupo Parlamentario Socialista en el Congreso es el texto hoy vigente del art. 92 CC.

3. Análisis económico de la custodia compartida

La posibilidad de acordar la guarda y custodia compartida había existido siempre, pero no fue hasta la reforma del Código Civil con la Ley 15/2005 que se empezó a considerar relevante. La Ley 15/2005, que tiene como objetivo alinear los intereses de los cónyuges que solicitan el divorcio¹³, permite que la custodia compartida se pacte expresamente y, como novedad, que el juez la imponga a solicitud de uno de los cónyuges.

Tras la aprobación de la Ley 30/1981, la posición predominante de los jueces había sido atribuir la guarda y custodia a uno de los progenitores, preferentemente la madre, con su correlativo uso de la vivienda familiar y el pago por parte del padre de una pensión de alimentos a favor de los hijos. La consecuencia que producía este sistema era que el padre, sometido a un régimen de visitas, podía experimentar un sentimiento de frustración por el pago de una pensión que consideraba desproporcionada en relación con el tiempo que podía pasar con sus hijos.

Hay dos razones que explican la atribución mayoritaria de la custodia a la madre: la mayor dedicación de la madre al cuidado de los hijos durante el matrimonio; y el hecho que los padres, en muchas ocasiones, se desentienden y no luchan por la guarda y custodia de sus hijos.

“En 2002, las rupturas pactadas alcanzaron el 64%. Pero en el 93% de estos convenios se acordó que la custodia la ejerza la madre, lo que supone que gran parte de los hombres se autoexcluyen. Aún existiendo acuerdo, sólo el 5% de los padres pidió hacerse cargo de los niños en su vida cotidiana. La

¹² Art. 373-2-7 del *Code Civil* [art. 5 *Loi n° 2002-305 du 4 mars (JO du 5 mars 2002)*]: “*Les parents peuvent saisir le juge aux affaires familiales afin de faire homologuer la convention par laquelle ils organisent les modalités d'exercice de l'autorité parentale et fixent la contribution à l'entretien et à l'éducation de l'enfant. Le juge homologue la convention sauf s'il constate qu'elle ne préserve pas suffisamment l'intérêt de l'enfant ou que le consentement des parents n'a pas été donné librement*”.

¹³ Véase Laura ALASCIO CARRASCO e Ignacio MARÍN GARCÍA (2007), “[Contigo o sin ti: regulación del divorcio e incentivos a pedirlo](#)”, en *InDret 1/2007*.

quiebra se produjo en las rupturas sin acuerdo: el 22% de los padres pidió la guarda de los hijos, mientras que sólo el 1% optó por la custodia compartida¹⁴.

3.1. Efectos del divorcio: custodia compartida y transferencia de riqueza

La atribución de la custodia a uno solo de los cónyuges lleva aparejada la asignación del uso de la vivienda familiar (art. 96 CC y 83 CF). En vista de que se ha venido atribuyendo a la madre, ésta partía de una posición negociadora más fuerte¹⁵. La custodia compartida quiebra este criterio de asignación del uso del domicilio y equilibra la situación negocial. Con todo, pueden producirse los incentivos perversos siguientes:

- a) Que el padre solicite la custodia compartida para que no se otorgue a la madre el uso de la vivienda.
- b) Que la madre ceda parte de los activos patrimoniales con tal de que se le otorgue la custodia sólo a ella (BRINIG y BUCKLEY, 1998, p. 397).

Estas predicciones son consistentes con el teorema de Coase¹⁶, según el cual las leyes que determinan la custodia son irrelevantes, ya que el hijo acabará “en manos” del progenitor que más lo valore, es decir, aquél que esté dispuesto a intercambiar mayor número de activos para conseguir la custodia (BRINIG y BUCKLEY, 1998, p. 400).

Por esta razón, contra la custodia compartida puede objetarse que promueve las transferencias de riqueza entre cónyuges utilizando a los niños como moneda de cambio. Esta aproximación utilitarista se considera errónea porque se centra en el interés individual de cada cónyuge y prescinde del bienestar del menor, quien en una mayoría de casos prefiere gozar de la compañía de sus dos progenitores.

3.2. Función de utilidad altruista del progenitor

Proponemos una aproximación diferente a la custodia compartida, pues hay que tener en cuenta que la felicidad de los hijos afecta a la de los padres. De esta manera, el bienestar de un hijo será una variable en la función de utilidad de la madre o del padre: la denominada **función de utilidad interdependiente** o **altruista**, aquélla que incorpora la función de utilidad de un sujeto diferente. Así, los progenitores desean alcanzar soluciones que aumenten la felicidad de sus hijos,

¹⁴ *El País*, 27 de noviembre de 2004, p. 30.

¹⁵ No hay una presunción legal de custodia materna, pero ésta ha sido la tónica habitual mantenida por nuestros tribunales. En muchas jurisdicciones de Estados Unidos sí existía esta presunción (Ark. Code Ann., § 9-13-101; Va. Code Ann. § 20-107.2), que fue paulatinamente sustituida por reglas neutrales en cuanto al género. Así, por ejemplo, la *primary-caretaker rule*, el cónyuge que durante el matrimonio se ocupó del cuidado del menor será el que reciba su custodia.

¹⁶ Si los costes de transacción son inexistentes o bajos, las partes llegarán a un resultado eficiente con independencia de la asignación inicial de recursos.

puesto que ello redundaría en su propio bienestar. La función de utilidad altruista se puede representar de la siguiente manera:

$$U_p = f(C_p, \alpha U_h)$$

La utilidad del progenitor (U_p) depende de su consumo (C_p), así como de la utilidad de su hijo (U_h) en la proporción α (BECKER, 1993, p. 278). Es decir, el progenitor será más “feliz” si consume más, pero también si su hijo es más feliz. De igual forma, la restricción presupuestaria de cada progenitor incluirá una fracción δ de su renta destinada al consumo de su hijo, lo cual incrementa el bienestar de ambos.

El hecho de que el progenitor incorpore en su función de utilidad la de su hijo implica que deberá internalizar todas las **externalidades**¹⁷ producidas por él y que afecten a su hijo. De esta manera, el progenitor actuará de forma tal que sus acciones no representen una externalidad negativa hacia su hijo, ya que él también se verá afectado por esta pérdida de bienestar del hijo en la proporción α .

Una razón por la cual los progenitores no actúan siempre de acuerdo con lo que este modelo predice es que, además de incorporar la función de utilidad de su hijo, incorporan también la de su excónyuge (U_p'), de la cual depende negativamente en la proporción γ . Es decir, el mayor bienestar del otro cónyuge le afecta negativamente, por lo que pueden producirse conductas no deseables para el hijo, en particular, comportamientos no cooperativos con el otro.

$$U_p = f(C_p, \alpha U_h, -\gamma U_p')$$

Sin lugar a dudas, la separación o el divorcio producen una externalidad negativa sobre los hijos de la pareja, lo cual conlleva que U_h disminuya y, por ello, U_p también lo haga en la proporción α . Por tanto, los padres intentarán minimizar las consecuencias negativas de la crisis matrimonial sobre sus hijos. La SAP Barcelona de 20.2.2007 valora esta circunstancia, a pesar de que no utilice el concepto “externalidad”, cuando enumera las ventajas de la custodia compartida (*v. supra* 3).

En definitiva, la mejora del bienestar del niño repercute directamente, como es natural, en el de cada uno de sus progenitores. Sentado esto, examinaremos los efectos de la función de utilidad altruista sobre las conductas de los padres antes y después de la crisis matrimonial.

¹⁷ Una externalidad es un efecto sobre un tercero derivado de una transacción en la que no ha participado. Una externalidad positiva es aquella que incrementa el bienestar del tercero, mientras que una externalidad negativa lo disminuye.

a. Teoría del vínculo (*bonding theory*)

El contrato de matrimonio sólo es susceptible de cumplimiento voluntario, ya que la ejecución in natura (que los cónyuges sigan casados) resulta imposible. Además del cumplimiento voluntario, los cónyuges pueden optar por exigir su terminación o suspender su ejecución acordando la separación (ALASCIO CARRASCO y MARÍN GARCÍA, 2007, p. 5).

Una “estrategia de vinculación” (*bonding strategy*) es un mecanismo adoptado voluntariamente por una parte para señalar su voluntad de cumplir un contrato no ejecutable. La característica de esta estrategia radica en que es costosa para la parte que la adopta, y, por tanto, es creíble para la otra parte.

Como el contrato matrimonial no es ejecutable, la posibilidad de que en caso de crisis matrimonial las partes (o, en su caso el juez) puedan acordar la custodia compartida puede tener efectos beneficiosos incluso antes de la ruptura:

1. La anticipación de la custodia compartida ofrece incentivos a establecer relaciones más estrechas con los hijos que perdurarán incluso en caso de divorcio, ya que ambos progenitores participarán activamente en la vida de los menores (BRINIG y BUCKLEY, 1998, p. 402), cosa que no ocurre con el derecho de visita. De esta manera, aun después del divorcio los progenitores desearán una mayor relación con sus hijos que no se limite al derecho de visita.
2. Esta misma anticipación fomentará actitudes menos belicosas y más cooperativas, entre los cónyuges que, si desean este régimen, deberán cuanto menos tratar de cooperar con el objeto de llegar a soluciones que satisfagan a ambos.

Los cónyuges podrían incluso pactar en capitulaciones matrimoniales que en caso de crisis acordarán la custodia compartida de sus hijos. Este pacto sería válido en virtud del art. 1255 CC según el cual serán válidos todos los pactos que no sean contrarios a la ley, la moral o el orden público. No obstante, en caso de separación o divorcio dicho pacto no sería ejecutable de forma automática sino que debería ser ratificado por las partes en el convenio regulador (art. 90.a CC) y homologado por el juez, cuya prioridad principal es asegurar el interés superior del menor.

b. Problemas de información asimétrica (*monitoring theory*)

Disuelto el matrimonio o separados los cónyuges, se produce una situación de asimetría informativa en los casos en los que se atribuye la custodia a uno solo de los cónyuges, y el otro está obligado a pagarle una pensión por los alimentos del hijo, puesto que el cónyuge deudor no puede conocer en qué gasta el cónyuge acreedor la pensión. Con frecuencia, este desconocimiento viene acompañado de la sensación de que en realidad está pagando más de lo

necesario. En este contexto surge el denominado problema del principal-agente¹⁸, siendo el progenitor no custodio el principal y el custodio el agente (BRINIG y BUCKLEY, 1998, p. 409).

La custodia compartida reduce el problema de agencia, ya que ambos progenitores pasan el mismo tiempo con sus hijos y pueden colaborar activamente en su crecimiento, sin que uno de ellos deba supervisar el comportamiento del otro.

3.3. *Clean break* y custodia compartida

La custodia compartida favorece una institución desconocida como tal en nuestro ordenamiento, pero que varias reformas del Derecho de familia hacen intuir una tendencia a asumirla: el denominado *clean break*.

El art. 85.2 del *Codi de Família* permite sustituir el pago de la pensión por la entrega de bienes en dominio. Asimismo, la Ley 15/2005 reformó el art. 97 CC en el sentido de admitir expresamente la temporalidad y el pago único de la pensión compensatoria.

En Derecho inglés, una *clean break order* es una resolución mediante la cual el juez intenta eliminar obligaciones patrimoniales periódicas entre los cónyuges (HERRING, 2004, p. 199). El tribunal podrá acordarlas teniendo en cuenta los criterios previstos en la § 25 de la *Matrimonial Causes Act (1973)*. Los medios de ejecución son varios: la entrega de una cantidad alzada, adjudicaciones de inmuebles o, en caso de que no sea posible, pagos periódicos durante un tiempo determinado (por ejemplo, dos años). Cabe resaltar que este tipo de *orders* son adecuadas sólo cuando el cónyuge deudor tiene medios para poder cumplirlas, así lo entendió la *House of Lords* en su sentencia de 26.10.2000, que resolvía el caso *White v. White*.

Esta clase de acuerdos son apropiados en caso de matrimonios de corta duración, sin hijos, y con cónyuges cuyas carreras profesionales están bien establecidas, o cuando existe antagonismo entre los cónyuges. Son, sin embargo, inapropiadas en casos de matrimonios largos, o cuando existe incertidumbre sobre el futuro económico del cónyuge acreedor. Distinción que estableció la *House of Lords* en los casos *Miller v. Miller* y *McFarlane v. McFarlane*, resueltos conjuntamente el 24.5.2006¹⁹.

La custodia compartida no guarda relación directa con las *clean break orders*, en el sentido de que éstas regulan un aspecto patrimonial de la crisis de pareja y aquélla un aspecto personal. Ahora bien, la regulación de los regímenes de custodia prevé ciertas consecuencias patrimoniales, y la custodia compartida puede, y, de hecho, debe eliminar esas consecuencias. Por tanto, este régimen de guarda de los menores favorece que los excónyuges queden desligados

¹⁸ El problema principal-agente consiste en la dificultad de diseñar un sistema de incentivos tal que el agente (persona que recibe un encargo) actúe en interés del principal (persona que hace el encargo) y no en interés propio. Este problema es especialmente relevante cuando el cumplimiento del contrato no es verificable (STIGLITZ, 1988).

¹⁹ *Miller v. Miller and McFarlane v. McFarlane* [2006] UKHL 24.

patrimonialmente el uno respecto del otro, mientras que los lazos afectivos con sus hijos se mantienen.

4. Conclusión

La introducción expresa de la custodia compartida por la Ley 15/2005 rompe la dicotomía hasta ahora mantenida entre la custodia encomendada a un solo progenitor y el derecho de visita del otro progenitor. Para los hijos, la custodia compartida posibilita el desenvolvimiento de las relaciones paterno-filiales con ambos progenitores, ya que el menor no es privado de la compañía habitual de ninguno de sus padres.

Ahora bien, esta modalidad de custodia requiere para su éxito de especial dedicación y empeño por parte de los protagonistas de la crisis matrimonial, pues es imprescindible dotar al menor de equilibrio suficiente en su vida cotidiana. Uno de los obstáculos de la custodia compartida es la falta de espíritu cooperativo de los padres, quienes, por encima de cualesquiera otros intereses, deben velar por el bienestar emocional y físico de sus hijos.

Sin embargo, el escollo principal a esta modalidad de custodia es el elevado coste económico que supone a causa de la duplicación de gastos y de la generación de gastos nuevos, como el derivado de adquirir una vivienda con unas características y ubicación determinadas.

No obstante, la custodia compartida no es intrínsecamente beneficiosa ni perjudicial. Su funcionamiento depende en buena medida de la adecuación de los progenitores para su ejercicio, así como de sus circunstancias. Por ello, se hace necesario el control judicial sobre la autonomía de los cónyuges, ya que éstos pueden hacer un uso nada ortodoxo de su libertad de decisión. En otras palabras, los cónyuges pueden posicionarse a favor o en contra en función de intereses puramente personales sin priorizar el interés superior del menor y será el juez el que, en última instancia, lo proteja.

Por último, al margen de su conveniencia o no a un caso concreto, bien calibrada, la figura de la custodia compartida debe ser valorada positivamente:

5. *Tabla de sentencias citadas**Tribunal Supremo*

<i>Resolución y fecha</i>	<i>Ref.</i>	<i>Magistrado Ponente</i>
STS 1ª, 17.9.1996	Ar. 6722	Eduardo Fernández-Cid de Temes

Audiencias Provinciales

<i>Resolución y fecha</i>	<i>Ref.</i>	<i>Magistrado Ponente</i>
SAP Albacete, Civil, 1.3.1993	AC 292	Emigdio Cano Moreno
SAP Girona, Civil, 9.2.2000	AC 184	José Isidro Rey Huidobro
SAP Girona, Civil, Sec. 2ª, 25.2.2001	AC 1827	José Isidro Rey Huidobro
SAP Castellón, Civil, Sec. 3ª, 10.4.2003	AC 846	José Manuel Marco Cos
SAP Córdoba, Civil, Sec. 1ª, 16.12.2003	JUR 2004\20303	Pedro Roque Villamor Montoro
SAP Barcelona, Civil, Sec. 12ª, 12.3.2004	JUR 120441	Juan Miguel Jiménez de Parga Gastón
SAP Barcelona, Civil, Sec. 12ª, 9.6.2004	JUR 208661	Antonio López-Carrasco Morales
SAP Barcelona, Civil, Sec. 18ª, 22.7.2004	JUR 217508	Ana Mª García Esquiús
SAP Baleares, Civil, Sec. 5ª, 17.9.2004	JUR 287192	Mariano Zaforteza Fortuny
SAP Madrid, Civil, Sec. 24ª, 18.11.2004	JUR 2005\37062	Rosario Hernández Hernández
SAP Barcelona, Civil, Sec. 18ª, 20.2.2007	JUR 101427	Enric Anglada Fors

Jurisdicciones estadounidenses

<i>Caso</i>	<i>Ref./Fecha</i>
<i>Nickols v. Giles</i>	2 Root 461 (Conn. 1796)
<i>Commonwealth v. Addicks</i>	5 Binn. 519, 521 (Pa. 1813)
<i>Carr</i>	63 Va. (22 Gratt.) 168, 174 (1872)
<i>Jenkins v. Jenkins</i>	17 Wis. 592, 595, 181 N.W. 826, 827 (1921)
<i>Marriage of Bowen</i>	219 N.W.2d 683, 688 (Iowa 1974)

House of Lords

<i>Caso</i>	<i>Ref./ Fecha</i>
<i>White v. White</i>	No consta referencia., 26.10.2000
<i>Miller v. Miller, McFarlane v. McFarlane</i>	[2006] UKHL 24, 24.5.2006

6. Bibliografía

Laura ALASCIO CARRASCO e Ignacio MARÍN GARCÍA (2007), "Contigo o sin ti: regulación del divorcio e incentivos a pedirlo", en *InDret 1/2007* (www.indret.com).

Gary S. BECKER (1993), *A Treatise on the Family*, Harvard University Press, Cambridge (MA).

Margaret BRINIG and F.H. BUCKLEY (1998), "Joint Custody: Bonding and Monitoring Theories", *Indiana Law Journal*, vol. 73, p. 393.

Herminia CAMPUZANO TOMÉ (2005), "La custodia compartida. Doctrina jurisprudencial de las Audiencias Provinciales", en *Aranzadi Civil* núm. 22/2004.

Robert F. COCHRAN Jr. (1985), "The Search for Guidance in Determining the Best Interests of the Child at Divorce: Reconciling the Primary Caretaker and Joint Custody Preferences", *University of Richmond Law Review*, Vol. 20, Núm. 1, pp. 1 - 65.

COMMISSION ON EUROPEAN FAMILY LAW (2007), *Principles of European Family Law regarding Parental Responsibilities*, Intersentia, Oxford.

José Ramón DE VERDA Y BEAMONTE (coord.) (2006), *Comentarios a las Reformas de Derecho de Familia de 2005*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor.

Joel Prentiss BISHOP (1864), *Commentaries on the Law of Marriage and Divorce*, Little, Brown & Company, Boston.

Leslie Joan HARRIS, Lee T. TEITLBAUM & June CARBONE (2005), *Family Law*, Aspen, New York, 3rd Ed.

Jonathan HERRING (2004), *Family Law*, Longman, 2nd Ed.

Joaquín María RIVERA ÁLVAREZ (2005), "La custodia compartida: génesis del nuevo art. 92 del Código Civil", *Cuadernos de Trabajo Social*, Vol. 18, pp. 137-162.

Francisco RIVERO HERNÁNDEZ (2000), *El interés del menor*, Dykinson, Madrid.

Carlos ROGEL VIDE (2005), "En torno a la custodia compartida de los hijos de padres separados. Del Anteproyecto al Proyecto de Ley por la que se modifica el Código Civil en materia de separación y divorcio", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, enero-marzo, pp. 73-93.

Joseph E. STIGLITZ (1998), voz "Principal and agent (II)", en *The New Palgrave. A Dictionary of Economics*, vol. 3, Macmillan, Hong Kong, pp. 966-971.

Ramón TAMBORERO Y DEL RÍO (2003), "La guarda y custodia compartida", en ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE ABOGADOS DE FAMILIA, *Diez años de abogados de familia (1993-2002)*, La Ley, Getafe, pp. 515-519.

Hal R. VARIAN (2001), *Microeconomía intermedia. Un enfoque actual*, Antoni Bosch, Barcelona, 5ª ed.

ZARRALUQUI ABOGADOS y LLEDÓ ABOGADOS (2007), *El nuevo derecho matrimonial. Comentarios a las Leyes 13/2005, de 1 de julio, y 15/2005, de 8 de julio*, Dykinson, Madrid.