

La Guarda y Custodia compartida en la Ley aragonesa 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres
De: **María Pilar Marco Francia**, *Doctoranda en Derecho, Universidad de Castilla la Mancha. Abogada sin ejercicio, Fiscal Sustituta. /Junio 2011.*

1. Conceptos generales

Cuando hablamos de separación tanto de hecho como de derecho y de divorcio, todos conocemos parejas que han roto y cómo este hecho ha afectado a sus vidas y a la de sus hijos. Según **BEYEBACH**¹ un divorcio puede ser tan traumático como el fallecimiento de un familiar ya que hace que las relaciones interpersonales cambien mucho.

El impacto emocional de la ruptura

Aunque sea evidente, hay que señalar que es la pareja la que se separa o divorcia, no los hijos. Si bien los cónyuges tienen una sensación de pérdida y de fracaso en su relación con las expectativas que tenían formadas, la ruptura conyugal tiene un decidido impacto en los hijos.

BEYEBACH² señala como los más frecuentes: "Tristeza, abatimiento, ansiedad y miedo a nuevas pérdidas, culpa, hiperresponsabilidad, ira, agresividad, aislamiento social, problemas escolares, problemas de alimentación, alteraciones del sueño y síntomas psicósomáticos".

Para **POUSSIN**³ el niño está atrapado entre los 2 con sentimiento de culpa porque les quiere y no puede ayudar a la reconciliación.

Algunas cuestiones sociológicas

¿Han crecido los divorcios en la última década?

La ley aragonesa afirma que los supuestos de ruptura de la convivencia familiar han crecido notablemente en la última década, y sin duda, uno de los asuntos más delicados a resolver es el de la guarda y custodia de los hijos comunes, como bien señala la Ley en su preámbulo.

Los datos obtenidos del INE desde el año 1999 hasta los últimos datos disponibles, de 2009 del cómputo global de disoluciones matrimoniales, que incluyen divorcios, separaciones y nulidades, en el año 2009 el número están en términos muy similares a los del año 2001 y con respecto al año 1999 se habría incrementado en un 12%.

En el gráfico podemos ver el incremento en el número de separaciones, divorcios y nulidades que se produjo hasta el año 2007 y el descenso en los años 2008 y 2009.

¿Es la custodia compartida una importante demanda social?

Poniendo como ejemplo el año 2009, fecha en la que habían transcurrido 4 años desde la modificación del Código Civil respecto a la guarda y custodia compartida, **según datos del INE, hubo en España⁴ 98.207 divorcios.**

De esos divorcios se otorgó la custodia a la madre en 44.048, al padre en 2.918 y a ambos 5.046. Entendiendo que de esos 98.207 divorcios del año 2009 sólo en 55.681 existían hijos menores de edad o incapacitados, los porcentajes que nos resultarían serían: en 2009 se concedió la guarda y custodia a las madres en el 79,11% de los casos, al padre en un 5,22% de los casos, a ambos progenitores en el 9,06 % de los casos y a personas distintas de los padres en un 0,67% de las ocasiones⁵.

De esos someros datos, no puede deducirse la existencia de una importante demanda social, puesto que la custodia compartida supuso el año 2009 un 9% del total de rupturas de convivencia en las que se impuso, frente a un 79% de casos en que se otorgó a la madre.

El interés superior del menor

El interés del menor constituye para **RIVERO**⁶ en nuestro sistema jurídico “*un concepto jurídico indeterminado, por medio del cual la ley se refiere a una realidad cuyos límites no precisa con exactitud lo que intenta definir (...)*”

El principio de “favor filii” o interés superior del menor inspira nuestro ordenamiento jurídico y hace que todas las decisiones que se adopten en materia de familia tengan que ir dirigidas a primar los derechos de los hijos, particularmente en lo que se refiere a la modalidad de guarda y custodia a adoptar.

Lo que interesa es ***qué régimen de custodia va a ser el más favorable para el desarrollo del menor, independientemente de los móviles de los padres e incluso de los deseos del menor porque, lo que el hijo quiera no tiene porqué ser lo mejor para él***⁷.

Este principio, **según RIVERO**⁸, no va a prevalecer siempre.

La regla general será que éste ha de imponerse pero existirán casos concretos en los que habrá de ponderarse con otros intereses concurrentes y en virtud del principio de proporcionalidad, se valorará su no prevalencia y se justificará.

El interés del menor ha sido el único criterio legal⁹ que se regía en la a la hora de decidir el asunto de la guarda y custodia de los hijos menores en los procesos matrimoniales, si bien en la actualidad, con la Ley aragonesa 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres, el criterio de imposición de la guarda y custodia compartida como preferente es un nuevo criterio que se fundamenta en su aplicación, precisamente, en **el interés superior del menor ya que ayuda a mantener una relación equilibrada y continuada con ambos padres y en la corresponsabilidad parental al llevar a cabo los padres, su derecho-deber de crianza y educación de los hijos en ejercicio de la autoridad familiar.**

Hasta la fecha, **con la finalidad de concretar cual es el interés del menor** sobre su guarda y custodia en los supuestos de separación o divorcio, según RIVERO¹⁰ los tribunales valoran determinadas circunstancias en función del caso concreto:

- a.- Estabilidad material y emocional del menor,
- b.- la convivencia anterior con el progenitor,
- c.- el entorno socioeconómico o cultural, o
- d.- la mejor aptitud de la madre.

Patria potestad

Definición

El Tribunal Supremo, en sentencia de 8 de abril de 1975 define la patria potestad cómo:

*“Conjunto de derechos que la Ley concede a los padres sobre la persona y sobre los bienes de sus hijos en tanto son menores y no emancipados para facilitar el cumplimiento de los deberes de sostenimiento y de educación que pesan sobre dichos padres; y constituye una relación central de la que irradian multitud de derechos y deberes, instituidos todos, no en interés del titular, sino en el del menor”*¹¹.

Para MORÁN GONZÁLEZ¹² la patria potestad “puede ser genéricamente un conjunto de derechos y deberes que los padres tienen sobre sus hijos, con el fin de procurarles las atenciones necesarias en orden a su asistencia y formación, un derecho que se concede para el cumplimiento de una serie determinada de deberes, que pueden englobarse en dos: asistencia y formación integral en todos los aspectos de la vida.”

Es clarificadora **la opinión de RIVERO**¹³, para él patria potestad es “una función (responsabilidad) que el Estado, la sociedad, confían a los padres; pero el ámbito de poder que ese *officium* les confiere, y el interés de los padres en ese marco, no es ya en interés propiamente suyo, ni siquiera interés familiar, sino precisamente en interés del hijo menor (art. 154-2º **C.C.**).

Al Estado y a la sociedad les interesa cómo se forma y educa al menor, si goza y son respetados sus derechos fundamentales, cómo pasa de niño a ciudadano adulto, porque, además de su valor social, aquéllos (Estado, sociedad) habrán de aceptarlo en su ámbito como sujeto activo cuando deje de estar dirigido y controlado por sus padres; no podrán rechazarlo luego: es, pues, evidente el interés público implicado en esta cuestión”.

Sujetos a la patria potestad.

El art. 154 del C.C. establece que los hijos no emancipados estarán bajo la patria potestad de los padres.

Ejercicio de la patria potestad.

El ejercicio de la patria potestad comprende, según el art. 154 [C.C.](#), el deber de velar por los hijos¹⁴, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral y la facultad de ejercer la representación y administración de los bienes de sus hijos.

Los padres que tengan patria potestad ostentan la representación legal de sus hijos menores no emancipados. Y ello exceptuando:

- 1.- actos relativos a derechos de la personalidad
- 2.- o que el hijo pueda realizar por sí mismo (art. 162.1º C.C.),
- 3.- si existe conflicto de intereses entre padres e hijo (162.2º y 163 C.C.)
- 4.- y en lo que respecta a bienes excluidos de la administración de los padres.

Dicha patria potestad habrá de ejercerse siempre en beneficio de los hijos, de acuerdo con su personalidad, y con respeto a su integridad física y psicológica.

La autoridad familiar.

En el **Derecho civil aragonés** existe la institución de la "**autoridad familiar**¹⁵" que está regulada en el capítulo IIº de la [Ley 13/2006, de 27 de diciembre, de Derecho de la Persona](#), concretamente en los art. 60 a 80.

La autoridad familiar, que sería la institución aragonesa que se corresponde con **la patria potestad**, es ejercida por ambos padres (Art. 68 LDP), por uno sólo en caso de que se le haya privado o suspendido del ejercicio de la misma (art. 69 LDP), pero también puede corresponder a otras personas como el padrastro o la madrastra (art. 72 LDP), los abuelos (art. 73 LDP) o los hermanos mayores (art. 75 LDP)¹⁶.

La autoridad familiar se ejerce de manera personal e inexcusable, no se excluye la colaboración de otras personas en interés del menor (art. 61 LPD).

Los derechos y deberes que confiere el ejercicio de la autoridad familiar son los siguientes (art. 62 LDP):

- a) Tener en su compañía a los hijos,
- b) proveer a su sustento, habitación, vestido y asistencia médica, de acuerdo con sus posibilidades¹⁷,
- c) educarlos y procurarles una formación integral y
- d) corregirles de manera proporcionada con pleno respeto a su dignidad.

Guarda y custodia.

Definición.

Según **el Tribunal Supremo** en Sentencia de 19 de octubre de 1983, concretamente en su considerando 2º, el derecho de guarda y custodia es parte integrante de la patria potestad.

Para LATHROP¹⁸ la guarda y custodia desarrolla la función de carácter personal de la patria potestad y su eje principal radica en el aspecto personal del cuidado de los hijos.

GUILARTE¹⁹ define la guarda como "aquella potestad que atribuye el derecho a convivir de forma habitual con los hijos menores o incapacitados, bien de forma permanente hasta que recaiga nuevo acuerdo o decisión judicial (atribución unilateral a un progenitor), bien de forma alterna o sucesiva en los periodos prefijados convencional o judicialmente (guarda compartida alternativa) y abarca todas las obligaciones que se originan en la vida diaria y ordinaria de los menores: la alimentación, el cuidado, la atención, educación en valores, formación, vigilancia y, desde luego, la responsabilidad por los hechos ilícitos provocados por los menores interviniendo su culpa o negligencia."

Clases.

Podemos distinguir entre la "custodia unilateral" y la denominada comúnmente como "custodia compartida". **La guarda y custodia unilateral**²⁰ es según **LATHROP**²¹ en la que "el menor reside con uno de sus padres, quien le otorga el cuidado directo que dicha convivencia exige".

SAN SEGUNDO habla de guarda y custodia exclusiva como "aquella en la que la convivencia se atribuye a uno sólo de los progenitores, si bien el otro progenitor tiene un derecho de visitas, salvo que por concurrir alguna causa grave sea privado de la misma"

Por el contrario, entenderemos como guarda y custodia compartida²² cuando el cuidado de los menores se reparta entre ambos padres.

El Código Civil no nos proporciona una definición de guarda y custodia compartida, refiriéndose a esta figura con expresiones como: "ejercicio compartido de la guarda y custodia", "guarda conjunta" y "guarda y custodia compartida".

La guarda y custodia compartida es definida por **LATHROP**²³ como "aquel sistema familiar posterior a la ruptura matrimonial o de pareja que, basado en el principio de corresponsabilidad parental, permite a ambos progenitores participar activa y equitativamente en el cuidado personal de los hijos, pudiendo en lo que a residencia se refiere, vivir con cada uno de ellos durante lapsos sucesivos más o menos predeterminados."

Ventajas de la guarda y custodia compartida, según la [Ley aragonesa 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres](#).

Los hijos mantienen lazos de afectividad y una relación continuada con ambos padres,

Permite una mejor aceptación de la nueva situación familiar por parte de los hijos,

Ambos padres se implican de manera efectiva en todos los aspectos de la educación y desarrollo de los hijos.

Se reduce la litigiosidad entre los padres, dado que el otorgamiento de la custodia a uno solo de ellos en muchas ocasiones acrecienta los conflictos, debido a la desigualdad que se genera en el ámbito de las relaciones con los hijos.

Para LATHROP²⁴ las ventajas de la guarda y custodia compartida serían:

Es el sistema que más se apega a los principios de corresponsabilidad familiar coparentalidad. De esta forma, y mediando siempre un adecuado intercambio de información, ambos padres están más informados sobre las necesidades de los hijos favoreciendo la coparentalidad.

La custodia compartida mantiene la vigencia de 2 modelos adultos frente al hijo. Ambos padres mantienen una igualdad en el desarrollo del papel educativo y el hijo sigue manteniendo una relación igual con los padres, que puede contribuir en su vida futura, como ejemplo para que los hijos sean unos progenitores responsables en el futuro y enriqueciendo el mundo social, afectivo y familiar del hijo.

La custodia compartida es la modalidad que rescata y preserva la situación de vida del menor previa a la ruptura. Mantiene el menor la convivencia con su madre y su padre, no simultáneamente a través de la convivencia, pero sí durante lapsos más o menos alternados.

La custodia compartida aminora el divorcio entre hijo y padre o madre no custodio, y el sentimiento de pérdida del progenitor no custodio. Los efectos psicológicos de la ruptura sobre el menor son menores – y en mi opinión también sobre los progenitores, al eliminar en gran manera el sentimiento de vencedores (progenitor custodio) y vencidos (progenitor que no ha logrado la custodia), evitando alteraciones a nivel psicológico.

2. La guarda y custodia compartida en el Código Civil.

La cuestión de la guarda y custodia compartida se encuentra actualmente regulada por el art. 92 del [Código Civil](#) español, reformado por la [Ley 15/2005, de 8 de julio](#)²⁵, y que establece que, en defecto de acuerdo entre los padres se configura la guarda y custodia compartida **como excepcional, siendo necesario recabar informe favorable del Ministerio Fiscal**²⁶.

El [Código Civil](#) en su art. 91 establece que en las sentencias de nulidad, separación o divorcio, - y debemos añadir en las que se dirima la guarda y custodia en supuestos de cesación de la convivencia en parejas de hecho por analogía, puesto que aunque no exista vínculo conyugal, sí existirá el mismo problema de hecho, la existencia de una ruptura de pareja y de hijos habidos en la misma respecto de los cuales habrá que establecer un sistema de guarda y custodia-, determina que, será el Juez, en caso de que no haya acuerdo o no se aprobase en convenio regulador establecido en [el art. 90 del Código Civil](#), quien determine las medidas referentes:

- a.- al ejercicio de la patria potestad,
- b.- el régimen de comunicación y estancia de los hijos con el progenitor que no viva habitualmente con ellos,
- c.- el régimen de visitas con los abuelos,
- d.- **la atribución del uso de la vivienda y ajuar familiar,**
- e.- la contribución a las cargas del matrimonio y alimentos,
- f.- la liquidación del régimen económico matrimonial
- g.- y pensión compensatoria, en su caso.

En lo que se refiere a la decisión sobre la guarda y custodia compartida, ésta se regula en **el art. 92.5 del Código Civil** y puede ser acordada por los cónyuges o decidida por el Juez:

1. En el caso en que los padres acuerden la guarda y custodia compartida de sus hijos comunes²⁷, mediante convenio regulador, el convenio habrá de pasar a informe del Ministerio Fiscal²⁸ y, posteriormente será aprobado por el Juez. Dicho acuerdo podrá ser previo o haberse llegado a él en el transcurso del procedimiento (art. 92.5 CC).

El Juez va a oír a los menores²⁹ con suficiente juicio para conocer su opinión, ya que es la vida de los menores es la que está en juego, y **también examinará la relación que tienen los padres entre sí y con sus hijos a fin de determinar si ese régimen de guarda es idóneo para ellos o no.**

El juez habrá de fundamentar esta decisión en la Sentencia y adoptar las medidas necesarias para que se cumpla, procurando no separar a los hermanos.

2. Si los padres no acuerdan la guarda y custodia conjunta, pero **el juez valora que el interés superior del menor estará más protegido con su adopción**, de manera excepcional, en el caso de que lo pida una de las partes³⁰ y **el Ministerio Fiscal informa favorablemente (art. 92.8 C.C.)³¹³²**, el Juez podrá establecer el régimen de custodia compartida.

Para MIRANDA ESTRAMPES³³ lo que ocurre es que la arquitectura de la institución de la guarda y custodia compartida se basa en el acuerdo entre ambos progenitores y, cuando éste no exista, sólo podrá acordarse de forma excepcional en el caso de que concurren los requisitos ya enumerados -a solicitud de uno de los progenitores e **informe favorable del Ministerio Fiscal**- para garantizar que el superior interés del menor se imponga.

Supuestos en los que la guarda y custodia compartida no podrá establecerse.

La guarda y custodia conjunta no podrá ser establecida si cualquiera de los padres **estuviera incurso en un procedimiento penal** por atentar contra la vida, integridad física o moral, libertad, libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos o si el Juez, en función de las alegaciones que se hayan vertido, o de la prueba practicada en el procedimiento, existan indicios fundados de violencia doméstica ([art. 92.7 CC](#)).

3. La guarda y custodia compartida en la Ley aragonesa 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres.

Competencia

La [Ley aragonesa 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres](#)³⁴ (en adelante LAIRF), se dicta en el ejercicio de la competencia exclusiva de Aragón en las materias de conservación, modificación y desarrollo del Derecho foral aragonés y del Derecho procesal derivado de las particularidades del derecho sustantivo aragonés, reconocidas en los arts. 149.1.8ª y 6ª de la Constitución y 71.2ª y 3ª del Estatuto de Autonomía³⁵.

Objeto

La Ley tiene por objeto regular las relaciones familiares en los casos de ruptura de la convivencia de los padres, ya sea por separación de hecho, de derecho, divorcio o nulidad del matrimonio³⁶.

Su intención, tal y como declara la Ley en su preámbulo es promover el ejercicio de la custodia de forma compartida por ambos progenitores, en desarrollo de los principios rectores contenidos en el Estatuto de Autonomía de Aragón de protección de la familia y la infancia y de igualdad entre el hombre y la mujer³⁷.

Finalidad de la Ley

Según dispone la Ley en su art. 1.2 su finalidad consiste en promover³⁸, en los casos que se produzca una ruptura de la convivencia de los padres, [propiciar unas relaciones continuadas de éstos con sus hijos](#). Esto se conseguirá mediante una participación responsable, compartida e igualitaria de ambos progenitores en su crianza y educación en el ejercicio de su autoridad familiar y que los hijos mantengan relación con sus hermanos, abuelos y otros parientes allegados.

Para [GONZÁLEZ DEL POZO](#)³⁹, la finalidad de la ley, a la vista de los objetivos expresados en el preámbulo y en el art. 1.2, no es otra que fomentar y facilitar el establecimiento de regímenes de custodia compartida.

Principios⁴⁰

1. El hecho de que cese la convivencia entre los padres, no afecta a los derechos y obligaciones de [la autoridad familiar](#) (art. 2.1 LAIRF) que como hemos visto con anterioridad están regulados en el art. 62 de la LDP. Por tanto y como es lógico, aunque los padres se separen o divorcien, seguirán teniendo el derecho/deber a tener a sus hijos en su compañía, el de proveer a su sustento de acuerdo con sus posibilidades, a educarles y corregirles de manera proporcionada.

2. Las resoluciones que se adopten y que afecten a los hijos menores de edad se hará siempre velando por el beneficio e interés de éstos (art. 2.2 LAIRF).

El principio "favor filii" inspira como vemos todo nuestro ordenamiento jurídico, y no podía ser menos en la legislación aragonesa. Por tanto, y en cumplimiento de ese interés superior del menor, todos los acuerdos y decisiones a que se llegue, especialmente en cuanto al tipo de guarda y custodia y régimen de visitas, por cuanto es tan necesario para el desarrollo psicológico de los menores un contacto adecuado con ambos progenitores, se hará siempre velando por el niño.

3. **Los principios de libertad de pacto**⁴¹, de información recíproca y de lealtad en beneficio del menor (art. 2.5 LAIRF), armonizarán los derechos que vamos a enumerar a continuación. Este último principio no deja de ser una concreción del [principio de interés del menor](#), ya que si existe buena comunicación entre los progenitores e incluso la posibilidad de llegar a acuerdos no hará otra cosa sino favorecer al menor.

Derechos⁴²

Cuando se produzca un fin de convivencia entre los padres:

- a. Los hijos menores tendrán derecho a un contacto directo y regular con sus padres y a que ambos participen en la toma de decisiones que afecten a sus intereses.
- b. Los padres tienen derecho a la igualdad en sus relaciones familiares, respecto de sus hijos menores de edad.
- c. El hijo menor de edad con suficiente juicio y, en todo caso, si es mayor de 12 años [deberá ser oído](#)⁴³ antes de adoptar cualquier decisión, resolución o medida que afecte a su persona.

El pacto de relaciones familiares.

En el capítulo IIº de la Ley se establece *el pacto de relaciones familiares* que consiste en acuerdo⁴⁴ - como equivalente a un convenio regulador del C.C.⁴⁵- en el que los progenitores fijan cuales van a ser las reglas vigentes en su relación con los hijos comunes (art. 3.1).

El contenido mínimo del pacto de relaciones familiares será (art. 3.2 LAIRF):

- a. El régimen de convivencia o de visitas con los hijos.
- b. El régimen de relación de los hijos con sus hermanos, abuelos y otros parientes y personas allegadas⁴⁶.
- c. **El destino de la vivienda** y el ajuar familiar⁴⁷.
- d. La participación con la que cada progenitor contribuya a sufragar los gastos ordinarios de los hijos, incluidos en su caso los hijos mayores de edad o emancipados que no tengan recursos económicos propios, la forma de pago, los criterios de actualización y, su caso, las garantías de pago.
También se fijarán la previsión de gastos extraordinarios y la aportación de cada progenitor a los mismos.
- e. **La liquidación, cuando proceda, del régimen económico matrimonial.**
- f. **La asignación familiar compensatoria**, en su caso, que podrá determinarse en forma de pensión, entrega de capital o bienes, así como la duración de la misma.

Este pacto de relaciones familiares podrá ser modificado o extinguido en los siguientes supuestos:

- a. Por mutuo acuerdo de los padres.
- b. En virtud de las causas que consten en el propio pacto de relaciones familiares.
- c. A petición de uno de los padres al sobrevenir circunstancias relevantes.
- d. Por iniciativa del Ministerio Fiscal, en su función de protección de los derechos de los menores e incapacitados.
- e. Por privación, suspensión y extinción de la autoridad familiar a uno de los padres sobrevenida al pacto de relaciones familiares.
- f. Incumplimiento grave o reiterado de las obligaciones del pacto.

El pacto de relaciones familiares será aprobado por el Juez oído el Ministerio Fiscal⁴⁸.

El Juez no aprobará dicho pacto en los aspectos contenidos en el mismo que sean contrarios a normas imperativas o cuando no quede suficientemente preservado el interés de los hijos e hijas⁴⁹.

En el caso de que el pacto de relaciones familiares no fuera aprobado en todo o en parte, se concederá a los progenitores un plazo para que propongan uno nuevo si no ha sido aprobado totalmente o únicamente a la parte no aprobada por el Juez. Una vez presentado el nuevo pacto, o si no se hace tras transcurrido el plazo concedido, **el Juez habrá de resolver**.

El pacto de relaciones familiares y sus modificaciones, en su caso, producirán efectos cuando sean aprobados por el Juez⁵⁰.

¿Qué contempla la ley si los cónyuges o miembros de la pareja no han podido llegar a un acuerdo?

En defecto del pacto entre los padres, supuesto contencioso, **el Juez determinará las medidas que deberán regir las relaciones familiares tras la ruptura de su relación**, y por ende de su convivencia. (Art. 5 de la Ley 2/10).

Los criterios serán los siguientes:

El Juez va a poder actuar: de oficio o a instancia de: los hijos menores de edad, de cualquier pariente o persona interesada o del Ministerio Fiscal, y dictará las medidas necesarias a fin de:

- a. **Garantizar la continuidad y la efectividad** del mantenimiento de los vínculos de los hijos menores con cada uno de sus progenitores, así como de la relación con sus hermanos, abuelos y otros parientes y personas allegadas.
- b. **Evitar la sustracción de los hijos menores** por alguno de los progenitores o por 3ª personas.

c. **Evitar a los hijos perturbaciones dañosas** en los casos de cambio de titular de la potestad de guarda y custodia.

Como medio de asegurarse de que se cumplen las medidas, el Juez podrá disponer las medidas cautelares necesarias.

Incumplimiento de las medidas.

El hecho de que se produzca un incumplimiento grave o reiterado de las medidas aprobadas judicialmente podrá dar lugar a su modificación o a la exigencia de su cumplimiento de acuerdo con lo previsto en las normas de ejecución judicial.

Modificación de medidas.

Las medidas aprobadas judicialmente podrán ser modificadas cuando concurren causas o circunstancias relevantes.

Se señala como un supuesto particular, el caso de que se haya acordado la custodia individual (no compartida) en atención a la edad del hijo o hija menor, se revisará el régimen de custodia en el plazo fijado en la propia Sentencia, a fin de plantear la conveniencia de un régimen de custodia compartida.

Guarda y custodia de los hijos.

En el art. 6 de la [Ley 2/10](#) se regula el supuesto en que cualquiera de los progenitores, ya sea por separado, o ambos de común acuerdo, podrán solicitar al Juez que la guarda y custodia de los hijos menores o incapacitados sea ejercida de forma compartida⁵¹ por ambos o por uno solo de ellos.

El juez adoptará, dependiendo de qué régimen de custodia se fije, compartida o individual, un régimen distinto:

a. **En los casos de custodia compartida**, se fijará un régimen de convivencia de cada uno de los padres con los hijos adaptado a las circunstancias de la situación familiar, que garantice a ambos progenitores el ejercicio de sus derechos y obligaciones en situación de igualdad.

b. **En los casos de custodia individual**, se fijará un régimen de comunicación, estancias o visitas con el otro progenitor que le garantice el ejercicio de las funciones propias de **la autoridad familiar**.

El mandato de la ley hacia el Juez es claro. En el art. 6.2 dice que:

"El Juez adoptará de forma preferente la custodia compartida en interés de los hijos menores", ahora bien, estableciendo como cautela que será así (custodia compartida) salvo que la custodia individual sea más conveniente.

A la hora de valorar el Juez la decisión sobre qué custodia compartida/individual, ha de basarse en **el plan de relaciones familiares** que deberá presentar cada uno de los progenitores, entendemos que junto a la demanda de separación, divorcio, nulidad o procedimiento de guarda y custodia y alimentos de hijos menores en el caso de parejas no casadas.

Además, la ley indica otros factores a valorar por el Juez⁵², como:

a. **La edad de los hijos.**

En este supuesto es de entender que no tiene nada que ver un hijo de 17 años con un hijo de 1 año. Las necesidades de los hijos respecto de los padres varían considerablemente.

Al parecer de la ley, como veíamos antes, el caso de que se haya acordado la custodia individual en atención a la edad del hijo o hija menor, entendemos que se refiere a la "menor edad", **el supuesto no escrito, pero vigente en nuestros tribunales que los menores de 3 años deben permanecer con la madre (salvo que el interés del menor lo desaconseje).**

Pues bien, independientemente de figuras psicológicas como el "apego" del niño con la madre, que está demostrado lo necesario que es para el futuro desarrollo psicológico del menor, no es menos cierto que todas las teorías psicológicas indican que los primeros 3 años del desarrollo de la persona son esenciales para la psique del niño, por lo que, en caso de que la custodia fuera acordada de manera individual, **que no tiene porqué**, puesto que un padre puede ser idénticamente capaz para establecer una rutina de alimentación, aseo y cariño, el régimen de estancia del progenitor no custodio con el menor (visitas), ha de ser frecuente e implicado en el desarrollo del menor.

b. **El arraigo social y familiar de los hijos.**

Este es un supuesto donde aprecio cuestiones prácticas claras, si el padre va a vivir en Barcelona, la madre en Zaragoza y los hijos menores de 11 y 12 años han vivido siempre en Zaragoza, tienen aquí a toda su familia, escuela y amigos, sería un caso que lo desaconsejase.

c. *La opinión de los hijos siempre* que tengan suficiente juicio y, en todo caso, si son mayores de 12 años, con especial consideración a los mayores de 14 años.

En cuanto a la opinión de los hijos, me remito a las consideraciones que he realizado con anterioridad a lo largo de este trabajo, el menor tiene que saber que, pese a ser escuchado, la decisión va a ser del Juez, a fin de evitar manipulaciones del menor o que éste se sienta responsabilizado.

d. *La aptitud y voluntad de los progenitores para asegurar la estabilidad de los hijos.*

En este caso habrá que atender, entiendo, tanto a los cuidados prestados en el pasado, si el padre participaba en condiciones de igualdad en el cuidado de los hijos, de establecerse una custodia compartida no existiría problema alguno de adaptación, y se seguiría manteniendo una situación similar a la anterior a la ruptura, que favorecería la adaptación de los hijos a la nueva situación.

Ahora bien, si el padre solicitante de la guarda y custodia (individual para sí o compartida) nunca ha desarrollado tareas de cuidado de los niños, como compras, preparación de alimentos, limpieza, supervisión de tareas escolares y un largo etcétera, parece, cuanto menos, poco adecuado que se conceda una custodia compartida de manera inmediata, poniendo este hecho en relación con otros intereses espúreos como pretensión de uso de la vivienda o intención de evitar el pago de una pensión de alimentos.

e. *Las posibilidades de conciliación de la vida familiar y laboral de los padres.*

En este supuesto las madres, que generalmente son todavía las personas de la unidad familiar que se ocupan del cuidado de menores y discapaces, son las que sacrifican en mayor medida una carrera profesional, por cuanto los sueldos son menores y trabajan en mayor parte con jornada parcial o reducida por cuidado de menores.

f. *Cualquier otra circunstancia de especial relevancia para el régimen de convivencia.*

El Juez podrá, ya sea de oficio o a instancia de parte –mediante pruebas periciales o documentales que pueden ser aportadas por las partes–, recabar informes médicos, sociales o psicológicos de especialistas debidamente cualificados e independientes, relativos a la idoneidad del modo de ejercicio de la autoridad familiar y del régimen de custodia de las personas menores.

Se continúa con el criterio, tanto en la custodia individual como en la compartida, de **no adoptar soluciones que supongan la separación de los hermanos**, salvo que existan circunstancias que lo justifiquen específicamente.

Además, la ley 2/10 establece que el hecho de que uno de los padres no esté de acuerdo con el establecimiento de la custodia compartida, porque quiera la custodia individual, no será base suficiente para considerar que la custodia compartida no coincide con el mejor interés del menor.

Así pues, habrá que ponderar las diferentes variables: principio de preferencia de la custodia compartida sobre la individual y el interés del menor.

El interés del menor va a ser un elemento definitorio que decante la decisión del Juez entre custodia individual o compartida.

Supuestos de expresa "no atribución" de la guarda y custodia a un progenitor.

La ley aragonesa en su art. 6.6 es clara y difiere de lo establecido en el CC., como veremos después y establece que no procederá la atribución de la guarda y custodia a uno de los progenitores, **ni**

individual ni compartida⁵³, cuando ese progenitor que solicita la guarda y custodia individual o compartida, 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 progenitor o de los hijos. Pero no basta que exista únicamente una denuncia, la ley establece el requisito de que se haya dictado resolución judicial motivada en la que se constaten indicios fundados y racionales de criminalidad.

Entiendo que bastaría con un Auto de incoación de Diligencias Previas sin que haya existido sobreseimiento ni provisional ni libre ya que alguno de los delitos pueden requerir una investigación mayor por el Juez de instrucción que otros asuntos que pueden ser tramitados como **juicio rápido y obtener una sentencia, condenatoria o absolutoria de manera casi inmediata si existe conformidad por parte del acusado** o de forma rápida por el Juzgado de lo Penal en los supuestos de no conformidad.

El hecho de que *el legislador no haya establecido el tipo de decisión en la que va a consistir esa "resolución judicial motivada"* atiende a mi juicio a cuestiones eminentemente prácticas, en interés del menor⁵⁴.

Tampoco se le concederá la guarda y custodia cuando el Juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas (entendemos que se hayan vertido o realizado en el proceso de familia que se esté sustanciando), la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género⁵⁵.

¿A quien se atribuye el uso de la vivienda y del ajuar familiar?

Esta cuestión se dilucida en el art. 7 de la ley 2/10 y se establece como regla general, para los supuestos de guarda y custodia compartida, el uso de la vivienda familiar se le va a conceder al progenitor que tenga más dificultad de acceso a una vivienda, por razones objetivas y, en caso de que haya una igualdad en cuanto a las condiciones de ambos, **será el Juez el que decida el destino de la vivienda**, siempre en función del mejor interés para las relaciones familiares.

Para los casos en que corresponda a uno de los progenitores de forma individual la custodia de los hijos, se le atribuirá a éste el uso de la vivienda familiar.

Se deja a salvo que el mejor interés para las relaciones familiares aconseje su atribución al otro progenitor, pensemos que el progenitor custodio tenga otra vivienda de su propiedad privativa y el cónyuge no custodio no la tenga y necesite una vivienda adecuada donde poder gozar de la compañía de sus hijos.

En todo caso, **la Ley pretende que la atribución del uso de la vivienda familiar a uno de los progenitores debe tener una limitación temporal** que, **si no hay acuerdo será fijado el Juez** teniendo en cuenta las circunstancias concretas de cada familia.

Esta salvedad me parece muy importante para evitar abusos por parte del progenitor custodio, ya que no podemos considerar los derechos como ilimitados.

La Ley 2/2010 establece que: "*Cuando el -uso de la vivienda sea a título de propiedad de los padres, el Juez acordará su venta*, si es necesaria para unas adecuadas relaciones familiares".

CASTILLA⁵⁶ expresa sus reservas ya que es la 1ª vez que se establece este tipo de solución y que no depende de que ninguna de las partes la pida ni se exige que la vivienda en cuestión sea propiedad de ambos⁵⁷.

Ajuar familiar.

Respecto al ajuar familiar, la regla general será que permanecerá en el domicilio familiar, salvo que se solicite en el plan de relaciones familiares la retirada de bienes privativos.

También contempla la ley el caso de que ninguno de los padres continúe en el domicilio familiar, en ese supuesto se decidirá la entrega de los bienes entre los mismos según las relaciones jurídicas que les sean aplicables.

Los gastos de asistencia

Los gastos de asistencia a los hijos, como concepto inclusivo de pensión alimenticia y, como veremos, de gastos extraordinarios, se regula en el art. 8 de la Ley.

El principio general, que se aparta de la práctica forense habitual consistente en que los gastos alimenticios se abonaran por mitades, de la ley aragonesa establece que, tras la ruptura de la

convivencia de los padres, *ambos contribuirán proporcionalmente con sus recursos económicos a satisfacer los gastos de asistencia de los hijos a su cargo.*

Se distingue entre gastos ordinarios y extraordinarios, siendo según **GONZÁLEZ DEL POZO⁵⁸** el 1º texto legal que establece tal distinción y les asigna como veremos un tratamiento jurídico distinto dependiendo si los gastos extraordinarios son necesarios o no y también el 1º que faculta su abono en forma distinta al dinero.

a. Respecto a la contribución de los progenitores a **los gastos ordinarios de asistencia a los hijos**, ésta se realizará por el Juez en función de las necesidades de los hijos, de sus recursos y de los recursos económicos disponibles por los padres.

Para ello el Juez decidirá si los padres comparten o no los gastos ordinarios de los hijos teniendo en cuenta el régimen de custodia que existe, y si es necesario fijará un pago periódico entre los mismos.

b. En lo que se refiere a **los gastos extraordinarios** de los hijos, *distingue la ley entre necesarios y no necesarios.*

Los gastos extraordinarios de los hijos de carácter necesario serán sufragados por los progenitores en proporción a sus recursos económicos disponibles.

Los gastos extraordinarios no necesarios se abonarán en función de los acuerdos a los que lleguen los progenitores y, en defecto de acuerdo, **los abonará el progenitor que haya decidido la realización del gasto.**

La mediación familiar

La [Ley 2/10](#) establece en su Título III la mediación familiar, vamos a hacer una breve referencia a su contenido.

Según **la Disposición Transitoria IIª** de la Ley 2/10, se entiende por mediación familiar "el servicio especializado consistente en **un procedimiento extrajudicial y voluntario** para la prevención y resolución de conflictos familiares en el ámbito del Derecho privado que afecten a menores de edad derivados de la ruptura de la pareja, en el que la persona mediadora, de una manera neutral, imparcial y confidencial, informa, orienta y asiste a las partes en conflicto para facilitar la comunicación y el diálogo entre las mismas, al objeto de promover la toma de decisiones consensuadas".

Este servicio será facilitado por el Gobierno de Aragón, y se priorizará en su acceso a las personas que sean derivadas desde la Administración de Justicia o desde los servicios sociales, con el fin, entendemos, de evitar la litigiosidad en temas de familia.

En el art. 4 de la Ley 2/10 se establece la mediación familiar como un cauce potestativo de solución de sus discrepancias familiares de manera previa a ejercitar ejercicio de acciones judiciales.

En el caso de que los miembros de la pareja no hicieran uso previo de este servicio y presentaran una demanda judicial, **el Juez podrá, a los efectos de facilitar un acuerdo entre los padres, proponerles una solución de mediación y designar para ello un mediador familiar⁵⁹.**

La posibilidad de acceder a este recurso se puede realizar incluso una vez iniciado el procedimiento judicial.

En este supuesto, si los padres ven que existe la posibilidad de llegar a un acuerdo, pueden solicitar la suspensión del procedimiento al Juez, en cualquier momento, para someterse a mediación familiar, acordándose dicha suspensión por el tiempo necesario para tramitar la mediación.

El procedimiento judicial se reanudará si lo solicita cualquiera de las partes o en caso de alcanzarse un acuerdo en la mediación.

Los acuerdos que se alcancen entre los progenitores a través de la mediación familiar podrán ser aprobados por el Juez, como un pacto de relaciones familiares.

La mediación familiar no podrá realizarse en los supuestos previstos en el art. 6.6 de la ley.

4. ¿Representa la Ley aragonesa un avance en la igualdad entre mujeres y hombres?

Según el preámbulo de [la ley la custodia compartida se acepta mayoritariamente como un sistema progresista que fomenta la corresponsabilidad de los padres en el ejercicio de su autoridad familiar](#) en el marco de una sociedad avanzada, que promueve la igualdad de ambos sexos en todos los sectores y en la que el desarrollo profesional de la mujer y el deseo de los hombres de una mayor implicación en el ámbito familiar imponen un cambio en el esquema tradicional de atribuir la custodia en exclusiva a la madre.

La custodia compartida favorece la distribución igualitaria de los roles sociales entre hombres y mujeres.

Igualmente, se esgrime como la razón principal de la creación de la Ley 2/10 los cambios sociales de las últimas décadas en Aragón como consecuencia de la incorporación de la mujer al mundo laboral.

El hecho de su incorporación al trabajo ha generado unas nuevas relaciones familiares que se ajustan más al modelo de custodia compartida que al modelo de custodia individual.

Por ello, la pretensión de la Ley es contribuir a avanzar en la igualdad sociológica entre mujeres y hombres.

Las referencias a la igualdad entre hombres y mujeres en lo referente a los hijos se encuentran en varios textos internacionales:

- En la declaración sobre la eliminación de la discriminación contra la mujer⁶⁰ en el art. 6.2. c) se establece que **"El padre y la madre tendrá iguales derechos que el hombre durante el matrimonio y a la disolución del mismo**. En todos los casos el interés de los hijos debe ser la consideración primordial⁶¹".

- El Convenio Europeo de Derechos Humanos en su art. 8 establece el derecho al respeto de la vida privada y familiar⁶².

Las cuestiones sobre la guarda y custodia de los menores, entrarían dentro de ese respeto a la vida familiar, de manera particular, el Tribunal entiende comprendido dentro de este artículo el derecho del padre a poderse reunir con su hijo, según las medidas que implementen las autoridades nacionales, si bien estos no son ilimitados sino que hay que tener en cuenta los intereses y derechos de esas personas y los intereses superiores del menor⁶³.

- En el art. 12 encontramos el derecho a contraer matrimonio.

A partir de la edad núbil, el hombre y la mujer tienen derecho a casarse y a fundar una familia según las leyes nacionales que rijan el ejercicio de este derecho.

El concepto de familia del TEDH según ARESE⁶⁴ es amplio⁶⁵, que incluye dicha concepción independientemente de la existencia de matrimonio.

En nuestra Constitución encontramos el principio de igualdad en artículos de la como el 9.2 donde se establece un mandato a los poderes públicos:

"Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social" y en el art. 14 donde encontramos el principio de igualdad ante la ley: *"Los españoles son iguales ante la Ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social"*.

Además, la [Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres](#) en su art. 3 establece el principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres.

"El principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres supone la ausencia de toda discriminación, directa o indirecta, por razón de sexo, y, especialmente, las derivadas de la maternidad, la asunción de obligaciones familiares y el estado civil".

¿Existe discriminación en las atribuciones de guarda y custodia, favoreciéndose a la mujer respecto del hombre?

La [Ley 15/2005](#) hizo que se abriera el debate sobre el principio de igualdad de progenitores, al establecerse el régimen que ya hemos estudiado de custodia compartida.

Ya el Ministro de Justicia señaló sus bondades respecto a una mayor igualdad de derechos y oportunidades de la mujer, para intentar evitar la continuidad de la asignación de la mujer en la esfera privada (cuidado de la casa y familia) y del hombre en la esfera pública (trabajo) y la ley

aragonesa abunda sobre el tema, como hemos visto, pretendiendo contribuir a avanzar en la igualdad sociológica entre mujeres y hombres.

Para GOIRIENA⁶⁶ en lo referente a la regulación de la guarda y custodia en el Código Civil, no es discriminatoria "ya que ambos cónyuges pueden acceder igualmente a la custodia cuando esta es discutida".

En lo que respecta a la **discriminación en la aplicación del código Civil**, la autora, utilizando datos del Instituto de la Mujer, llega a la conclusión de que **siguen siendo las mujeres quienes mayoritariamente se ocupan de los hijos, de la casa, piden los permisos y excedencias de maternidad.**

Además, **en los procesos de mutuo acuerdo entre ambos progenitores, es la mujer quien se hace cargo de la guarda y custodia de los menores en un 95% de los casos.**

Por su parte, **los progenitores varones no suelen pedir la guarda y custodia y se conforman con un régimen estándar de visitas y vacaciones en el que se producen numerosos incumplimientos.**

Para examinar si existe un trato discriminatorio tiene que darse:

- a) Una situación análoga o comparable y
- b) una justificación objetiva o razonable.

Pues bien, del contenido del presente trabajo, no puede establecerse que existan situaciones análogas o comparables, **la guarda y custodia se atribuía a las mujeres porque los padres no querían asumirla** (en el desarrollo diario de la cuestión de manera muy frecuente, los progenitores paternos suelen esgrimir razones laborales e intentan que las visitas se limiten a fines de semana alternos y una tarde entre semana) **y porque las madres venían desarrollando esa función y eran las más idóneas para desarrollarla**, por tanto, si lo que se prohíbe es la discriminación o las decisiones arbitrarias en este caso no concurren y su otorgamiento a las mujeres estaba más que justificado en aras del interés superior del menor.

Como indica **LATHROP⁶⁷** "En suma, es posible advertir que diversos grupos sociales conformados, generalmente, únicamente por padres y madres, en su caso, tienen como bastión de lucha la consecución del principio de igualdad sobre la base de intereses diametralmente opuestos". Los progenitores paternos invocan la igualdad y la paridad en la custodia de los hijos, mientras que las madres dicen que la custodia compartida puede generar situaciones abusivas dada la desigualdad real existente aún en la sociedad española⁶⁸.

5. A modo de conclusión

1. **La guarda y custodia compartida no es en esencia ni buena ni mala**, es una opción más. Tiene determinadas ventajas sobre la guarda y custodia unilateral o única, pero dependerá de la voluntad de los progenitores de llegar a acuerdos en interés del menor o dichas ventajas podrían tornarse en inconvenientes donde el menor sufriría las consecuencias.
2. **La ley aragonesa intenta establecer una preferencia** por la custodia compartida porque entiende que es la más favorable para el interés del menor. Si bien, tras una detallada lectura, a mi juicio es justamente al revés, la ley aragonesa sigue pivotando, como no podía ser de otra manera, sobre el interés del menor, que será el que marque el régimen de guarda y custodia a aplicar.
3. **El hecho de escuchar a los menores** es un acierto de planteamiento de la Ley, que, en ningún caso debe suponer que recaiga sobre éste la responsabilidad de decidir, ni en sentido de acción positiva dominando la decisión, por cuanto puede perjudicarle, ni en sentido negativo, obstaculizando las visitas o la custodia compartida del progenitor por el que no ha tomado partido.

4. **La potenciación de la mediación** es muy favorable, pero no olvidemos que la mediación se produce desde los abogados, incluso los propios, que intentan quitar ideas poco prácticas o vindicativas de sus propios clientes e intentan llegar a acuerdos; y el propio Juez que puede y debe advertir las consecuencias de no llegar a un acuerdo. No en vano, en cuestiones tan delicadas como las de familia, ambos progenitores deberían dejar a un lado, las cuestiones que hayan abocado al fracaso la relación y ponerse a trabajar en beneficio de los hijos comunes.

5. Los jueces deben tener en cuenta, de cara al establecimiento de una guarda y custodia compartida que la supuesta igualdad, no es tal, **y muchas madres pueden "acceder a lo que sea"** para no perder a sus hijos.

6. La mujer tiene, por lo general, trabajos más precarios y peor pagados, cuya jornada reduce para poder cuidar mejor a su familia.

Por tanto, el juez debería, a la hora de conceder la guarda y custodia compartida y las cuestiones, proteger al cónyuge más débil, evitando chantajes y siempre velando por el interés del menor.

7. Se deben evitar automatismos en la concesión de la custodia compartida. El juez habrá de analizar todas las circunstancias concurrentes y determinar si es o no el mejor sistema para regular las relaciones de los padres con los hijos y, muy importante, motivar adecuadamente la decisión.

8. Existiría la posibilidad de establecer un sistema de guarda y custodia compartida progresiva para los progenitores que no se hubieran hecho cargo nunca o poco frecuentemente de los menores, que haría más factible la pérdida de miedos por parte de las madres a la hora de establecer la guarda y custodia compartida.

9. La guarda y custodia compartida no deja de ser una situación variable, dependiendo de las circunstancias de los progenitores. Lo obvio es que las personas finalizan su relación porque esta no funciona. Así que dependerá de la relación que ambos tengan la que hará la custodia compartida fácil o difícil.

Discrepo de autores que dicen que sólo puede funcionar bien en casos verdaderamente excepcionales, los menores son muy lábiles, somos los adultos a los que nos cuestan los cambios. **Muchas custodias compartidas no tienen porqué ser distintas de un régimen amplio de visitas⁶⁹.**

Bibliografía

ARAMBURU MUÑOZ/CHATO FRANCO/MARTIN MARIA/PEREZ-VILLAR APARICIO (coord.), *Estudio de derecho comparado sobre la regulación de la custodia compartida*, Themis.

ARNALDO ALCUBILLA, Enrique (coordinador general), *Enciclopedia jurídica La Ley*, Madrid, editorial La Ley, 2008-2009.

AA.VV., (SERRANO/BAYOD/SANCHEZRUBIO/BELLOD/MARTINEZ/ARGUDO/ LOPEZ/DELGADO (Dtor.)/ PARRA (Coordinadora), *Manual de Derecho aragonés*, Zaragoza, El Justicia de Aragón, 2007, 3ª edición.

CASTILLA BAREA, M. "Notas sobre la guarda y custodia de los hijos a propósito de la aragonesa Ley de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres", *Aranzadi Civil*, nº 7/2010 (estudio), Editorial Aranzadi S.A., Pamplona, 2010.

De TORRES PEREA, José Manuel. *Interés del menor y derecho de familia. Una perspectiva multidisciplinar*, Madrid, Iustel, 2009.

FISCALIA GENERAL DEL ESTADO, Instrucción 1/2006 de Fiscalía General del Estado, sobre la guarda y custodia compartida y el empadronamiento de los hijos menores. Disponible en internet en www.fiscal.es

GONZALO VALGAÑON, Altamira. "Aragón: Prevalecen los derechos de los padres sobre los de los hijos", en *Revista Abogados*, noviembre de 2010.

GOBIERNO DE ARAGÓN, Derecho Civil de Aragón, Textos legales 114, Zaragoza, Diputación General de Aragón, 2011.

GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina, "La custodia compartida alternativa. Un estudio doctrinal y jurisprudencial", En Indret abril 2008, Barcelona, disponible en www.indret.com.

GOIRIENA LEKUE, Agurtzane, "La custodia compartida, el interés del menor y la neutralidad de género", en revista Aequalitas, nº 16, 2005, pp. 52-57.

HERRANZ BALLESTEROS, Mónica. *El interés del menor en los convenios de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado*. Editorial Lex Nova, Valladolid, 2004.

HERVADA, Javier y ZUMAQUERO, José M. *Textos internacionales de Derechos Humanos I 1776-1976*. Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra S.L., 1992.

IVARS RUIZ, Joaquín. "La custodia compartida tras la reforma del Código Civil", en Revista Internauta de Práctica Jurídica. Núm. 19 Enero-Junio 2007
- *Guarda y custodia compartida. Aspectos procesales y sustantivos. Doctrina y jurisprudencia*, Tirant Monografías, Valencia, 2008.

LASAGABASTER HERRARTE, Iñaki (Dtor.) *Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentario sistemático*, Madrid, Thomson Civitas, 2004.

LATHROP GÓMEZ, Fabiola. *Custodia compartida de los hijos*. Editorial la Ley. 2008.

LOPEZ-MUÑIZ GOÑI, Miguel, El procedimiento contencioso de separación y divorcio. Guía práctica y jurisprudencia, 7ª edición, Madrid, Colex, 2003.

MACHANCOSES HERRERA, Antonino. *¿Cómo será tu hijo? La importancia de los apegos*. Grafo impresores.

MAGRO SERVET, Vicente, "¿Es vinculante o necesario el informe favorable del Ministerio Fiscal en la concesión de la custodia compartida tanto en el proceso contencioso como en el de mutuo acuerdo?", revista BOLETÍN DE DERECHO DE FAMILIA EL DERECHO, nº 106, noviembre 2010.

PINTO ANDRADE, Cristóbal. *La custodia compartida*. Editorial Bosch. 2009.

POUSSIN, Gérard y LAMY, Anne. *Custodia compartida. Como aprovechar sus ventajas y evitar tropiezos*, Madrid, Espasa Calpe S.A, 2005. Título original: *Réussir la garde alternée. Profiter des atouts, éviter les pièges*. Traductora Patricia Cañizares.

RIVERA ÁLVAREZ, Joaquín María, "La custodia compartida: génesis del nuevo art. 92 del Código Civil", en *Cuadernos de Trabajo Social*, Vol. 18, 2005.

RIVERO HERNANDEZ, Francisco. *El interés del menor*, Madrid, Dykinson S.L., segunda edición, 2007.

TAPIA PARREÑO, José Jaime, *Custodia compartida y protección de menores*, Cuadernos de Derecho Judicial II-2009, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2010.

Notas

[1](#) BEYEBACH, M., "La repercusión sobre el menor de los procesos de ruptura matrimonial: Aspectos emocionales y relacionales" ", dentro de la obra colectiva *Custodia Compartida y protección de menores*, (Director: José Jaime Tapia Parreño), Cuadernos de Derecho Judicial II, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, Centro de documentación Judicial, 2009, p. 298.

Para el autor el divorcio puede ser incluso beneficioso, ya que el deterioro de la relación, puede producir un conflicto tal para los hijos, que la finalización de la relación puede llevar aparejada la del fin del sufrimiento de los hijos si el divorcio acaba con esas tensiones.

[2](#) BEYEBACH, M., "La repercusión sobre el menor..." pp. 300-301.

[3](#) POUSSIN, Gérard y LAMY, Anne, *Custodia compartida. Como aprovechar sus ventajas y evitar tropiezos*, Madrid, Espasa Calpe S.A, 2005, pág. 36. Los autores enumeran como "sentimientos del postdivorcio" el miedo al abandono, el sentimiento de lealtad, el sentimiento de culpa, la negación y la suplantación de la figura del progenitor ausente.

[4](#) Según datos extraídos del INE, en Aragón, el número de disoluciones matrimoniales fueron: en el año 1999 de 2161, en 2000 fueron 2436, en 2000 fueron 2436, en 2001 fueron 2596, en 2002 fueron 2743, en 2003 fueron 2892, en 2004 fueron 3088, en 2005 fueron 3137, en el año 2006 fueron 3292, en 2007 fueron 3045, en 2008 fueron 2803 y en 2009 fueron 2496.

[5](#) Fuente INE. En Aragón hubo 2313 divorcios, de los cuales en 75 el progenitor custodio fue el padre, 961 a la madre y 118 a ambos.

[6](#) RIVERO HERNANDEZ, Francisco, *El interés del menor*, Madrid, Dykinson S.L., 2ª edición, 2007, pág. 70.

[7](#) BEYEBACH señala a este respecto que el hecho de intentar atender a los deseos del menor en cuestiones como la custodia o las visitas carga al menor con una terrible responsabilidad ya que le obliga a elegir. Por tanto habrá que atender al interés del menor pero dándole al niño un menor margen a la hora de decidir, vide BEYEBACH, M., *La repercusión sobre el menor...*, pág. 310. En el mismo sentido POUSSIN, *Custodia compartida...* pág. 39, quien señala que hay que repetirle al niño que es el Juez quien decide a fin de liberarle de la carga de pensar que lo que él diga pueda ser determinante.

[8](#) RIVERO HERNANDEZ, Francisco, *El interés del menor*, Madrid, Dykinson S.L., 2ª edición, 2007, pág. 75.

[9](#) *Ibidem*, pág. 255.

[10](#) RIVERO HERNANDEZ, Francisco, *El interés...* Op. Cit., pág. 255.

[11](#) Esta definición ha sido extraída de: ARNALDO ALCUBILLA, Enrique, *Enciclopedia Jurídica*, Tomo 16, Madrid, Editorial La Ley, 2008-9, pág. 8927.

[12](#) MORÁN GONZÁLEZ, Isabel, "El Ministerio Fiscal y los sistemas de guarda y custodia: Especial referencia a la custodia compartida y los criterios de atribución en beneficio del menor", dentro de la obra colectiva *Custodia Compartida y protección de menores*, (Director: José Jaime Tapia Parreño), Cuadernos de Derecho Judicial II, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, Centro de documentación Judicial, 2009, pág. 77.

[13](#) RIVERO HERNANDEZ, Francisco, *El interés...* Op. Cit., pág. 309.

[14](#) Los hijos con suficiente juicio deberán ser oídos siempre antes de adoptar decisiones (art. 154 CC.). Esto no sólo se refiere a ser oídos en juicio, sino que a tenor de la Sentencia TS, Sala Iª de lo civil de 25/6/94, el mandato se dirige a los padres para que oigan a sus hijos en las decisiones que les afecten.

[15](#) Sobre el ejercicio de la autoridad familiar por parte de los padres en Derecho Aragonés vide PARRA LUCAN, María Ángeles, "Capacidad y estado de las personas", dentro de la obra colectiva

AA.VV., *Manual de Derecho aragonés*, Zaragoza, El Justicia de Aragón, 2007, 3ª edición, pp. 115-196.

16 Respecto a la prelación, el artículo 75.2 de la Ley de Derecho de la Persona señala que habrá de estarse al orden y contenido que se señale en la ley, salvo que los padres fallecidos hubieran dejado dispuesta otra cosa en documento público.

17 PARRA LUCAN, María Ángeles, "Capacidad...", dentro de la obra colectiva AA.VV., *Manual de Derecho aragonés*, Zaragoza, El Justicia de Aragón, 2007, 3ª edición, pág. 60 señala que "se trata de un contenido propio de la autoridad familiar, por lo que no resultan de aplicación las limitaciones del régimen legal de la obligación de alimentos entre parientes (...)".

18 LATHROP GÓMEZ, FABIOLA. *Custodia compartida de los hijos*. La Ley, Madrid, 2008. Pág. 276. La autora distingue una acepción restringida de la guarda y custodia consistiendo ésta en "el cuidado personal, directo, diario y continuo que se entrega al hijo a través de la convivencia" y otro más amplio consistente en "el conjunto de prestaciones de carácter personal a través de las cuales se cumplen los deberes parentales, sin restringir su contenido al hecho de vivir con el hijo".

19 GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina, "La custodia compartida alternativa. Un estudio doctrinal y jurisprudencial", En Indret abril 2008, Barcelona, disponible en www.indret.com, pág. 4.

20 SAN SEGUNDO MANUEL, Teresa, "Maltrato y separación: Repercusiones en los hijos", dentro de la obra colectiva *Custodia Compartida y protección de menores*, (Director: José Jaime Tapia Parreño), Cuadernos de Derecho Judicial II, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, Centro de documentación Judicial, 2009, pp.119-295.

21 LATHROP GÓMEZ, FABIOLA, "Custodia...", págs. 275 y 276. La autora critica la pluralidad de voces existentes que no ha hecho sino provocar una confusión terminológica.

22 SAN SEGUNDO MANUEL, Teresa, "Maltrato y separación...", p. 141, critica el uso del término porque denominarla custodia compartida sería cuando la familia estuviera unida, pero en el caso de separación de los padres, o bien la ejerce uno o bien la ejerce el otro y propone el término custodia alternativa.

23 LATHROP GÓMEZ, FABIOLA. *Custodia compartida de los hijos*. La Ley, Madrid, 2008. Pág. 39.

24 LATHROP GÓMEZ, FABIOLA, "Custodia...", pág. 478. Para una mayor profundización en las ventajas de la guarda y custodia compartida vide POUSSIN/LAMY, *Custodia compartida...* Pp. 41-51.

25 Para IVARS la regulación es deficitaria porque no se entra en materias que van a verse afectadas, como la vivienda o la pensión de alimentos.

Además para él dice que el miedo a fijar la guarda y custodia compartida como fórmula principal es patente por las cautelas existentes a la hora de fijar la decisión como la del informe favorable del Ministerio Fiscal (artículo 92.8 C.C.). Califica a la reforma como "áspera y con muchas carencias" (La cursiva es añadida por mí). Vide IVARS RUIZ, Joaquín. "La custodia compartida tras la reforma del Código Civil", en Revista Internauta de Práctica Jurídica. Núm. 19 Enero-Junio 2007

26 MORAN GONZÁLEZ, "El Ministerio Fiscal y los sistemas de guarda y custodia..." pág. 109 entiende que el informe favorable se convierte en una cuestión de procedibilidad y que, sin dicho informe el Juez no podría establecer la guarda y custodia compartida a petición de uno solo de los progenitores. Entiende MORAN que el legislador busca que los Fiscales tengan una participación más

activa en los procesos de familia y esto requerirá que se establezcan Fiscales especialistas en materia de familia que participen de manera activa en las actuaciones en lo referente a los hijos.

[27](#) En la vida diaria de los juzgados la apreciación de que los hijos han de ser comunes no es una cuestión baladí, se ha dado el supuesto de que una pareja con un hijo en común y otra hija habida de una relación anterior de la madre, pero criada por la pareja de su madre como hija propia, el padre solicitara la guarda y custodia de ambas.

[28](#) Es importante reseñar que, según lo dispuesto en la Instrucción 1/2006 de Fiscalía General del Estado, sobre la guardia y custodia compartida y el empadronamiento de los hijos menores, para los supuestos en los que sean los padres los que pacten a través del convenio el régimen de custodia compartida, **si el Fiscal va a informar favorablemente** a dicho convenio pero estima que se pueden generar problemas en orden a la determinación de su residencia, informarán en el sentido de que se requiera a los progenitores para que pacte cuál habrá de entenderse domicilio del menor a efectos de empadronamiento. Recordemos los hijos menores han de ser empadronados en un solo domicilio y será domicilio preferente el del progenitor con el que en cómputo anual el menor pase la mayor parte del tiempo. Si los períodos de convivencia son totalmente, los padres elegirán el domicilio donde se empadronará al menor.

[29](#) Si bien va a escucharse al menor y su opinión es importante, ésta no va a ser determinante puesto que, no siempre lo que el menor quiera va a ser lo más beneficioso para él y por otra parte, hay que valorar, tal y como defiende POUSSIN la presión que puede sentir el menor si se siente como determinante en el desarrollo del juicio.

Cfr. POUSSIN, Gérard y LAMY, Anne, *Custodia compartida. Como aprovechar sus ventajas y evitar tropiezos*, Madrid, Espasa Calpe S.A, 2005. (Título original: *Réussir la garde alternée. Profiter des atouts, éviter les pièges*. Traductora Patricia Cañizares).

[30](#) No tendría ningún sentido que se acordara en el caso de que ninguna de las dos partes lo pidiera, pues en dicho caso iría en contra de la solicitud de ambas partes.

[31](#) Según señala MIRANDA ESTRAMPES, **el art. 92.8 CC** ha sido objeto de una cuestión de inconstitucionalidad ya que entiende que la necesidad de informe favorable del Ministerio Fiscal vulnera:

- a) el ar. 117.3 en relación con el art. 24 en sus párrafos 1 y 2 de la Constitución, por tratarse de una facultad de veto exorbitante en un área sometida a la potestad jurisdiccional, ya que en caso de que el informe sea desfavorable, se veda al juzgador de instancia y al de apelación de entrar a resolver la controversia; además al impedir entrar en el fondo del asunto si hay informe desfavorable, no se satisface la tutela judicial y deja sin contenido el derecho al Juez ordinario predeterminado.
- b) También se alega vulneración del ar. 14 en relación con el 39 de la Constitución porque el hecho de que exista falta de acuerdo entre ambos distinga el hecho de que el informe sea vinculante o no, (recordemos que [el informe del Ministerio Fiscal no es vinculante en caso de que haya acuerdo entre los progenitores de establecer la guarda y custodia compartida](#)).

Por su parte, las alegaciones efectuadas por el Fiscal General del Estado a dicha cuestión de constitucionalidad se basan en la excepcionalidad de la adopción de la guarda y custodia compartida en el supuesto del párrafo 8 del art. 92 del C.C. y a las funciones del Ministerio Fiscal del art.124 de la CE y el art. 3.7 del EOMF que le confiere la misión de velar por los derechos de los menores, además de no limitar al Juez dado que tras el informe del Ministerio Fiscal, pensemos que este pueda ser favorable, éste todavía puede decidir conceder la guarda y custodia compartida o no hacerlo, siempre en atención al interés superior del menor.

Vide MIRANDA ESTRAMPES, M. "La protección de menores: Una perspectiva constitucional", dentro de la obra colectiva *Custodia Compartida y protección de menores*, (Director: José Jaime Tapia Parreño), Cuadernos de Derecho Judicial II, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, Centro de documentación Judicial, 2009, pp. 11-67.

[32](#) Como señala CASTILLA BAREA, Margarita, "Notas sobre la guarda y custodia de los hijos a propósito de la aragonesa Ley de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres", *Aranzadi Civil*, nº 7/2010 (estudio), Editorial Aranzadi S.A., Pamplona, 2010, pág.

41, en la Ley aragonesa 2/2010 de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres "Se elimina la intervención decisiva del Ministerio Fiscal en lo relativo al régimen de guarda y custodia".

"La ley aragonesa sólo reserva al Ministerio Público las funciones que le son inherentes en todo proceso matrimonial –extendidas en este caso a todo proceso que resuelva la crisis de una pareja estable no casada–, de suerte que al haber menores implicados su intervención es precisa por imperio de las reglas generales que rigen la materia.

33 MIRANDA ESTRAMPES, M. "La protección de menores...", pág. 30.

34 Fue publicada en el Boletín Oficial Aragón 111/2010, de 8 de junio de 2010, en el BOE 151/2010, de 22 de junio de 2010 y entró en vigor, tras una *vacatio legis* de tres meses tras su publicación en el BOA según la Disposición Final 3ª de la Ley.

35 Altamira Gonzalo está en contra de que la Comunidad Autónoma de Aragón posea título competencial que le habilite a esta modificación por cuanto modifica el Código Civil. Ver su artículo en la Revista Abogados de noviembre de 2010, página 24.

36 GONZALEZ DEL POZO, Juan Pablo, "Comentarios sobre el ámbito de aplicación y el contenido del pacto de relaciones familiares en la Ley de Custodia Compartida de Aragón", revista la Ley, nº 7529, 2010, pp. 1-7 señala que estarían incluidos del ámbito de aplicación de la Ley los supuestos de ruptura de convivencia de los padres no casados entre sí con hijos mayores de edad a su cargo, por lo que éstos podrán solicitar en un procedimiento de guarda y alimentos, una pensión alimenticia en virtud de los art. 3.2 d) y 8 de la Ley.

37 El principio de protección de la familia e infancia se reconoce en el art. 39 de la Constitución española, y en el Estatuto de Autonomía de Aragón, cuyo art. 24 impone a los poderes públicos aragoneses adoptar políticas que garanticen la protección de las relaciones familiares y la igualdad entre el hombre y la mujer. Igualmente, la Convención sobre los Derechos del Niño, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y ratificada por España el 30 de noviembre de 1990, obliga a los Estados a respetar el derecho del niño a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo que fuera contrario al interés superior del niño.

38 Según el mismo artículo dispone en su párrafo siguiente, el acuerdo entre ambos progenitores se facilitará a través de la mediación familiar (artículo 1.3 L.

39 GONZALEZ DEL POZO, Juan Pablo. Análisis crítico de las medidas judiciales a adoptar, ante la falta de acuerdo de los progenitores, en la llamada Ley Custodia Compartida de Aragón. Diario La Ley. Nº 7357. El autor señala, a modo de resumen, que el principio que se establece sería "in dubio pro custodia compartida".

40 En el art. 2 de la LAIRF se denomina "Derechos y principios" si bien en este trabajo he distinguido entre principios y derechos para hacer más clarificadora la exposición.

41 En este caso, dicha libertad de pacto tendrá como límite el interés del menor, ya que las medidas relativas a hijos menores de edad o incapacitados, serán adoptadas por el Juez, sin que tenga que someterse a los principios dispositivo y de rogación.

42 En el articulado de la ley corresponde a los párrafos 2º y 3º del art. 2 de la LAIRF.

Incluyo como derecho a ser oído al hijo menor de edad con suficiente juicio, ya que se trataría de la contrapartida a la obligación de oírle, entendemos que no sólo en sede judicial, sino eminentemente por sus progenitores.

[43](#) Como ya hemos mencionado anteriormente en este trabajo, el hecho de ser oído ha de ser tratado de una manera adecuada, procurando que el menor no sienta que la decisión va a depender de él sino del Juez, a fin de evitar tensiones y manipulaciones del hijo.

[44](#) De cara a la equivalencia en la Ley de Enjuiciamiento civil, según la Disposición Adicional 2ª.2 de la Ley, "las referencias realizadas al convenio regulador se entenderán hechas al pacto de relaciones familiares".

[45](#) En el mismo sentido, GONZÁLEZ DEL POZO, Juan Pablo, "Comentarios..." Op. Cit., pág. 2. Recordemos a tal fin que a tenor del art. 90 del C.C. "El convenio regulador a que se refieren los art. 81 y 86 de este código deberá contener, al menos, los siguientes extremos:

A) el cuidado de los hijos sujetos a la patria potestad de ambos, el ejercicio de ésta y, en su caso, el régimen de comunicación y estancia de los hijos con el progenitor que no viva habitualmente con ellos.

B) [Si se considera necesario, el régimen de visitas y comunicación de los nietos con sus abuelos](#), teniendo en cuenta, siempre, el interés de aquéllos.

C) la atribución del uso y la vivienda del ajuar familiar.

D) La contribución a las cargas del matrimonio y alimentos, así como sus bases de actualización y garantías en su caso.

E) La liquidación, cuando proceda, del régimen económico del matrimonio.

F) La pensión que conforme al art. 97 correspondiere satisfacer, en su caso, a uno de los cónyuges.

Los acuerdos de los cónyuges, adoptados para regular las consecuencias de la nulidad, separación o divorcio serán aprobados por el juez, salvo si son dañosos para los hijos o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges.

Si las partes proponen un régimen de visitas y comunicación de los nietos con los abuelos, el juez podrá aprobarlo previa audiencia de los abuelos en la que éstos presten su consentimiento.

[La denegación de los acuerdos habrá de hacerse mediante resolución motivada](#) y en este caso los cónyuges deben someter a la consideración del juez nueva propuesta para su aprobación, si procede.

Desde la aprobación judicial, podrán hacerse efectivos por la vía de apremio.

Las medidas que el Juez adopte en defecto de acuerdo, o las convenidas por los cónyuges podrán ser modificadas judicialmente o por nuevo convenio cuando se alteren sustancialmente las circunstancias.

[El Juez podrá establecer las garantías reales o personales que requiera el cumplimiento del convenio.](#)

[46](#) En el caso de que del régimen de relación de los hijos con sus hermanos, abuelos y otros parientes y personas allegadas se deriven derechos y obligaciones para éstos, el Juez deberá darles audiencia antes de su aprobación. (art. 3.6 LAIRF). GONZÁLEZ DEL POZO, Juan Pablo, "Comentarios..." Op. Cit., pág. 3, critica que parezca obligatorio que se recoja en el pacto el régimen de relación con hermanos, abuelos y otros parientes y allegados, ya que contrasta con la posibilidad de hacerlo en el C.C. en el caso de que se considere necesario y en interés del menor.

Alude el autor a que esa regulación es innecesaria, por cuanto, esa parte de la familia se relaciona con el menor cuando éste se halla con el progenitor correspondiente a su línea familiar. Salvo que tuvieran enemistad u otra causa que impidiera el contacto con ellos.

[47](#) GONZÁLEZ DEL POZO, Juan Pablo, "Comentarios..." Op. Cit., pág. 4 valora como correcta la redacción, por cuanto aunque el concepto destino sea ambiguo, comprende cualquier uso o rendimiento de la cosa, más amplia que la mera atribución del uso.

[48](#) La ley establece que el Ministerio Fiscal será "oído", por lo que, no se requiere que dicho informe sea favorable para que sea aprobado por el Juez ni que en caso de que sea desfavorable vincule al Juez.

49 Ambas cuestiones irán generalmente de la mano, pensemos en un pacto en el que no se establece nada de pensión de alimentos o de reparto de los gastos extraordinarios.

50 Se me plantea la cuestión, puesto que en este punto la ley aragonesa es taxativa a la hora de decir que "*El pacto de relaciones familiares y sus modificaciones, en su caso, producirán efectos cuando sean aprobados por el Juez*", ¿Qué sucederá en el caso de que una pareja decida no acudir al Juez y realiza un pacto en documento privado o notarial?

Creo que en este caso, pese a la negativa de la Ley aragonesa, será de aplicación la doctrina jurisprudencial que reconoce plena eficacia "interpartes" a los convenios de regulación de las condiciones económicas entre los cónyuges que han decidido separarse de mutuo acuerdo aunque carezca de sanción judicial.

Estaríamos ante una manifestación del libre ejercicio de la facultad de autorregulación de las relaciones privadas (Cfr. Sentencia T.S., Sala primera nº 116/02 de 15 de febrero de 2002).

51 GONZALEZ DEL POZO, Juan Pablo, "Análisis crítico de las medidas judiciales a adoptar, ante la falta de acuerdo de los progenitores, en diario LA LEY, Nº 7537, 2010, pág. 3, se plantea si podría el Juez establecer la custodia compartida si ninguna de las partes lo solicita y sin que exista pretensión subsidiaria de custodia compartida (Por ejemplo que solicite la custodia individual para sí, y en caso de que no se estimase, la custodia compartida).

En el caso de que ambos solicitasen la custodia individual para sí mismos y se opusieran a la custodia compartida, pese a que el Juez estimase que fuese beneficiosa para los menores, aunque no rijan los principios de rogación y congruencia por el carácter indisponible de la pretensión (artículo 751 LEC), no parece que en asuntos como los de familia, se pueda ir contra la voluntad de las partes, de igual modo que no se puede conceder la guarda y custodia a un progenitor que no la haya solicitado.

52 Vide para un tratamiento más amplio de los factores, GONZALEZ DEL POZO, Juan Pablo, "Análisis crítico de las medidas judiciales a adoptar, ante la falta de acuerdo de los progenitores, en la llamada Ley Custodia Compartida de Aragón", en diario La Ley, número 7537, 2010, pp. 1-7.

53 El art. 92.7 del Código civil únicamente se refiere a la custodia compartida. CASTILLA BAREA, Margarita, "Notas sobre la guarda y custodia de los hijos a propósito de la aragonesa Ley de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres", Aranzadi Civil, nº 7/2010 (estudio), Editorial Aranzadi S.A., Pamplona, 2010, pág. 42, lo señala como una novedad importante que ataja el defecto de la norma estatal que no exigía resolución judicial firme al decir "estar incurso en un proceso penal iniciado..." y que, no aclara el tipo de decisión que tiene que ser esa "resolución judicial motivada" y que en opinión de la autora bastaría con un auto motivado de enjuiciamiento.

54 Todos conocemos cuánto pueden dilatarse los procedimientos penales, susceptibles de los correspondientes recursos, por cuanto si se estableciera que dicha resolución judicial fuera una Sentencia firme, bastaría con que el progenitor que estuviere acusado de dicho delito (y sobre el que pesan indicios que hacen que se continúe con la investigación o la acusación o incluso con Sentencias condenatorias no firmes), prolongase los recursos con el fin de obstaculizar el procedimiento de familia y en claro perjuicio del interés del menor. Además hay que señalar la cautela que establece la Ley 2/10 en su Disposición Adicional IVª, ya que en el caso de que recaiga una sentencia firme absolutoria la atribución de la guarda y custodia será revisable. Por lo que queda salvado el derecho a la presunción de inocencia en el orden penal junto con los derechos como progenitor (madre o padre).

[55](#) Entendemos igualmente, pese a que pueda parecer una obviedad, que en dichos supuestos el Juez ordenará que se deduzca testimonio de las actuaciones por si se hubiera cometido un delito.

[56](#) CASTILLA BAREA, M. "Notas sobre..." Op. Cit., pág. 39. Vide también GONZÁLEZ DEL POZO, J. P. "Análisis crítico..." Op. Cit., pág. 6 el autor entiende que es novedoso y elogiado porque responde a las necesidades sociales, tiene una regulación deficiente por cuanto "no precisa que tal medida sólo podrá acordarse por el Juez si la solicita, al menos, una de las partes (adoptarla en contra de la voluntad de ambos progenitores sería una expropiación).

[57](#) En mi opinión, sería más normal que las partes acuerden voluntariamente a su venta, de manera previa a la vista, o que el Juez les inste a llegar a un acuerdo en la sala de vistas. Esta venta podría ser realizada en un plazo determinado o a un precio determinado, a fin de no sacrificar en una mala venta, el destino del ahorro de la gran mayoría de españoles.

[58](#) GONZALEZ DEL POZO, Juan Pablo, "Comentarios ..." Op. Cit., pág. 6. Sin embargo y pese a que el autor alabe la distinción realizada por el legislador aragonés en cuanto a los gastos ordinarios y extraordinarios, echa de menos que no se haya aprovechado la ocasión para regularlo de una manera más amplia, estableciendo una definición y los requisitos para exigir su pago al otro progenitor, ya que un gran número de ejecuciones de los juzgados tienen por objeto la reclamación de gastos extraordinarios.

En ese aspecto discrepo del autor por cuanto la vida familiar y los supuestos de cada día son tan ricos en detalles y matices que serían imposibles de abarcar en una ley que ha de tener una pretensión de generalidad.

Los progenitores que demandan en una ejecución de títulos porque el otro progenitor no abona una pensión de alimentos, suelen aprovechar para reclamar gastos extraordinarios que no se les han abonado en dicha reclamación.

[59](#) Asimismo, el Juez podrá acordar la asistencia de los progenitores a una sesión informativa sobre la mediación familiar si, atendiendo las circunstancias concurrentes, estima posible que lleguen a un acuerdo.

[60](#) Esta declaración fue proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en la Resolución 2263 (XXII) de 7 de noviembre de 1967.

[61](#) Según la recopilación efectuada por Hervada, Javier y Zumaquero, José M. Textos internacionales de Derechos Humanos I 1776-1976. Ediciones Universidad de Navarra S.L. Pamplona, 1992. Página 585.

[62](#) Según este derecho;

"1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.

2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y libertades de los demás.

[63](#) Xabier Arzo Santisteban. (Erickson contra Suecia 22/6/89, Margarita y Roger Andersson c Suecia 25/2/92 Olson contra Suecia Iglesias Gil c España 29/4/2003... IÑAKI LASAGABASTER... Página 306.

[64](#) ARESE IRIONDO, MARIA NIEVES en la obra colectiva de la que es directora LASAGABASTER, IÑAKI, página 496. La autora constata que el TEDH reconoce una pluralidad de modelos familiares, y entre los cuales debe existir vínculo familiar y cumplimiento de varias condiciones.

Según la autora dicha cuestión es relevante porque, "el TEDH por esta vía extrae estos supuestos del art. 12 CEDH para reenviarlo al art. 8".

[65](#)

[66](#) GOIRIENA LEKUE, Agurtzane, "La custodia compartida, el interés del menor y la neutralidad de género", en revista Aequalitas, nº 16, 2005, pág. 56.

[67](#) LATHORP GÓMEZ, Fabiola, Custodia... Op. Cit. Pág. 374.

[68](#) LATHORP GÓMEZ, Fabiola, Custodia... Op. Cit. Pág. 373, la autora indica que dentro del feminismo existen varias posturas "las que defienden la custodia conjunta como sistema que permite balancear efectivamente el cumplimiento de los roles domésticos y de cuidado de los hijos y (...) las que la rechazan al atribuirle la desventaja de perpetuar la asignación de las funciones tradicionalmente asociadas a la mujer"

[69](#) Por ejemplo, en la Sentencia de 21 de septiembre de 2010 del Juzgado de Primera Instancia 6 de Zaragoza, éste es un argumento del juzgador donde el padre pretende la guarda y custodia compartida y la madre la pide en exclusiva para sí, sin oponerse a un régimen de visitas amplio. El juzgador considera que durante las visitas casi del 50 % del tiempo del menor, el progenitor ejerce la custodia del menor por lo que concede la custodia compartida a pesar del informe en contra del Fiscal.

El padre no se había ocupado del hijo hasta ese momento, tarea que había desempeñado la madre, pero no se dudaba de la capacidad del padre para desempeñar esas tareas.

El juez fija la custodia en periodos de seis meses al año, con un régimen de visitas, sin fijar pensión de alimentos y sin fijar un porcentaje en los gastos extraordinarios, que serán abonados en proporción a sus recursos económicos.

Esta Sentencia fue objeto de un recurso de apelación que fue resuelto por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sentencia de 29-3-2011, nº 180/2011, rec. 575/2010. Pte.: Mata Albert, M^a Elia, que confirmó la custodia compartida pero, modificándola.

Concretamente se modifica (fundamento V^o) porque el padre no había presentado un plan de relaciones familiares (art. 6.2^o) en el que determinase con detalle y precisión la forma de llevar a la práctica ese régimen, el que no ha aportado el demandado, y **al aceptar la madre subsidiariamente la custodia compartida se accede a la misma**, por estimarse la más adecuada al exclusivo interés del niño, entendiéndose que el largo periodo que la Sentencia fija de semestres alternos no satisface sus especiales necesidades de todo orden.

La custodia compartida se desarrollará teniendo el padre al menor fines de semana alternos desde el viernes a la salida del colegio o desde las 17,30 horas hasta el lunes a la entrada del mismo, martes y jueves desde la salida del colegio o desde las 17,30 horas, con pernocta, hasta el día siguiente a la entrada del colegio, cuando lo haya, en caso contrario, lo llevará al domicilio materno.

Las vacaciones escolares de Navidad, Semana Santa y verano se distribuirán por mitad en dos periodos, las Fiestas del Pilar corresponderán íntegramente cada año a un progenitor.

Además y para atender a los gastos del menor, a excepción de los de alimentación, cada progenitor ingresará mensualmente en una cuenta bancaria abierta al efecto a nombre de ambos, 200 euros mensuales, que se actualizarán anualmente conforme al I.P.C. y los gastos extraordinarios al 50%.
