



Trabajo Fin de Grado

Análisis socio jurídico de la custodia compartida en Aragón dentro del marco europeo.

Autora: EUGENIA SOROLLA CASTAÑ

Directora: Prof. Dña TERESA PICONTÓ NOVALES

Facultad de Derecho de Zaragoza

2018

ÍNDICE SISTEMÁTICO

ABREVIATURAS.....	3
I. INTRODUCCIÓN.....	4
II. LA CUSTODIA COMPARTIDA: PRINCIPIOS, CONCEPTO Y REGULACIÓN JURÍDICA	
1. Los principios de la custodia compartida.....	7
2. El concepto y denominación de custodia compartida.....	13
3. Regulación jurídica de la custodia compartida.....	15
III. LA CUSTODIA COMPARTIDA EN LOS PAÍSES DEL SUR DE EUROPA.....	18
IV. LA CUSTODIA COMPARTIDA EN ARAGÓN	
1. Procedimiento para fijar el régimen de guarda y custodia.....	22
2. Diferencias con otros ordenamientos jurídicos	27
2.1. Diferencias con la legislación estatal.....	27
2.2. Diferencias con la legislación catalana.....	28
2.3. Diferencias con la legislación navarra.....	31
V. BALANCE DE LA CUSTODIA COMPARTIDA: BENEFICIOS E INCONVENIENTES	34
VI. CONCLUSIONES.....	37
VII. BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA.....	41

LISTADO DE ABREVIATURAS UTILIZADAS

Abreviatura	Significado
CCAA	Comunidades Autónomas
Art.	Artículo
CE	Constitución Española
CC	Código Civil
CDFA	Código de derecho foral aragonés
CCcat	Código Civil de Cataluña
MF	Ministerio Fiscal
STSJ	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
STS	Sentencia del Tribunal Supremo

I. INTRODUCCIÓN.

Con el presente trabajo de fin de grado, al que he denominado “*Análisis socio jurídico de la custodia compartida en Aragón dentro del marco europeo*”, se ha querido abordar algunos aspectos del tema relacionado con el régimen de la guarda y custodia compartida, una modalidad de las distintas existentes en nuestro ordenamiento jurídico.

Cuando, como a raíz de una crisis de pareja o una crisis matrimonial, se produce una ruptura de la convivencia de ambos progenitores, lo principal, es tener en cuenta la situación en la que nos encontramos y valorar qué progenitores van a encargarse del cuidado y atención de los hijos comunes en caso de que los haya. El objetivo de este trabajo es como he dicho anteriormente analizar el régimen de custodia compartida y examinar si la elección de este modelo se adapta más y mejor a las circunstancias del menor, protegiendo así el interés superior del niño. Elegir el modelo de custodia correcto es muy importante ya que los hijos son los que van a sufrir las consecuencias directas de esa separación y por tanto, antes de realizar esa elección, se deben tener en consideración una serie de derechos y principios fundamentales, entre los que destacan, la libertad, la igualdad y el interés del menor. El derecho a la libertad aparece regulado en el art. 17 CE y con él entendemos que, cuando los padres se divorcian, serán los primeros en elegir con libertad el modelo custodio que quieren para sus hijos atendiendo siempre al interés del menor. El derecho a la igualdad se regula en el art. 14 CE y en el art. 1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y hace referencia a que ambos progenitores, están en las mismas condiciones de ejercer sus responsabilidades como padres frente a sus hijos y lo mismo ocurre respecto al hijo, ya que éste también está en su derecho de tener contacto con su padre y su madre de una forma igualitaria. Por último, encontramos el principio del interés superior del menor regulado en el art. 3.1 de la Convención sobre los derechos del niño, un principio que establece que todas aquellas decisiones o actos que se tomen en relación con el niño, deben llevarse a cabo teniendo en consideración el bienestar del menor y su beneficio. Se trata de evitar que se promulguen decisiones o actuaciones que pueden ser perjudiciales para los niños.

Cabe destacar que, en primer lugar, serán los padres los encargados de decidir qué modalidad de guarda y custodia quieren y consideran más beneficiosa para sus hijos.

Sin embargo, hay muchos casos donde no existe acuerdo entre ambos y entonces debe ser el juez quien, en caso de que no haya acuerdo, decida sobre el modelo de custodia de los hijos menores atendiendo siempre al mejor interés del niño.

Para alcanzar los objetivos a los que he hecho referencia previamente, el trabajo se estructurará en torno a los siguientes apartados:

Apartado II: El objetivo de este apartado es explicar la custodia compartida y para ello, he creído conveniente dividirlo en tres subapartados. En el primero, hablaré sobre los principios y derechos que están en juego en estas situaciones de ruptura de la convivencia de los padres o divorcio, centrándome en nuestra CE y en otros textos internacionales y europeos relevantes. En el segundo, pretendo dar una visión del concepto y denominación de este modelo de guarda y custodia con carácter general, es decir, ofrecer una breve explicación sobre qué entendemos por custodia compartida. En el tercero, realizaré un breve repaso sobre cómo este régimen de custodia se ha ido regulando en las leyes de nuestro país conforme ha ido evolucionando nuestra sociedad.

Apartado III: En este apartado al que denominamos “*la custodia compartida en los países del sur de Europa*”, me he centrado en explicar cómo se analizan las reformas producidas en el ámbito del derecho de familia europeo y el alcance práctico de las mismas en España, pero teniendo en cuenta el marco de los países del sur de Europa como Francia, Italia y Portugal.

Apartado IV: Este epígrafe relativo a la custodia compartida en Aragón consta de dos subapartados. El primero, referido a cómo se regula este modelo de guarda y custodia en nuestra Comunidad Autónoma, Aragón. En el segundo, llevaré a cabo un estudio de cómo aparece establecido este régimen custodio en nuestro derecho Estatal y en algunas Comunidades Autónomas (Cataluña, Navarra, Valencia) y realizaré comparaciones entre las mismas para ver los puntos que tienen en común y en qué se diferencian.

Apartado V: En este apartado, “*Balance de la custodia compartida: Beneficios e inconvenientes*”, haré referencia como indica el nombre del título, a las ventajas e inconvenientes que presenta la imposición de la custodia compartida. La custodia compartida puede ser beneficiosa tanto para los padres como los hijos, ya que establece

la posibilidad de que los hijos continúen cohabitando con sus dos padres, garantizándose así también que ambos progenitores participen en igualdad de condiciones en el desarrollo y crecimiento de los hijos, lo que puede permitir que los menores acepten esta nueva situación familiar de una forma mucho más fácil y por esta razón, la separación puede resultar menos traumática para ellos, previniéndose así de que aparezcan sentimientos negativos del niño. Sin embargo, a pesar de que la imposición de este régimen puede resultar ventajoso, también puede ser perjudicial para los niños el que, continuamente tengan que estar trasladándose de un domicilio a otro, lo que puede provocar una inestabilidad tanto física como psíquica.¹ Además, acordar la custodia compartida, aun cuando no existe acuerdo entre los padres, puede ser arriesgado y puede dar lugar a que se incremente el conflicto entre ellos².

Apartado VI: Para finalizar, estableceré en este apartado las conclusiones a las que he llegado tras el estudio del presente trabajo de fin de grado.

La metodología utilizada en este Trabajo de Fin de Grado ha sido fundamentalmente documental. Los apartados anteriores se han analizado mediante fuentes bibliográficas y también se han tenido en cuenta algunos textos legales pertinentes.

¹ PICONTÓ NOVALES, TERESA (Ed) 2012 “*La custodia compartida a debate*” Madrid, Dykinson-Instituto de derechos humanos Bartolomé de las casas. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, p. 89-90.

² PICONTÓ NOVALES, TERESA (Ed) 2012 “*La custodia compartida a debate*” Madrid, Dykinson-Instituto de derechos humanos Bartolomé de las casas. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, p. 64.

II. LA CUSTODIA COMPARTIDA: PRINCIPIOS, CONCEPTO Y REGULACIÓN JURÍDICA.

1. Los principios de la custodia compartida.

En el presente apartado hablaré de los principios y derechos que están en juego cuando se produce una situación de ruptura de la convivencia de los padres o divorcio y para ello, tendré en cuenta algunos derechos regulados en la Constitución española de 1978 y también aludiré a los principios del derecho de familia que además conectan con los derechos de familia europeos.

Ante todo, debemos apuntar que la relación entre los derechos fundamentales y los derechos de familia queda reflejada en dos aspectos: i) el Derecho de familia es un derecho encargado de proteger los derechos fundamentales de sus miembros y ii) el derecho de familia debe evitar que los posibles conflictos que puedan surgir entre los miembros del grupo familiar puedan lesionar estos derechos fundamentales. El art. 39 CE pone a la familia bajo la protección de los poderes públicos, en los aspectos sociales, económicos y jurídicos, hablamos de un precepto que protege a la familia, sin distinción de tipos. La familia, como tal, también es objeto de protección en el art. 8 del Convenio europeo para la protección de los Derechos fundamentales y libertades fundamentales, de 1950. Sin embargo, este no es el único tratado europeo que se ocupa de regular el respeto a la familia ya que el art. 7 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión europea, de 10 de diciembre de 2000, contiene la misma declaración que el Convenio europeo al decir que “*toda persona tiene derecho al respeto a su vida privada y familiar [...]*”.³

Además, el art. 16.3 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos establece que “*la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del estado*” y el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño dice que “*convencidos de que la familia, como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, debe recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la*

³ ROCA I TRIAS, ENCARNA (Ed) 2014 “*Libertad y Familia*”, Valencia: Tirant lo Blanch, p. 111- 118.

comunidad, reconociendo que el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión... ”

Cabe destacar que uno de los conflictos más importantes que se puede producir en el ámbito del grupo familiar, es el derivado de la ruptura de convivencia de los padres o divorcio, que puede ser configurado como un derecho derivado de la libertad regulado en el art. 17 CE. Hay que admitir que el matrimonio es soluble pero la relación paterno filial no lo es.⁴

Los derechos fundamentales que aparecen implicados en estas situaciones de ruptura conyugal son los del art. 14 y 17 CE, así como el referido al principio del interés superior del menor. Los analizaremos por separado.

En primer lugar, destacamos el derecho a *la libertad*, regulado en el art. 17 CE según el cual “*Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma previstos en la ley*”. Cuando hablamos de este derecho hay que tener en cuenta, en primer lugar, que el divorcio o la separación se considera como una forma de ejercicio del derecho a la libertad individual de los cónyuges, el sacrificio de la libertad de un cónyuge impuesto por la permanencia del vínculo matrimonial aun en casos de imposibilidad de convivencia, no está justificado.⁵ En lo que respecta a la libertad de establecer un modelo custodio ante la ruptura de convivencia de los padres, aludimos a que los progenitores, una vez que se separan, serán los que en primer lugar deben decidir con libertad el modelo de custodia que quieren respetando los derechos y el interés superior de los niños. A través del mismo ejercerán sus responsabilidades como padres.

En segundo lugar, hacemos referencia al art. 14 CE que habla del derecho *de igualdad* según el cual “*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*”. Debemos tener presente el

⁴ ROCA I TRIAS, ENCARNA (Ed) 2014, “*Libertad y familia*”, Valencia: Tirant lo Blanch, p. 155.

⁵ ROCA I TRIAS, ENCARNA (Ed) 2014, “*Libertad y familia*”, Valencia: Tirant lo Blanch, p. 159.

art. 1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos “*Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros*”. Dicho esto, cabe señalar que se ha consagrado una igualdad de los integrantes del grupo familiar, lo que da lugar a una distribución igualitaria de las obligaciones y derechos entre los cónyuges, tanto desde el punto de vista personal como patrimonial y también ha dado lugar a un reparto igualitario y continuado de tareas en las responsabilidades familiares de los dos progenitores, tanto de la madre como del padre, respecto de sus hijos.⁶ ⁷

Teniendo en cuenta el papel igualitario que existía entre hombres y mujeres anteriormente, podríamos decir que nos encontramos ante un cambio de mentalidad y de actitud de la sociedad, ya que esto supone que la ruptura de la pareja comportará de igual manera la toma conjunta de decisiones de la vida de los hijos. Es una forma de hacer referencia a la bilateralidad en el cuidado de los hijos, bajo el concepto de igualdad.⁸

En este sentido, señalamos que en España como en los países europeos, se han producido una gran cantidad de reformas legales en el ámbito familiar dirigidas a la consecución de la igualdad de hombres y mujeres. En España destaca la ley estatal 3/2007, de 22 marzo, que pretende conseguir un reparto más equitativo de las funciones de cuidado, incentivando la asunción de sus responsabilidades por parte de los hombres y mejorando los instrumentos de conciliación de hombres y mujeres, aunque en realidad, el derecho de la igualdad en la sociedad española entre hombres y mujeres, en el ámbito familiar, está todavía lejos de consolidarse en aspectos como el de las relaciones de pareja o en el del ejercicio conjunto de la responsabilidad parental durante y después de la crisis o ruptura matrimonial, que puede ser debida para algunos, a las desigualdades salariales y en el ejercicio profesional del mercado laboral.⁹

⁶ PICONTÓ NOVALES, T. (Ed) (2012), “*La custodia compartida a debate*” Madrid, Dykinson- Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid p. 49- 58.

⁷ GÓMEZ PUERTO, ÁNGEL “*Las ventajas de la custodia compartida*”, 2016 <http://gomezpuertoabogado.es/las-ventajas-la-custodia-compartida/> (22/06/18)

⁸ *Custodia Compartida: Hacia la igualdad en la responsabilidad de los padres*, 2010. <http://www.abogacia.es/wp-content/abogados/ficheros/1289404554299.pdf> (15/06/18)

⁹ PICONTÓ NOVALES, TERESA (Ed) 2012 “*La custodia compartida a debate*” Madrid, Dykinson – Instituto de derechos humanos Bartolomé de las casas. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid p. 46- 54.

En lo referido a los países europeos, en este entorno de transformaciones sociales y políticas, la ruptura conyugal y de pareja exige una amplia reorganización en el ámbito de las políticas sociales, legales y económicas de los países europeos referidas a la familia y a la protección de la infancia. Todo ello en un contexto de ajuste o redefinición de los roles masculinos y femeninos.¹⁰

De acuerdo con esto, muchos grupos de padres separados y divorciados han ejercido una gran presión reivindicando una mayor competencia e implicación a la hora de asumir responsabilidades con sus hijos o ejercer un derecho de visitas tras la ruptura familiar ya que en España, en el ámbito empresarial predomina la creencia de que las mujeres se entregan menos al trabajo remunerado porque se entiende que son ellas y no los hombres las que tienen un mayor número de obligaciones familiares y las que deben hacer frente a mayores responsabilidades de atención y cuidado en la familia, es decir, se entiende que en realidad, son las mujeres las que tienen que hacerse cargo de los hijos y son los hombres los que se tienen que dedicar al trabajo. Por eso se cree que cuando se produce la ruptura familiar lo “normal” es que sean las madres quienes se van a ocupar de los hijos y no los padres y por esta razón, las reivindicaciones anteriores que se han llevado a cabo por los padres, se han realizado especialmente para manifestar la igualdad que tienen los mismos en relación con las mujeres para ejercitarse de igual forma los derechos que estos padres tienen respecto al cuidado de sus hijos.¹¹

En tercer lugar, otro de los principios a destacar sería el principio de protección del más débil, un principio básico inspirador del régimen jurídico de esta materia que es el del interés superior del menor. Respecto al mismo, cabría destacar la definición que ofrece la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, en su art. 3.1 ya que según el mismo *“En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”*.

¹⁰ PICONTÓ NOVALES, T. “*El avance de la custodia compartida en los países del sur de Europa. Algunas consideraciones críticas*”, Revista Temas Socio Jurídicos de la UNAB de Colombia, nº66, 2014, p. 34

¹¹ PICONTÓ NOVALES, TERESA (Ed) 2012 “*La custodia compartida a debate*” Madrid, Dykinson-Instituto de derechos humanos Bartolomé de las casas. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, p. 54.

Estamos hablando de un principio que surge con la necesidad de proteger a las personas que se encuentran en una situación de especial indefensión o desamparo.

El principio del interés superior del niño se configura como un concepto jurídico indeterminado, difícil de definir y de aplicar y por esta razón no debe ser interpretado en una forma estática sino que, por el contrario, deberá entenderse en una forma dinámica, flexible, para poder ir perfilando caso por caso una concreción acerca de lo qué es el *favor filii*.¹² El concepto de interés del menor no constituye otra cosa que la proyección en las personas menores de edad del problema de la protección de los derechos fundamentales en general, el principio del interés del menor se identifica con la protección de aquellos derechos que el ordenamiento jurídico atribuye, con la categoría de fundamentales, a las personas. Con este principio se trata de asegurar la efectividad de unos derechos a unas personas que por sus condiciones de madurez no pueden actuar por sí mismas, de forma independiente para reclamar su efectividad.¹³ El interés del menor se identifica por tanto con la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes y el libre desarrollo de su personalidad, pero también se relaciona con la felicidad y el bienestar personal de ese individuo y a su equilibrio emocional y afectivo.¹⁴

El autor Francisco Rivero Hernández, también considera que es muy difícil definir con cierta pretensión de generalidad qué es o en qué consiste el interés del menor. Establece que en términos generales ese interés del menor se nos presenta y refiere a una ventaja efectiva para el niño o adolescente conjugada en ocasiones con la evitación de un perjuicio o una desventaja para él, es decir, su interés reside en proporcionarle las mejores opciones y decisiones y evitarle riesgos o perjuicios.¹⁵

¹² RAVETLLAT BALLESTÉ, ISAAC“ *El interés superior del niño: concepto y delimitación del término*”, Educatio siglo XXI, Revista de la Facultad de Educación de la Universidad de Murcia sobre la infancia, derechos y educación, vol. 30, nº 2, 2012, pp. 92.

¹³ RAVETLLAT BALLESTÉ, ISAAC“ *El interés superior del niño: concepto y delimitación del término*”, Educatio siglo XXI, Revista de la Facultad de Educación de la Universidad de Murcia sobre la infancia, derechos y educación, vol. 30, nº 2, 2012, pp. 96.

¹⁴ RAVETLLAT BALLESTÉ, ISAAC“ *El interés superior del niño: concepto y delimitación del término*”, Educatio siglo XXI, Revista de la Facultad de Educación de la Universidad de Murcia sobre la infancia, derechos y educación, vol. 30, nº 2, 2012, pp.96.

¹⁵ RIVERO HERNÁNDEZ, FRANCISCO (Ed) (2007)“*El interés del menor*”. Madrid: Ed. Dykinson pp. 62

Podríamos decir con otras palabras que ese interés superior del niño en la materia que nos ocupa, la determinación de la custodia del niño una vez que se ha producido la ruptura de convivencia de los padres, alude a que se trata de tomar o establecer una serie de medidas o ejercer determinadas acciones pero siempre teniendo en cuenta las consecuencias que esas acciones o medidas pueden tener frente a esos niños, es decir, se pueden llevar a cabo determinadas actuaciones respecto a los mismos pero siempre se tendrá que tener en cuenta que sus derechos quedan protegidos, que las medidas o acciones que se van a tomar van a ser beneficiosos para ellos y por tanto no van a ser perjudiciales. El principio del superior interés del menor en lo que respecta al tema de la guarda y custodia, es el principio principal a tener en cuenta a la hora de acordar un tipo de custodia u otra ya que, en estos supuestos, se tendrá que analizar como juega dicho principio en ese caso concreto, teniendo en cuenta las características del caso y adoptando aquel modelo que se considere más beneficioso para el menor y para su mejor interés. Por ello, lo importante a la hora de atribuir la custodia del niño no es tanto la importancia que se dé a un tipo de custodia u otra, sino que se proteja ese interés del menor y por tanto que el mismo se vea beneficiado.¹⁶

A modo de conclusión, hemos visto los principales derechos y principios que tienen los padres e hijos y que deben tomarse en consideración a la hora de elegir un régimen custodio en el caso del divorcio de los progenitores. Aparecen regulados principalmente en nuestra Constitución Española pero también los encontramos en otros textos internacionales y europeos. Destacan fundamentalmente el principio de libertad, el principio de igualdad y el superior interés del menor. Vistos estos principios y derechos, en el apartado correlativo intentaré realizar una explicación sobre el concepto y denominación de la custodia compartida, es decir, ¿qué entendemos por custodia compartida?

¹⁶ BUENO JIMÉNEZ, MAURICIO, “*La custodia compartida y el interés prevalente del menor*”, 2015. <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/10066-la-custodia-compartida-y-el-interes-prevalente-del-menor/> (01/07/18)

2. El concepto y denominación de custodia compartida.

En este apartado, en primer lugar, debemos señalar que el ejercicio de esta modalidad de custodia conjunta por parte de los padres respecto a sus hijos, no es una figura nueva en nuestro ordenamiento jurídico ya que la misma se conocía con anterioridad al establecimiento de 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* aunque es cierto que en aquellos tiempos la aplicación de la misma solo se llevaba a cabo para determinados supuestos concretos y por mutuo acuerdo de los padres. Sin embargo, en la actualidad, esta figura aparece reconocida en la referida ley 15/2005, concretamente en su art. 92.5 según el cual “*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*”.¹⁷ En este sentido, cabe destacar que las leyes españolas, en lo que se refiere a las relaciones paterno filiales en la determinación del modelo de custodia compartida, continúan exigiendo la presentación de un convenio regulador de las relaciones personales y económicas entre los padres y los hijos, esto es lo que se conoce como *plan de parentalidad en Cataluña y pacto de relaciones familiares en Aragón*.

¿Qué es y en qué consiste la guarda y custodia compartida? Es importante resaltar que ni las leyes ni la doctrina ni sentencias del TC ni del TS han ofrecido un criterio fiable para que pueda identificarse qué significa. Hablamos de un concepto que se puede describir diciendo que se trata de una situación, consecuencia del cese de la convivencia entre los progenitores, en la que ambos se hacen cargo de la atención diaria del menor de edad, asumen conjuntamente la responsabilidad parental y comparten las necesidades económicas del menor. La doctrina y algunas ocasiones la jurisprudencia han hecho más incapié en cuestiones relacionadas con la administración y gestión de la vida diaria, como con quién o donde va a vivir el niño o quién se encarga de recogerle al colegio y preocuparse porque el menor cumpla con sus deberes, es decir, se trata de unos asuntos que los padres deben seguir ejerciendo para implementar el bienestar del

¹⁷ TALAVERA SÁNCHEZ, IRMA, “*La nueva regulación de la guarda y custodia compartida*” <http://www.hispacolex.com/wp-content/uploads/documents/pdf/articulo%20irma.pdf>, s.f. (15/05/18)

menor.¹⁸ La custodia compartida sería la figura que concreta la corresponsabilidad parental de la manera más acorde con todos los intereses familiares en conflicto tras la ruptura de los progenitores, ya que supone un reparto de los derechos y deberes derivados del ejercicio de la patria potestad sobre los hijos.¹⁹ Se trata de un régimen custodio en el que tanto el padre como la madre están capacitados para establecer una relación viable entre ellos, basada en el respeto y en la colaboración, con el objeto de facilitar a los hijos comunes la más frecuente y equitativa comunicación con ambos progenitores y de distribuir de forma justa y proporcional la atención de las necesidades materiales de los hijos, con la previsión de un sistema ágil para la resolución de los desacuerdos que puedan surgir en el futuro.^{20 21}

A este respecto, una sentencia significativa es la del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña 31/2008, de 5 de septiembre, donde figuran una serie de elementos en los que se coincide como constantes en la guarda compartida: que los progenitores compartan tiempo con sus hijos, aunque no necesariamente debe ser exacto y equilibrado. Además, para poder hablar de este concepto, no es imprescindible que exista una convivencia efectiva ya que, por ejemplo, se puede tratar de un caso en el que el niño está viviendo de forma interna en una escuela en el extranjero y en este supuesto, los padres evidentemente no van a poder convivir con el hijo, pero si pueden compartir otros espacios de tiempo como son las vacaciones, algunos fines de semana etc... y esto no excluye la característica compartida de la guarda.²²

Por todo ello y a modo de conclusión, podemos ver que se trata en sí mismo de un concepto abierto y adaptable a las circunstancias de los afectados garantizando la idea de corresponsabilidad parental como la más adecuada para el interés y desarrollo del menor, que se puede definir como la forma de atribución del ejercicio de la función de convivencia y cuidado directo de los menores, en favor de ambos progenitores tras la

¹⁸ ROCA I TRIAS, ENCARNA (Ed) 2014, “*Libertad y familia*”, Valencia: Tirant lo Blanch, p. 175.

¹⁹ PINTO ANDRADE, CRISTOBAL, *La custodia compartida en la práctica judicial española: los criterios y factores para su atribución*, 2015, p. 149. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5645592.pdf> (15/04/18)

²⁰ PINTO ANDRADE, CRISTOBAL, *La custodia compartida en la práctica judicial española: los criterios y factores para su atribución*, 2015, p. 149. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5645592.pdf> (15/04/18)

²¹ PICONTÓ NOVALES, TERESA (Ed) 2012 “*La custodia compartida a debate*” Madrid, Dykinson-Instituto de derechos humanos Bartolomé de las casas. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, p. 89.

²² ROCA I TRIAS, ENCARNA (Ed) 2014, “*Libertad y familia*”, Valencia: Tirant lo Blanch, p 176.

ruptura de éstos, por periodos de alternancia equitativos, más que igualitarios y para cuya adecuada comprensión debe prevalecer la idea de corresponsabilidad parental.²³ ²⁴

3. Regulación jurídica de la custodia compartida.

Tras la promulgación de nuestra Constitución Española en 1978, surgió la necesidad de adecuar el Derecho de familia a la norma suprema del Estado. En el año 1981 tuvieron lugar dos importantes reformas, la primera se articuló mediante la Ley estatal 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio y, la segunda a través de la Ley 30/ 1981, de 7 de julio, *por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio.*²⁵

Se podría decir que la evolución hacia el ejercicio compartido de la responsabilidad parental en España se inició con la aplicación de la citada ley 11/ 1981 de 13 de mayo, ley que establecía que la patria potestad se ejercería por ambos progenitores y como consecuencia se estaban reconociendo a la madre los mismos derechos sobre los hijos que históricamente habían sido asignados al padre tras la ruptura matrimonial, dando un paso muy grande en el proceso de equiparación jurídica entre hombres y mujeres.²⁶

Cabe destacar que, hasta ese momento, la titularidad de la patria potestad sobre los hijos legítimos había sido exclusiva del padre con excepción de un breve período de tiempo durante la II República Española en cuya CE de 1931 se reconocían los derechos de igualdad de la mujer dentro del matrimonio y, por tanto, en el ejercicio de la patria potestad. Sin embargo, desgraciadamente, el franquismo de nuevo volvió a colocar a las mujeres en una situación de desigualdad.²⁷

²³ ROCA I TRIAS, ENCARNA (Ed) 2014, “*Libertad y familia*”, Valencia: Tirant lo Blanch, p 176.

²⁴ PINTO ANDRADE, CRISTOBAL, *La custodia compartida en la práctica judicial española: los criterios y factores para su atribución*, 2015, p. 150. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5645592.pdf> (15/04/18)

²⁵ DELGADO SÁEZ, JÉSSICA, “*Evolución legislativa de la custodia compartida. Especial referencia a las CCAA con derecho propio*”, s.f. <https://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/evolucion-legislativa-custodia-compartida-685513913> (16/06/18)

²⁶ PICONTÓ NOVALES, TERESA (Ed) 2012 “*La custodia compartida a debate*” Madrid, Dykinson-Instituto de derechos humanos Bartolomé de las casas. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, p.46

²⁷ PICONTÓ NOVALES, TERESA (Ed) 2012 “*La custodia compartida a debate*” Madrid, Dykinson-Instituto de derechos humanos Bartolomé de las casas. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, p. 53

La segunda reforma relevante a tener en cuenta tras la CE de 1978 es la de la ley 30/1981 de 7 de julio, que sería la primera norma legislativa en materia de crisis matrimonial regulada en nuestro ordenamiento jurídico. En esta ley no aparecía regulado el modelo de guarda y custodia compartida ya que entonces predominaba el modelo tradicional de guarda exclusiva al cónyuge más idóneo, por el cual, se atribuía la custodia de los hijos a uno de los progenitores que en la mayor parte de las ocasiones y preferentemente era la madre respecto a los hijos menores de 7 años.²⁸

Sin embargo, en el año 1990 tiene lugar una nueva modificación legislativa con la Ley 11/1990, de 15 de octubre, reforma el Código Civil en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo. Hablamos de una ley que hace desaparecer la mención expresa a que la custodia de los hijos menores de 7 años se otorgaría siempre a la madre de forma preferente.²⁹

En el año 1996 se promulga la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que consagra el principio del interés superior del menor, modificada por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.³⁰

Como consecuencia de la evolución social se promulgó una nueva ley, 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. Es una ley que reconocía de forma legal y expresa por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico la posibilidad de optar por un nuevo modelo de custodia, el modelo de custodia compartida para que así ambos progenitores pudieran ocuparse y estar en tenencia del menor después de que se hubiera producido la ruptura de convivencia entre ellos. Cabe destacar que la

²⁸ DELGADO SÁEZ, JÉSSICA, “Evolución legislativa de la custodia compartida. Especial referencia a las CCAA con derecho propio”, s.f. <https://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/evolucion-legislativa-custodia-compartida-685513913> (16/06/18)

²⁹ DELGADO SÁEZ, JÉSSICA, “Evolución legislativa de la custodia compartida. Especial referencia a las CCAA con derecho propio”, s.f. <https://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/evolucion-legislativa-custodia-compartida-685513913> (16/06/18)

³⁰ DELGADO SÁEZ, JÉSSICA, “Evolución legislativa de la custodia compartida. Especial referencia a las CCAA con derecho propio”, s.f. <https://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/evolucion-legislativa-custodia-compartida-685513913> (16/06/18)

incorporación de la citada ley, en los últimos años, en el marco legal de la misma, la guarda o custodia compartida se ha venido aplicando de forma lenta, pero progresiva en los tribunales españoles y su establecimiento supuso que algunas CCAA como Aragón, Cataluña, Navarra y Valencia promulgaran sus propios textos legislativos en relación con el modelo de custodia compartida, existiendo diferencias entre ellas.

A modo de conclusión, se ha analizado de una forma breve la evolución que ha experimentado la regulación del concepto de custodia compartida en varios textos legislativos. Cabría subrayar que muchas de las transformaciones anteriores se llevaron a cabo con la finalidad de adaptarse a la sociedad ya que la misma también evoluciona. Estas transformaciones comenzarán, como hemos visto, con la aplicación de la ley 11/1981 que establecía que la patria potestad se ejercería por ambos progenitores y como consecuencia se estaban reconociendo a la madre los mismos derechos sobre los hijos que históricamente habían sido asignados al padre tras la ruptura matrimonial, pasando por otras reformas y aplicando otras leyes como son la ley 30/1981, ley 11/1990, ley 1/1996, hasta llegar a la actual normativa vigente, la ley 15/2005 que sería la primera ley en nuestro ordenamiento jurídico en regular como tal el modelo de custodia compartida. En el siguiente apartado haré referencia a la regulación del modelo de custodia compartida impuesto en los países del sur de Europa.

III. LA CUSTODIA COMPARTIDA EN LOS PAÍSES DEL SUR DE EUROPA.

El presente apartado tiene el objetivo de analizar las reformas que se han producido en los últimos años en el ámbito del derecho de familia europeo y tiene la finalidad también de analizar el alcance práctico de las mismas en España, pero teniendo en cuenta algunos países del sur de Europa como Francia, Italia o Portugal.³¹

A lo largo del tiempo, en los distintos países europeos, se han originado profundos cambios en el ámbito de las políticas familiares y como consecuencia, se han producido reformas en lo que se refiere al derecho de familia europeo, que tienen la finalidad de equiparar los derechos de la pareja antes y después de la ruptura. Como bien sabemos, una vez producida la separación o divorcio entre los cónyuges, los mismos, tienen el deber y la obligación de continuar asumiendo la educación y el cuidado de sus hijos.³² Los niños, aunque se haya producido una ruptura familiar, deben seguir siendo criados y educados por ambos progenitores.^{33 34}

En relación con los modelos legales de guarda y custodia en caso de ruptura de la convivencia de los padres, en el Derecho comparado ha existido una clara evolución en favor de la instauración en la práctica de regímenes de custodia compartida.³⁵ Cabe destacar que, las reformas que se han llevado a cabo en los países del sur de Europa como Francia, Italia y Portugal, optan preferentemente por la custodia compartida alterna, un modelo que como ya hemos visto, favorece a ambos progenitores en lo que

³¹ PICONTÓ NOVALES, T. “*El avance de la custodia compartida en los países del sur de Europa. Algunas consideraciones críticas*”, Revista Temas Socio Jurídicos de la UNAB de Colombia, nº66, 2014, p.33

³² PICONTÓ NOVALES, T. “*El avance de la custodia compartida en los países del sur de Europa. Algunas consideraciones críticas*”, Revista Temas Socio Jurídicos de la UNAB de Colombia, nº66, 2014, p. 35

³³ PICONTÓ NOVALES, T. “*El avance de la custodia compartida en los países del sur de Europa. Algunas consideraciones críticas*”, Revista Temas Socio Jurídicos de la UNAB de Colombia, nº66, 2014, p. 36

³⁴ *El Tribunal Europeo de Derechos Humanos en reiterada jurisprudencia (Sentencia Piazzi vs Italia, nº 36168/09, 2 de febrero de 2011, Sentencia Salgueiro Da Silva Mouta vs. Portugal nº3329096, de 21 de marzo de 2000; Sentencia Palau Martínez, vs Francia nº64927/01, de 16 de marzo de 2004), el principio de coparentalidad implica que la separación o ruptura de los padres no tiene incidencia sobre las reglas que rigen la responsabilidad parental. La limitación de los derechos de los padres debe ser excepcional.*

³⁵ GONZÁLEZ DEL POZO, JUAN PABLO, “*Comentarios a la regulación de la custodia compartida en el Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental*”, 2014. https://www.elderecho.com/tribuna/civil/custodia_compartida-corresponsabilidad_parental_11_712555002.html, (04/07/2018).

se refiere a los derechos de igualdad y libertad de los mismos y a la mayor implicación de los padres a la hora de asumir responsabilidades con sus hijos. Sin embargo, es necesario analizar detalladamente las reformas legales que se han llevado a cabo en este ámbito.³⁶

La ley francesa, 305/2002, de 4 de marzo y la ley Italiana, 54/2006, de 8 de febrero, se decantan a favor de la custodia compartida alterna de los hijos después del divorcio y por eso, se puede comprobar como poco a poco, se ha puesto de manifiesto la necesidad y el derecho que tienen los hijos de ser criados y educados por ambos progenitores.³⁷ Concretamente, en el derecho italiano, el *Codice Civile*, modificado en materia de custodia (*affidamento*) por medio de la Ley 54/2006, de 8 de febrero, prevé expresamente la posibilidad de que el juez pueda establecer, cuando lo considere conveniente para el menor, un régimen de *affidamento congiunto o alternato*.³⁸ Se establece que el juez debe valorar de una forma prioritaria la posibilidad de que los hijos menores permanezcan bajo el cuidado de ambos progenitores, dejando la custodia exclusiva como un remedio residual y estableciendo expresamente la permanencia de la responsabilidad, de la titularidad y del ejercicio conjunto de ambos progenitores.³⁹

En el derecho francés, la ley 305/2002, modifica el *Code Civil* y autoriza el sistema de *résidence alternée* del hijo menor cuando sus padres no conviven, como una de las modalidades de ejercicio de la autoridad parental. El concepto de *résidence alternée* o residencia alterna de los hijos en el domicilio de cada uno de los progenitores, hace referencia a un modelo de custodia compartida con domicilio rotatorio de los hijos en el de cada uno de los progenitores, pero no excluye, la denominada custodia compartida con domicilio fijo de los hijos en la vivienda familiar y el domicilio alterno y rotatorio de los padres en la misma en los períodos en que desempeñan las funciones

³⁶ PICONTÓ NOVALES, T. “*El avance de la custodia compartida en los países del sur de Europa. Algunas consideraciones críticas*”, Revista Temas Socio Jurídicos de la UNAB de Colombia, nº66, 2014, p. 35

³⁷ PICONTÓ NOVALES, T. “*El avance de la custodia compartida en los países del sur de Europa. Algunas consideraciones críticas*”, Revista Temas Socio Jurídicos de la UNAB de Colombia, nº66, 2014, p. 39

³⁸ GONZÁLEZ DEL POZO, JUAN PABLO, “*Comentarios a la regulación de la custodia compartida en el Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental*”, 2014. https://www.elderecho.com/tribuna/civil/custodia_compartida-corresponsabilidad_parental_11_712555002.html, (04/07/2018)

³⁹ PICONTÓ NOVALES, T. “*El avance de la custodia compartida en los países del sur de Europa. Algunas consideraciones críticas*”, Revista Temas Socio Jurídicos de la UNAB de Colombia, nº66, 2014, p. 39.

de guarda.⁴⁰ El art. 373.2.9 del Code concede facultades al Tribunal de Familia para establecer, en caso de desacuerdo de los progenitores, si lo considera conveniente para el interés del menor, un sistema de *résidence alternée*, aunque los padres se opongan a tal sistema de guarda.⁴¹ Además, este derecho, prevé que el juez pueda disponer, siempre que al menos uno de los progenitores lo solicite, el establecimiento de un sistema de *résidence alternée* con carácter provisional y durante un plazo determinado a modo de prueba, con la posibilidad de acordar de forma definitiva, transcurrido el plazo fijado, la residencia alternada de los hijos en el domicilio de cada uno de los progenitores o en el de uno solo de ellos.^{42 43} En Francia, el juez tiene una gran flexibilidad para adaptar las decisiones a la situación del caso.

Por su parte, el derecho de familia portugués ha sido el último en incorporar un sistema preferente por la guarda y custodia conjunta de los hijos tras el divorcio en los casos en que no haya acuerdo de los padres. Concretamente, ha sido en 2008 con la ley 61/2008, de 31 de octubre. A partir de 2008 la regla aplicable es la misma que la que rige durante la convivencia: el ejercicio conjunto de las responsabilidades parentales por los padres con independencia de si han conseguido o no un acuerdo en este sentido. El legislador portugués cambió el término de “poder parental” por el de “responsabilidad parental” y así aparece reflejado en el art. 3 de la Ley 61/2008.⁴⁴ Asimismo, se dice también que, a falta de acuerdo de los padres, la autoridad competente, el juez, podrá establecer la guarda conjunta de ambos salvo que entienda que esta medida es contraria al interés del hijo.⁴⁵

⁴⁰ GONZÁLEZ DEL POZO, JUAN PABLO, “Comentarios a la regulación de la custodia compartida en el Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental”, 2014. https://www.elderecho.com/tribuna/civil/custodia_compartida-corresponsabilidad_parental_11_712555002.html, (04/07/2018)

⁴¹ RUZ LÁRTIGA, GONZALO, “La evolución de la autoridad parental en Francia y su incidencia en las facultades y deberes del progenitor no custodio”, 2017. https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502017000200006, (03/07/18)

⁴² GONZÁLEZ DEL POZO, JUAN PABLO, “Comentarios a la regulación de la custodia compartida en el Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental”, 2014. https://www.elderecho.com/tribuna/civil/custodia_compartida-corresponsabilidad_parental_11_712555002.html, (04/07/2018)

⁴³ PICONTÓ NOVALES, T. “El avance de la custodia compartida en los países del sur de Europa. Algunas consideraciones críticas”, Revista Temas Socio Jurídicos de la UNAB de Colombia, nº66, 2014, p.39.

⁴⁴ PICONTÓ NOVALES, T. “El avance de la custodia compartida en los países del sur de Europa. Algunas consideraciones críticas”, Revista Temas Socio Jurídicos de la UNAB de Colombia, nº66, 2014, p.40.

⁴⁵ ARAMBURU MUÑOZ, ISABEL & CHATO FRANCO, MERCEDES & MARTÍN MARÍA, BELÉN & PÉREZ-VILLAR APARICIO, ROSA, “Estudio de derecho comparado sobre la regulación de la custodia compartida”, s.f. p. 75.

Sin embargo, teniendo en cuenta los argumentos anteriores y haciendo referencia a España, cabe señalar que la aplicación de este modelo de custodia compartida alterna cuando no hay acuerdo de los padres sigue siendo muy discutida. Es importante destacar que, en relación a este tema, existen discrepancias entre lo que establece la ley estatal, Ley 15/2005, y algunas leyes propias de algunas Comunidades Autónomas como son Aragón, Cataluña y Navarra. Algunas de las mismas y al igual que los derechos europeos anteriores, optan por la aplicación preferente de la custodia compartida aún en los casos en los cuales no exista acuerdo entre ambos progenitores. Sobre estas cuestiones hablaré más adelante cuando haga referencia a cómo se aplica la custodia compartida en algunos ordenamientos jurídicos de nuestro país.⁴⁶

A modo de conclusión, por tanto, los padres tendrán libertad para fijar las cuestiones relativas al ejercicio conjunto de sus responsabilidades parentales, pero siempre protegiendo y garantizando el derecho y el interés superior del hijo. En caso de que no exista acuerdo, el juez, en Francia, Italia y Portugal optará por la aplicación de una forma preferente de la custodia compartida, salvo que se prevea que la custodia individual es más conveniente para los menores. El juez será el encargado de garantizar ese superior interés del menor en Francia, Italia, España y Portugal con la diferencia de que en estos dos últimos países, el encargado de hacerlo no solo será el juez, sino que también lo hará el Ministerio Fiscal.⁴⁷

Una vez que he analizado como algunos países del sur de Europa, tratan el tema de la custodia compartida alterna, en el siguiente apartado analizaré el modelo de custodia compartida que se impone en la legislación aragonesa.

http://www.amecopress.net/IMG/pdf/estudio_custodia_compartida_def.pdf (7/07/18)

⁴⁶ PICONTÓ NOVALES, T. “*El avance de la custodia compartida en los países del sur de Europa. Algunas consideraciones críticas*”, Revista Temas Socio Jurídicos de la UNAB de Colombia, nº66, 2014, p.40-41.

⁴⁷ PICONTÓ NOVALES, T. “*El avance de la custodia compartida en los países del sur de Europa. Algunas consideraciones críticas*”, Revista Temas Socio Jurídicos de la UNAB de Colombia, nº66, 2014, p.42.

IV. LA CUSTODIA COMPARTIDA EN ARAGÓN.

1. Procedimiento para fijar el régimen de guarda y custodia.

El derecho foral aragonés, introdujo el régimen de la custodia compartida en la ley 2/2010, de 26 de mayo, de *igualdad en las relaciones familiares tras la ruptura de la convivencia de los padres* que fue aprobada el 26 de mayo de 2010 por las Cortes de Aragón y la misma tuvo una gran repercusión social. Fue refundida en el año 2011 en los arts. 75 a 84 del Código del Derecho Foral de Aragón (CDFA), artículos que integran la Sección 3^a denominada *Efectos de la ruptura de la convivencia de los padres con hijos a cargo*. Se trata de una ley que tiene como principal finalidad regular el régimen de guarda y custodia de los hijos menores una vez que se haya producido la ruptura de convivencia de sus padres.⁴⁸

En su Preámbulo, concretamente en el apartado VI, se establece que con esta Ley se ha pretendido favorecer el mejor interés de los hijos y promover la igualdad entre los progenitores, al configurar de una forma novedosa la custodia compartida frente a la individual como norma preferente en los supuestos de ruptura de la convivencia entre los padres y en ausencia de pacto de relaciones familiares.⁴⁹ Este principio de igualdad aparece regulado en el art. 76.3 b) del CDFA que establece que “*en las relaciones familiares derivadas de la ruptura de la convivencia de los padres se respetarán los siguientes derechos*:

- a) *Los padres, respecto de sus hijos menores de edad, tienen derecho a la igualdad en sus relaciones familiares*”.

Estamos hablando de un principio que va ligado con el derecho de los hijos de mantener un contacto directo y continuado con los padres⁵⁰ y así aparece regulado en el art. 76.3 a) CDFA según el cual: “*en las relaciones familiares derivadas de la ruptura de la convivencia de los padres se respetarán los siguientes derechos*:

⁴⁸ SERRANO GARCIA, J. A, “*La custodia compartida Aragonesa en la primera jurisprudencia*”, XXII Encuentro del Foro de Derecho Aragonés, 2011, p. 184 – 185.

⁴⁹ LÓPEZ AZCONA, A. “*Ruptura convivencial y custodia de los hijos menores en la regulación aragonesa*”, Revista de Derecho Civil Aragonés, nº20, p. 128.

⁵⁰ SERRANO GARCIA, J. A, “*La custodia compartida Aragonesa en la primera jurisprudencia*”, XXII Encuentro del Foro de Derecho Aragonés, 2011, p. 187.

a) *Los hijos menores de edad tendrán derecho a un contacto directo con sus padres de modo regular y a que ambos participen en la toma de decisiones que afecten a sus intereses como consecuencia del ejercicio de la autoridad familiar”.*

Ambos principios o derechos están supeditados siempre al principio del interés superior del menor.⁵¹ ⁵²Hemos dicho que con esta ley se ha pretendido promover la igualdad entre los progenitores, pero también se ha pretendido favorecer el mejor interés del hijo. Este principio del interés superior del menor aparece regulado en el art. 76.2 CDFA dice que “*Toda decisión, resolución o medida que afecte a los hijos menores de edad se adoptará en atención al beneficio e interés de los mismos*”. Esta preferencia queda acreditada por la STSJ de Aragón 15 diciembre de 2011 según la cual “*La ley parte de que el interés del menor se consigue mejor con la custodia compartida, por lo que la custodia individual sólo se otorgará cuando se comprueba más conveniente. En eso consiste la preferencia, en que la regla sea la custodia compartida y la custodia individual sea la asignada si se demuestra más conveniente para el menor por concurrir en el caso concreto razones que determinan la conveniencia de hacer una excepción a la regla general que presume que lo más conveniente para el menor es la custodia compartida*”.⁵³ Además, la STSA de Aragón 30 octubre de 2013 establece que la prevalencia del interés del menor opera en nuestro ordenamiento jurídico como contrapeso de los derechos de cada progenitor y obliga a la autoridad judicial a ponderar tanto la necesidad como la proporcionalidad de la medida reguladora de la guarda y custodia del menor.⁵⁴

Se puede comprobar por ello que la principal finalidad es atribuir prioridad al interés de los hijos menores en las situaciones de ruptura a la hora de fijar el régimen de custodia.

Para que se pueda aplicar esta ley, es necesario que exista una ruptura de la convivencia de los padres y la existencia de hijos comunes a su cargo cuando los

⁵¹ SERRANO GARCIA, J. A, “*La custodia compartida Aragonesa en la primera jurisprudencia*”, XXII Encuentro del Foro de Derecho Aragonés, 2011, p. 188.

⁵² MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, CARLOS, 2011, p. 142 – 143.

⁵³ LÓPEZ AZCONA, A. “*Ruptura convivencial y custodia de los hijos menores en la regulación aragonesa*”, Revista de Derecho Civil Aragonés, nº20, p. 139.

⁵⁴ LÓPEZ AZCONA, A. “*Ruptura convivencial y custodia de los hijos menores en la regulación aragonesa*”, Revista de Derecho Civil Aragonés, nº20, p. 130.

mismos sean menores de edad o incapacitados/discapacitados o sean mayores de edad que, sin recursos propios, no hayan finalizado su formación profesional, art. 69 CDFA. Además, y como establece la STSJ de Aragón 13 de julio de 2011, los hijos deben tener la vecindad civil aragonesa.⁵⁵

Los legisladores de la Comunidad Autónoma de Aragón, han establecido recientemente la custodia compartida como la modalidad preferente incluso en caso de desacuerdo entre los padres, es decir, en el caso donde no haya acuerdo o pacto entre los padres, se pasa de la preferencia legal por la custodia individual donde normalmente se le concedía a la madre por aplicación del art. 92 Cc, a la preferencia del legislador aragonés por la custodia compartida siempre y cuando no se demuestre que la individual es más favorable y conveniente para el menor y así aparece regulado en el art. 80.2 CDFA.^{56 57} Por tanto, podemos comprobar claramente como el legislador en esta CCAA se decanta a favor de la custodia compartida.

Además, es importante señalar también que, en Aragón, predomina el principio de libertad de pacto entre los padres para mantener y regular la custodia de sus hijos como consecuencia de la ruptura de convivencia. El principio de libertad de pacto aparece regulado en el art. 76.5 CDFA según el cual “*Los anteriores derechos se armonizarán de acuerdo con los principios de libertad de pacto, de información recíproca y de lealtad en beneficio del menor*”.

El art. 77 CDFA en las situaciones de ruptura de la convivencia, atribuye prioridad a los acuerdos de los padres, en Aragón denominado *pacto de relaciones familiares*, en relación con el principio *standum est chartae* o de libertad de pacto^{58 59} regulado en el art. 3 CDFA según el cual “*conforme al principio standum est chartae, se estará, en juicio y fuera de él, a la voluntad de los otorgantes, expresada en pactos o*

⁵⁵ LÓPEZ AZCONA, A. “*Ruptura convivencial y custodia de los hijos menores en la regulación aragonesa*”, Revista de Derecho Civil Aragonés, nº20, p. 129.

⁵⁶ LÓPEZ AZCONA, A. “*Ruptura convivencial y custodia de los hijos menores en la regulación aragonesa*”, Revista de Derecho Civil Aragonés, nº20, p. 136.

⁵⁷ SERRANO GARCIA, J. A., “*La custodia compartida Aragonesa en la primera jurisprudencia*”, XXII Encuentro del Foro de Derecho Aragonés, 2011, p. 185.

⁵⁸ LÓPEZ AZCONA, A. “*Ruptura convivencial y custodia de los hijos menores en la regulación aragonesa*”, Revista de Derecho Civil Aragonés, nº20, p. 132.

⁵⁹ SERRANO GARCIA, J. A., “*La custodia compartida Aragonesa en la primera jurisprudencia*”, XXII Encuentro del Foro de Derecho Aragonés, 2011, p. 189.

disposiciones, siempre que no resulte de imposible cumplimiento o sea contraria a la Constitución o a las normas imperativas del Derecho aragonés”.

A este respecto, según la STSJ de Aragón 13 julio 2011, *el legislador aragonés pretende propiciar un acuerdo entre los progenitores, mediante una regulación que fomenta el pacto de relaciones familiares, inspirado en el respeto a la libertad de pacto del Derecho foral aragonés, por ello se atribuye prioridad en la regulación de las relaciones familiares a lo acordado por los padres. Se fomenta este acuerdo, así como la solución del litigio si llegare a producirse, mediante la mediación familiar, que constituye, como expone el mismo Preámbulo, un instrumento fundamental para favorecer el acuerdo entre los progenitores, evitar la litigiosidad en las rupturas y fomentar el ejercicio consensuado de las responsabilidades parentales tras la ruptura.*

60

Por tanto, los progenitores tienen libertad a la hora de pactar el régimen de custodia que puede ser individual o compartida, sin que los mismos estén vinculados por la preferencia legal que concede a la custodia compartida el art. 80 CDFA cuando es el Juez al que corresponde fijar el régimen de custodia en defecto de pacto de relaciones familiares. La eficacia de dicho pacto requiere que el mismo contenga unos requisitos mínimos que aparecen regulados en el art. 77.2 CDFA y aprobación judicial, previa audiencia del MF, en garantía de los derechos y principios que rigen la relación paterno-filial tras la ruptura y esta aprobación sólo se denegará cuando el pacto que han realizado los padres vaya en contra de una norma imperativa o cuando se prevea que no garantiza el interés del menor, art. 77.4 y 5 CDFA. Además, este pacto puede ser modificado y extinguido siempre que medie aprobación judicial, art. 77.4 CDFA y cuando concurran algunas de las causas tasadas legalmente, art. 77.3 CDFA y por lo que se refiere a la extinción del mismo, también dejará de tener validez cuando solo exista uno de los progenitores o porque ya no existen hijos a su cargo y en el caso de que a uno de los progenitores que ostenta la custodia se le prive, suspenda o extinga de la

⁶⁰ LÓPEZ AZCONA, A. “*Ruptura convivencial y custodia de los hijos menores en la regulación aragonesa*”, Revista de Derecho Civil Aragonés, nº20, p. 132.

misma, la custodia le corresponderá de forma automática y exclusiva al otro progenitor.

61

Por todo lo expuesto anteriormente, llegamos a la conclusión de que en Aragón se aplicará el régimen de custodia compartida de una forma preferente respecto al régimen de custodia individual, art. 80.2 CDFA, cuando se les haya otorgado libertad a los progenitores para elegir el modelo de custodia, pero los mismos no lo han hecho o no han estado de acuerdo, pero siempre teniendo en cuenta el principio del interés superior de los hijos menores. Una vez dicho esto, continuaremos analizando el régimen de custodia compartida, analizándolo con lo establecido en otros ordenamientos jurídicos de nuestro país.

⁶¹ LÓPEZ AZCONA, A. “*Ruptura convivencial y custodia de los hijos menores en la regulación aragonesa*”, Revista de Derecho Civil Aragonés, nº20, p. 133.

2. Diferencias con otros ordenamientos jurídicos.

En el presente apartado haré alusión a cómo se regula la custodia compartida en algunos de los ordenamientos jurídicos de nuestro país mencionando también las similitudes y diferencias que existen entre ellas. Cabe destacar que, las pioneras en regular esta materia han sido algunas CCAA como son Aragón, Cataluña, Navarra y Valencia. En el caso de la CCAA de Valencia, su ley 5/2011, de 1 abril de la Generalitat, *de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven*, ha sido declarada inconstitucional por el Tribunal Constitucional, porque a su juicio entiende simplemente que la CCAA Valenciana carecía de competencias para regular esta materia. Por esta razón, esta ley no la voy a comentar en este trabajo.

2.1 Diferencias con la legislación estatal.

El régimen de la custodia compartida en el derecho estatal se rige por la ley 15/2005 de 8 de Julio, por la que se modifican el Cc y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio. Hablamos de una ley que a diferencia de lo que establece el derecho aragonés en el CDFA, contempla la custodia compartida como una institución excepcional y así aparece en la STSJ de Aragón 9 febrero de 2012 según la cual: *El Cc parte de entender como más conveniente, con carácter general, el establecimiento de la guarda y custodia a cargo de uno solo de los progenitores, de modo que la posibilidad de establecer la custodia de manera compartida... exige el acuerdo de ambos padres o es necesario que se den determinadas circunstancias excepcionales que evidencien que sólo con el establecimiento de la custodia compartida se garantiza y protege de forma correcta el interés superior del menor.*⁶²

Con otras palabras, el Cc para decidir el modelo de guarda que se va adoptar, en primer lugar, tendrá en cuenta si existe acuerdo o no de los padres para ejercer la custodia del niño. En caso de que no exista acuerdo o pacto entre ellos, el encargado de decidir el régimen custodio será el juez atendiendo siempre a las características de cada caso y optará de una forma preferente por la aplicación de la custodia individual. Sin embargo, el juez también puede decidir que se aplique la custodia compartida en vez de

⁶² LÓPEZ AZCONA, A. “*Ruptura convivencial y custodia de los hijos menores en la regulación aragonesa*”, Revista de Derecho Civil Aragonés, nº20, p. 136.

la custodia individual cuando ambos padres así lo hayan solicitado o aun cuando no existiendo acuerdo entre ellos, al menos uno de ellos si lo ha pedido, teniendo en cuenta siempre el interés superior del menor. Esta es una de las principales diferencias que existen respecto al derecho aragonés, catalán, portugués, italiano y francés ya que, en estos últimos derechos, la custodia compartida se aplicará de una forma preferente salvo que la custodia individual sea más conveniente para el interés de los menores⁶³⁶⁴ y aun no existiendo acuerdo entre los progenitores, no es necesario que al menos uno de ellos lo haya solicitado.

Debemos partir siempre de la idea de que lo que se trata en realidad es garantizar y proteger ese interés superior del niño y por tanto, en el derecho estatal, el juez a la hora de tomar la decisión sobre la custodia que va a adoptar, optará en primer lugar por la aplicación de la custodia individual porque en el Cc se considera que, con carácter general, es la custodia más conveniente para los hijos, pero podrá decantarse por el establecimiento de la custodia compartida cuando prevea que así se garantiza mejor ese interés superior del menor.

2.2 Diferencias con la legislación de la CCAA de Cataluña.

La Ley Catalana 25/2010, de 29 de julio, *del Libro II del Cc catalán, relativo a persona y a la familia*, regula la corresponsabilidad de los progenitores a través del ejercicio de la guarda y custodia conjunta o compartida, es decir, con esta ley, se pretende reforzar la idea de la corresponsabilidad de los padres, tras un proceso de crisis familiar, respecto de la atención permanente hacia sus hijos, a través del ejercicio conjunto de la guarda.⁶⁵ Hablamos de que Cataluña es una CCAA con derecho foral propio y por tanto ha dictado sus propias normas en esta materia.⁶⁶

⁶³ PICONTÓ NOVALES, T. “*El avance de la custodia compartida en los países del sur de Europa. Algunas consideraciones críticas*”, Revista Temas Socio Jurídicos de la UNAB de Colombia, nº66, 2014, p. 39 – 40.

⁶⁴ PRIETO RAMOS, P.M. “*Custodia compartida en Aragón: Diferencias con otras comunidades autónomas y análisis jurisprudencial*”. Universidad de Zaragoza, Facultad de Derecho, 2014, p. 27. <http://zaguan.unizar.es.robles.unizar.es:9090/record/15796/files/TAZ-TFG-2014-1401.pdf> (01/05/18)

⁶⁵ PICONTÓ NOVALES, TERESA (Ed) 2012 “*La custodia compartida a debate*” Madrid, Dykinson-Instituto de derechos humanos Bartolomé de las casas. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, p. 77.

⁶⁶ CALDERÓN CARMEN, “*La custodia compartida en Cataluña*”, 2016 <http://custodia-compartida.com/la-custodia-compartida-en-cataluna/> (27/06/18)

En este sentido, se sigue la línea marcada por el Cc estatal, en el artículo 68, en el que se refuerza, el deber de los progenitores de compartir las tareas domésticas y también el cuidado de las personas dependientes a su cargo, con independencia de que exista una crisis conyugal.⁶⁷

Ante todo, tal y como establece el autor Carlos Villagrasa Alcaide, deben diferenciarse netamente las instituciones de la potestad que los progenitores tienen atribuida legalmente respecto de sus hijos menores de edad, y que se refiere a funciones de representación legal y a decisiones trascendentales que deben tomar en relación al desarrollo integral de los menores (cambios en el proyecto educativo, disposiciones patrimoniales etc...); de la denominada custodia, que en realidad se relaciona con la guarda de hecho, es decir, con la atención cotidiana y las decisiones que hay que tomar en el día a día del menor. Ambas están presididas por el principio del interés superior del menor. Hasta ahora, la regla general en los supuestos de separación y divorcio era la atribución de la potestad parental conjunta a ambos progenitores y guarda exclusiva a favor de uno de ellos respecto de los hijos menores.⁶⁸

Esto es una diferencia en relación con lo establecido en el derecho aragonés ya que como acabo de comentar, el libro II del Cc catalán menciona un nuevo concepto, el término de Responsabilidad parental, el cual incluye la titularidad y el ejercicio de la patria potestad diferenciándolo así de la guarda y custodia, la cual asimila a la convivencia.

En la actualidad, con la aprobación del libro segundo del Cc de Cataluña, se han introducido dos importantes novedades respecto de la responsabilidad parental una vez que se haya producido la separación o divorcio. Por un lado, toda propuesta de los progenitores sobre esta materia debe incorporarse al proceso judicial en forma de plan de parentalidad, art. 233.9 CCcat, que se conforma como un instrumento dirigido a ordenar las cuestiones principales que afectan a los hijos, en perspectiva de la separación de los progenitores y de la deseable participación continuada en la atención y educación de sus hijos. Por otro lado, se establece que, en defecto de una concreta modalidad de custodia, convenida entre los cónyuges en el plan de parentalidad, o si

⁶⁷ PICONTÓ NOVALES, TERESA (Ed) 2012 “*La custodia compartida a debate*” Madrid, Dykinson-Instituto de derechos humanos Bartolomé de las casas. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, p. 78.

⁶⁸ PICONTÓ NOVALES, TERESA (Ed) 2012 “*La custodia compartida a debate*” Madrid, Dykinson-Instituto de derechos humanos Bartolomé de las casas. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 81.

éste no es aprobado, la autoridad judicial debe distribuir las responsabilidades de manera compartida, salvo que la atribución de la guarda exclusiva a uno de los progenitores sea más adecuada, de acuerdo con los interés de los hijos, art. 233-10 CCat.⁶⁹ Es decir, la guarda o custodia compartida se aplicará preferentemente, incluso en los procesos contenciosos, debiendo motivarse en la sentencia la posible atribución de la guarda o custodia exclusiva a favor de uno de los progenitores, que se considera excepcional, y debe justificarse sobre todo en la aplicación del principio del interés superior del menor en el caso concreto.⁷⁰ Hablamos, por tanto, de una cuestión que presenta similitudes con el derecho Aragonés pero también con el derecho Francés y el derecho italiano ya que los mismos establecen que el juez deberá decantarse por el régimen alterno de forma preferente aun cuando no exista acuerdo entre los progenitores a no ser que este modelo sea perjudicial para los niños. Además, otra distinción respecto a la normativa aragonesa es que en el Cc de Cataluña no se hace referencia propiamente al establecimiento de la custodia compartida como forma preferente mientras que en Aragón si se hace referencia a la preferencia por la custodia compartida frente a la individual de una forma expresa y literal en su art. 80 CDFA.

Según Carlos Villagrasa Alcaide, la guarda compartida no consiste en un reparto idéntico de los periodos temporales de atención a los hijos por cada uno de los progenitores, sino que responde a una planificación de sus responsabilidades parentales ajustada a la situación familiar, personal y laboral de ambos.⁷¹

Por tanto, por lo comentado anteriormente podemos deducir que, la regla general es, al igual que en el caso del derecho aragonés, el establecimiento del régimen de custodia compartida de forma preferente y el establecimiento de la custodia individual como excepción, cuestión opuesta al régimen estatal explicado preliminarmente. Además, en relación a esto, el art. 233-8 dice que una vez que se ha producido la ruptura de convivencia de ambos progenitores, “*las responsabilidades parentales mantienen el carácter compartido y, en la medida de lo posible, deben ejercerse conjuntamente*”.

⁶⁹ LÓPEZ AZCONA, A. “*Ruptura convivencial y custodia de los hijos menores en la regulación aragonesa*”, Revista de Derecho Civil Aragonés, nº20, p. 137-138.

⁷⁰ PICONTÓ NOVALES, TERESA (Ed) 2012 “*La custodia compartida a debate*” Madrid, Dykinson-Instituto de derechos humanos Bartolomé de las casas. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, p. 86.

⁷¹ PICONTÓ NOVALES, TERESA (Ed) 2012 “*La custodia compartida a debate*” Madrid, Dykinson-Instituto de derechos humanos Bartolomé de las casas. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, p. 86.

2.3. Diferencias con la legislación de la CCAA de Navarra.

Navarra, cuenta desde el año 2011, con su propia normativa sobre custodia de los hijos en aquellos casos en que se produzca la ruptura de la convivencia de los padres. Esta CCAA, regula la custodia compartida en la Ley foral 3/2011, de 17 de Marzo, *sobre custodia de los hijos en los casos de ruptura de la convivencia de los padres*. Se trata de una ley que no señala una preferencia por un determinado modelo de custodia.

En este sentido, podríamos hablar de una tercera modalidad de custodia, la de libre determinación judicial del régimen de custodia en atención al interés de los hijos.⁷²

En el caso de Navarra y a diferencia de Aragón y Cataluña, no se contempla la custodia compartida como una modalidad preferente, ya que en Navarra, según lo establecido en el art. 3.2 ley 3/2011 de 17 marzo, sobre custodia de los hijos en los casos de ruptura de la convivencia de los padres, prevé que, en defecto de acuerdo entre los progenitores, el juez podrá acordar la custodia compartida o individual en atención al interés de los hijos, previa audiencia del Ministerio Fiscal y los dictámenes y audiencias que estime oportuno recabar.⁷³ ⁷⁴

Sin embargo, debemos tener en cuenta la principal distinción de que, en la regulación estatal, el juez podrá decretar el modelo de custodia compartida de forma excepcional cuando al menos uno de los progenitores lo haya solicitado con carácter previo, cosa que no ocurre en Navarra, ya que en esta CCAA para que pueda decretarse el modelo de custodia compartida, no es necesario que ninguno de ellos lo haya solicitado.⁷⁵ ⁷⁶

⁷² LÓPEZ AZCONA, A. “*Ruptura convivencial y custodia de los hijos menores en la regulación aragonesa*”, Revista de Derecho Civil Aragonés, nº20, p. 137.

⁷³ *Navarra ya cuenta con su propia regulación sobre la custodia compartida*, 2013, <https://pamplonaactual.com/navarra-ya-cuenta-con-su-propria-regulacion-sobre-la-custodia-compartida/> (05/05/18)

⁷⁴ SABATER BAYLE, E “*Ruptura convivencial y custodia de los hijos en la regulación navarra*”, ponencia presentada a las XIII Jornadas IDADFE sobre crisis de pareja y custodia de los hijos menores, Centro UNED Calatayud, 27 y 28 marzo 2014. https://www.youtube.com/watch?v=KtM4rr_cxnQ&feature=youtu.be, (05/07/18)

⁷⁵ *Navarra ya cuenta con su propia regulación sobre la custodia compartida*, 2013, <https://pamplonaactual.com/navarra-ya-cuenta-con-su-propria-regulacion-sobre-la-custodia-compartida/> (05/05/18)

Por tanto, en la legislación navarra, será el juez quien decida y elija el modelo de custodia que considera más adecuado, ya que se opta por la preferencia de la libre determinación judicial de la custodia.⁷⁷ En este ordenamiento jurídico, a diferencia de Aragón y Cataluña y de los países del sur de Europa, el juez no se decantará por la preferencia del modelo de custodia compartida, ya que decidirá libremente y adoptará la custodia individual o compartida en función de si se protege más o menos el interés superior del menor.

A modo de conclusión y como breve recapitulación de este epígrafe IV relativo a “las diferencias de la custodia compartida con otros ordenamientos jurídicos” , cabe reiterar en primer lugar que el derecho estatal para establecer un régimen custodio, tendrá en cuenta primeramente el acuerdo entre los progenitores en caso de que lo haya, si no lo hay o no están de acuerdo, será el juez quien decida y el mismo optará por la preferencia de aplicar el modelo de custodia individual porque se considera, con carácter general, que es el más conveniente para los menores, aunque puede decidir que se aplique el modelo de custodia alterno cuando aun no existiendo acuerdo entre los padres al menos uno de ellos lo haya solicitado o, se considere que es mejor para el interés del menor. En relación con el derecho aragonés y catalán, al igual que el derecho estatal, primero de todo se debe tener en cuenta si existe acuerdo entre los progenitores para elegir un determinado modelo de custodia, pero a diferencia de lo establecido en nuestra legislación estatal, en caso de no existir acuerdo, el juez optará preferentemente por el establecimiento de la custodia compartida salvo que se prevea que la aplicación de la custodia individual es más conveniente para los menores. Por último, tenemos en cuenta lo que dice la legislación de la CCAA de Navarra. En esta CCAA, se podría hablar de una tercera modalidad de custodia ya que la misma apuesta por un modelo de libre determinación judicial, es decir, a diferencia de Aragón, Cataluña y nuestra legislación estatal, no se señala una preferencia por un determinado modelo de custodia, es decir, en primer lugar y al igual que los ordenamientos jurídicos anteriores, se tendrá

⁷⁶ LÓPEZ AZCONA, A. “*Ruptura convivencial y custodia de los hijos menores en la regulación aragonesa*”, Revista de Derecho Civil Aragonés, nº20, p. 137.

⁷⁷ STSJ Navarra núm 25/2012 de 23 octubre de 2012, RJ 2012/11174 que establece que esta ley: *continúa confiando a la apreciación del Juez la elección de la modalidad compartida o individual más conveniente para el interés de los hijos, por más que explice los factores a ponderar en esa decisión y posibilite la atribución de la custodia compartida a petición de uno solo de los padres sin el informe favorable del Ministerio Fiscal.*

en cuenta si existe acuerdo entre ambos padres, pero en caso de que no lo haya, el juez podrá acordar la custodia compartida o individual en atención al interés de los hijos. Una vez realizada esta breve recapitulación, a continuación, en el siguiente apartado, analizaré algunos de los beneficios e inconvenientes que presenta el régimen de la custodia compartida.

V. BALANCE DE LA CUSTODIA COMPARTIDA: BENEFICIOS E INCONVENIENTES.

La custodia compartida presenta numerosas ventajas. Con la misma, a pesar de la ruptura, se certifica la posibilidad de que los hijos estén con sus dos padres, lo que permitirá que los menores acepten la nueva situación familiar de una mejor manera y de una forma más fácil.⁷⁸ Aún con el divorcio, los padres ejercerán la custodia legal de sus hijos con los mismos derechos y en las mismas condiciones en que lo hacían antes de la separación, es decir, los mismos podrán seguir disfrutando de las responsabilidades que tienen como padres. En este modelo de custodia, tanto el padre como la madre están capacitados para ejercer de forma efectiva la crianza y educación de sus hijos, aunque esto implique un mayor compromiso por parte de los progenitores, garantizándose así la participación en igualdad de condiciones por ambos progenitores, en el desarrollo y crecimiento de los hijos, por tanto, no se cuestiona la idoneidad de ninguno de los progenitores.⁷⁹ ⁸⁰ No hay nada mejor para los hijos que poder conseguir que ambos progenitores, en igualdad de condiciones y con respeto mutuo, ejerzan de forma compartida la custodia de sus hijos.⁸¹

Con este régimen de custodia alterna, se garantiza, por tanto, un modelo de guarda que se parece más a la vida que tenían los niños antes de que se produjera el divorcio de sus padres. La separación de los mismos, es una situación difícil de asimilar para los hijos y aplicando este régimen de custodia compartida, se podría conseguir que la ruptura resultara menos traumática para ellos al evitar sentimientos negativos de culpa o de abandono en los menores y se fomenta una actitud más abierta de los hijos respecto de la separación de sus progenitores, aceptando mejor el nuevo contexto.⁸² ⁸³

⁷⁸ GÓMEZ PUERTO, ÁNGEL “*Las ventajas de la custodia compartida*”,2016, <http://gomezpuertoabogado.es/las-ventajas-la-custodia-compartida/> (22/06/18)

⁷⁹ ÁLVAREZ BARCO, B, *Custodia compartida: ventajas e inconvenientes*, 2015. http://www.consumer.es/web/es/economia_domestica/familia/2015/02/27/221525.php. (06/06/2018)

⁸⁰ PICONTÓ NOVALES, TERESA (Ed) 2012 “*La custodia compartida a debate*” Madrid, Dykinson-Instituto de derechos humanos Bartolomé de las casas. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, p. 89.

⁸¹ PICONTÓ NOVALES, TERESA (Ed) 2012 “*La custodia compartida a debate*” Madrid, Dykinson-Instituto de derechos humanos Bartolomé de las casas. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, p. 89.

⁸² PICONTÓ NOVALES, TERESA (Ed) 2012 “*La custodia compartida a debate*” Madrid, Dykinson-Instituto de derechos humanos Bartolomé de las casas. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, p. 89.

⁸³ CANO FUENTES, O “*11 Ventajas de la custodia compartida*”, 2015. Reedición <http://www.oscarcano.com/11-ventajas-de-la-custodia-compartida-reedicion/>) (10/06/18)

La custodia compartida también puede evitar la “*parentificación*”, es decir, elude el sentimiento de pérdida del progenitor no custodio, evitando así que el niño asuma el papel de padre o madre y por tanto tome decisiones y tenga una responsabilidad que no son apropiadas para su edad.⁸⁴

Otra aportación ventajosa de la misma es que este régimen de guarda y custodia puede facilitar la adopción de los acuerdos y negociaciones entre los padres, en lo que se refiere al cuidado de sus hijos, al tener que cooperar ambos progenitores necesariamente lo que permite que se reduzca la litigiosidad entre ellos. Hablamos de un modelo que puede favorecer la comunicación entre ellos.^{85 86 87}

Sin embargo, aunque son varias las virtudes que nos plantea la custodia compartida, la misma, también presenta algunos inconvenientes. En muchas ocasiones, este modelo ha sido criticado por la inestabilidad tanto psíquica como física que puede causar en la vida de los menores, sobre todo dependiendo de cómo se establezcan los sistemas de reparto con cada uno de los progenitores. Hay estudios donde se afirma que existe una patología psíquica provocada por la residencia alterna.⁸⁸ El hecho de que el menor se tenga que trasladar continuamente de domicilio sobre todo cuando los padres no viven en la misma localidad o que el menor tenga que adaptarse a los nuevos núcleos familiares, también podría considerarse perjudicial para los hijos.⁸⁹ Por regla general, los jueces españoles valoran negativamente para el bienestar y normal desarrollo de los niños el cambio de domicilio que supone el régimen de la custodia compartida alterna. En este sentido, muchas de las sentencias judiciales entienden que el régimen compartido de la custodia es contrario al interés del menor por considerar perjudicial el

⁸⁴ ÁLVAREZ BARCO, B, *Custodia compartida: ventajas e inconvenientes*, 2015. http://www.consumer.es/web/es/economia_domestica/familia/2015/02/27/221525.php. (06/06/2018)

⁸⁵ CANO FUENTES, O “11 Ventajas de la custodia compartida”, 2015. Reedición <http://www.oscarcano.com/11-ventajas-de-la-custodia-compartida-reedicion/>.) (10/06/18)

⁸⁶ PICONTÓ NOVALES, TERESA (Ed) 2012 “*La custodia compartida a debate*” Madrid, Dykinson-Instituto de derechos humanos Bartolomé de las casas. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, p. 90.

⁸⁷ MARTÍN GRACIA, C. “*La custodia compartida en Aragón: Beneficios y perjuicios*. Universidad de Zaragoza, Facultad de Derecho, 2015. <http://zaguan.unizar.es.robles.unizar.es:9090/record/37058>. (23/06/18)

⁸⁸ BERGER, M; CICONNE, A; GUEDENEY, NY ROTTMAN, H, *Residencia alterna en niños menores de seis años: una situación de alto riesgo psicológico*, 2004, <https://www.mujeresjuristasthemis.org/documentos-themis/category/23-custodia-compartida> (26/05/18)

⁸⁹ PICONTÓ NOVALES, TERESA (Ed) 2012 “*La custodia compartida a debate*” Madrid, Dykinson-Instituto de derechos humanos Bartolomé de las casas. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, p.90.

cambio de domicilio del menor o el cambio de costumbres dentro del domicilio familiar a la necesaria estabilidad que precisan los niños.⁹⁰

A este respecto, podríamos destacar como un inconveniente de la custodia compartida el que, por ejemplo, la misma se acordará de forma preferente por el juez aun cuando no exista acuerdo entre los progenitores como sucede en Aragón, Cataluña y en algunos países del sur de Europa como Portugal, Francia e Italia. Esta cuestión, se podría considerar como una desventaja, ya que interponer este modelo de custodia cuando no haya acuerdo de los padres podría resultar peligroso, ya que puede ser algo arriesgado y puede dar lugar a que se incremente el conflicto entre aquellos progenitores separados que antes de que se produjera la ruptura no compartían el ejercicio conjunto de las tareas del cuidado de los hijos.⁹¹

La falta de disponibilidad de alguno de los padres para poder ocuparse de sus hijos también constituye un obstáculo para fijar la custodia compartida alterna por parte de los jueces.⁹²

Por tanto y como hemos visto en el presente apartado, cabría destacar que, la custodia compartida presenta numerosas ventajas, pero también muestra algunos inconvenientes. A pesar de estas desventajas, optaría por este modelo de custodia alterno. Considero que es más beneficioso para los niños, ya que como he comentado previamente, los menores tienen la posibilidad de cohabitar con sus dos padres de una forma muy parecida a como lo hacían antes y en una situación tan complicada como esta, pienso que, a pesar de todo, es lo más “fácil” para ellos.

⁹⁰ PICONTÓ NOVALES, TERESA (Ed) 2012 “*La custodia compartida a debate*” Madrid, Dykinson-Instituto de derechos humanos Bartolomé de las casas. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, p. 64.

⁹¹ PICONTÓ NOVALES, TERESA (Ed) 2012 “*La custodia compartida a debate*” Madrid, Dykinson-Instituto de derechos humanos Bartolomé de las casas. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, p. 64.

⁹² PICONTÓ NOVALES, TERESA (Ed) 2012 “*La custodia compartida a debate*” Madrid, Dykinson-Instituto de derechos humanos Bartolomé de las casas. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, p. 65.

VI. CONCLUSIONES

Como resultado de este Trabajo de Fin de Grado, he llegado a cuatro conclusiones principales:

1. Cabe destacar que cuando se produce la ruptura de la convivencia entre los progenitores, uno de los elementos más importantes a tener en cuenta es el relacionado con la guarda y custodia de los hijos. Cuando los padres deciden que ya no quieren seguir teniendo una vida en común, esto, en principio, no debería suponer un problema para los niños y los mismos no tienen por qué sufrir las consecuencias derivadas de esa separación. Además, los hijos, ante esta situación, no tienen por qué perder el contacto y la relación que tenían hasta ese momento con sus dos padres. Por todo ello, es fundamental determinar el modelo de custodia que se va a establecer. La guarda y custodia se encuentra incluida en la patria potestad y tiene que ver con la atención y el cuidado diario que los progenitores deben ejercer en relación con sus hijos. A la hora de atribuir un modelo de custodia u otro, debemos tener en cuenta los principales derechos y principios que ostentan tanto los padres como los hijos. Hablamos de unos principios que aparecen regulados tanto en nuestra Constitución Española como en otros textos internacionales y europeos y entre ellos, nos interesan fundamentalmente el principio de libertad, el principio de igualdad y el superior interés del menor. Este último, es el principio básico inspirador del régimen jurídico de esta materia. Se trata de un principio muy importante ya que es el principio principal a tener en cuenta a la hora de acordar un tipo de custodia u otra. Para determinar el régimen de custodia a aplicar, antes de tomar una decisión, se debe tener en cuenta que los derechos del menor quedan protegidos y por tanto, la decisión que se vaya a adoptar va a ser beneficiosa para el niño y no le va a perjudicar, es decir, se tendrá que analizar como juega dicho principio en cada caso concreto, teniendo en cuenta las características del mismo y adoptando aquel modelo que se considere más beneficioso para el menor y para su mejor interés. Lo fundamental es que se proteja ese interés del menor y por tanto que el mismo se vea beneficiado.

2. Cabe señalar que el concepto de custodia compartida, entendido como aquella situación en la que ambos progenitores se hacen cargo de la atención diaria del menor de edad y asumen conjuntamente la responsabilidad parental una vez que ha cesado la convivencia entre ellos, es un término que ha experimentado una evolución ya que se ha ido regulando de una forma distinta en nuestro ordenamiento jurídico conforme la sociedad ha ido desarrollándose.

La evolución de este concepto, una vez aprobada la Constitución Española de 1978, comenzará con la aplicación de la ley 11/1981, que establecía que la patria potestad se ejercería por ambos progenitores reconociéndose así a la madre, los mismos derechos sobre los hijos que históricamente habían sido asignados al padre tras la separación. Dicha evolución continuará con la reforma y aplicación de otras leyes como la ley 30/1981, la primera norma legislativa en materia de crisis matrimonial regulada en nuestro ordenamiento jurídico, aunque en ella no aparecía regulada de forma expresa el concepto de guarda y custodia compartida. Aparecerá la ley 11/1990, de 15 de octubre, reforma el Código Civil en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo, hace desaparecer la mención expresa a que la custodia de los hijos menores de 7 años se otorgaría siempre a la madre de forma preferente. Finalmente, llegaríamos a la actual normativa vigente, la ley 15/2005, que sería la primera ley en nuestro ordenamiento jurídico en regular de forma expresa el modelo de custodia compartida.

3. Este modelo de custodia compartida no se aplicará de igual manera en los distintos ordenamientos jurídicos. En el derecho estatal, se tendrá en cuenta si existe acuerdo entre ambos padres y en caso de que no lo haya, será el juez el encargado de decidir qué régimen de custodia se establece. En esta situación, el juez optará por la preferencia de aplicar el modelo de custodia individual porque en el Cc, se considera que este modelo es el más conveniente para los niños. Sin embargo, el juez puede optar por la aplicación del modelo de custodia alterno cuando aun no existiendo acuerdo entre los padres, al menos uno de ellos lo haya solicitado o, se considere que es mejor para el interés del menor.

El derecho aragonés y el catalán presentan similitudes ya que ambos establecen que, para determinar el régimen de custodia a adoptar, primero se debe tener en cuenta si existe acuerdo entre los progenitores y si no lo hay, a diferencia de lo que regula el Cc, el juez optará preferentemente por el establecimiento de la custodia compartida salvo que se prevea que la aplicación de la custodia individual es más conveniente para los menores. Esta cuestión aparece regulada de una forma semejante en el derecho francés, italiano y portugués, ya que estos últimos derechos también optan en cierta forma por la aplicación preferencial de la custodia compartida.

El derecho navarro, a diferencia de lo establecido en los ordenamientos jurídicos anteriores, apuesta por un modelo de libre determinación judicial, es decir, no se señala una preferencia por un determinado modelo de custodia. En Navarra, se tendrá en cuenta si existe acuerdo entre ambos padres, pero en caso de que no lo haya, el juez podrá acordar la custodia compartida o individual en atención al interés de los hijos.

4. Por último, es importante señalar que el modelo de custodia compartida presenta numerosas ventajas. Con la misma, se garantiza a los hijos la posibilidad de disfrutar de la presencia de ambos progenitores, se fomenta una actitud más abierta de los hijos respecto de la separación de sus padres, aceptando así, mejor, la nueva situación familiar. Se garantiza la participación en igualdad de condiciones por ambos progenitores, en el desarrollo y crecimiento de los hijos, la ruptura puede resultar menos traumática para los menores etc... Sin embargo, también presenta algún inconveniente como la inestabilidad que puede presentar en la vida de los niños el tener que estar, por ejemplo, trasladándose de un domicilio a otro de forma continua. También podría resultar perjudicial la adopción de este modelo cuando no existe acuerdo entre los progenitores.

El modelo de custodia compartida puede resultar un régimen idóneo para los niños y los padres. Aunque se debe atender siempre al caso concreto en el que nos encontramos para ver si así se garantizan esos principios y derechos de los que hablábamos al principio, se trata de un modelo que permite que ambos padres puedan ejercer de forma equitativa sus responsabilidades como padres

frente a sus hijos y a los hijos también se les garantiza ese derecho de poder seguir conviviendo con sus dos progenitores.

VII. BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA.

ÁLVAREZ BARCO, B, *Custodia compartida: ventajas e inconvenientes*, 2015.
http://www.consumer.es/web/es/economia_domestica/familia/2015/02/27/221525.php. (06/06/2018)

ARAMBURU MUÑOZ, ISABEL & CHATO FRANCO, MERCEDES & MARTÍN MARÍA, BELÉN & PÉREZ-VILLAR APARICIO, ROSA, “*Estudio de derecho comparado sobre la regulación de la custodia compartida*”, s.f.

http://www.amecopress.net/IMG/pdf/estudio_custodia_compartida_def.pdf
(7/07/18)

BERGER, M; CICONNE, A: GUEDENEY, NY ROTTMAN, H, *Residencia alterna en niños menores de seis años: una situación de alto riesgo psicológico*, 2004, <https://www.mujeresjuristasthemis.org/documentos-themis/category/23-custodia-compartida>) (26/05/18)

BUENO JIMÉNEZ, MAURICIO, “*La custodia compartida y el interés prevalente del menor*”, 2015,
<http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/10066-la-custodia-compartida-y-el-interes-prevalente-del-menor/> (01/07/18)

CALDERÓN CARMEN, “*La custodia compartida en Cataluña*”, 2016
<http://custodia-compartida.com/la-custodia-compartida-en-cataluna/> (27/06/18)

CANO FUENTES, O “*11 Ventajas de la custodia compartida*”, 2013. Reedición
<http://www.oscar-cano.com/11-ventajas-de-la-custodia-compartida-reedicion/>.
(10/06/18)

“*Custodia Compartida: Hacia la igualdad en la responsabilidad de los padres*”, 2010,
<http://www.abogacia.es/wp-content/abogados/ficheros/1289404554299.pdf> (15/06/18).

DELGADO SÁEZ, JÉSSICA, “*Evolución legislativa de la custodia compartida. Especial referencia a las CCAA con derecho propio*”, s.f. <https://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/evolucion-legislativa-custodia-compartida-685513913>
(16/06/18)

GÓMEZ PUERTO, ÁNGEL “*Las ventajas de la custodia compartida*”, 2016,
<http://gomezpuertoabogado.es/las-ventajas-la-custodia-compartida/> (22/06/18)

GONZÁLEZ DEL POZO, JUAN PABLO, “*Comentarios a la regulación de la custodia compartida en el Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental*”, 2014.

https://www.elderecho.com/tribuna/civil/custodia_compartida-corresponsabilidad_parental_11_712555002.html, (04/07/2018)

LÓPEZ AZCONA, A. “*Ruptura convivencial y custodia de los hijos menores en la regulación aragonesa*”, Revista de Derecho Civil Aragonés, nº20, pp. 127 a 154.

MARTÍN GRACIA, C. “*La custodia compartida en Aragón: Beneficios y perjuicios*”. Universidad de Zaragoza, Facultad de Derecho, 2015.
<http://zaguan.unizar.es.robles.unizar.es:9090/record/37058>. (23/06/18)

MARTINEZ DE AGUIRRE ALDAZ, CARLOS “*La regulación de la custodia compartida en la ley de igualdad de las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres*”, actas de los vigésimos encuentros del foro de Derecho Aragonés, 2011, pp. 142 - 143.

“*Navarra ya cuenta con su propia regulación sobre la custodia compartida*”, 2013, <https://pamplonaactual.com/navarra-ya-cuenta-con-su-propia-regulacion-sobre-la-custodia-compartida/> (05/05/18)

PICONTÓ NOVALES, T. (Ed). (2012). *La custodia compartida a debate*, Madrid, Dykinson- Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas. Madrid: Universidad Cartos III de Madrid.

PICONTÓ NOVALES, T. “*El avance de la custodia compartida en los países del sur de Europa. Algunas consideraciones críticas*”, Revista Temas Socio Jurídicos de la UNAB de Colombia, nº66, 2014, pp. 33 a 46.

PINTO ANDRADE, CRISTOBAL, *La custodia compartida en la práctica judicial española: los criterios y factores para su atribución*, 2015, p. 149.
<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5645592.pdf> (15/04/18)

PRIETO RAMOS, P.M. “*Custodia compartida en Aragón: Diferencias con otras comunidades autónomas y análisis jurisprudencial*”. Universidad de Zaragoza, Facultad de Derecho, 2014. (01/05/18)
<http://zaguan.unizar.es.robles.unizar.es:9090/record/15796?ln=es>

RAVETLLAT BALLESTÉ, ISAAC “*El interés superior del niño: concepto y delimitación del término*”, Educatio siglo XXI, Revista de la Facultad de Educación de la Universidad de Murcia sobre la infancia, derechos y educación, vol. 30, nº 2, 2012, pp. 89-108.

RIVERO HERNÁNDEZ, FRANCISCO (Ed) (2007)“*El interés del menor*”. Madrid: Ed. Dykinson.

ROCA I TRIAS, ENCARNA (Ed). (2014). “*Libertad y Familia*”. Valencia: Tirant lo Blanch.

RUZ LÁRTIGA, GONZALO, “*La evolución de la autoridad parental en Francia y su incidencia en las facultades y deberes del progenitor no custodio*”, 2017. https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502017000200006, (03/07/18).

SABATER BAYLE, E. “*Ruptura convivencial y custodia de los hijos en la regulación navarra*”, ponencia presentada a las XIII Jornadas IDADFE sobre crisis de pareja y custodia de los hijos menores, Centro UNED Calatayud, 27 y 28 marzo 2014. (05/07/18)
https://www.youtube.com/watch?v=KtM4rr_cxnQ&feature=youtu.be,

SERRANO GARCIA, J.A., “*La custodia compartida Aragonesa en la primera jurisprudencia*”, XXII Encuentro del Foro de Derecho Aragonés, 2011.

TALAVERA SÁNCHEZ, IRMA, “*La nueva regulación de la guarda y custodia compartida*”, s. f. (15/05/18)

<http://www.hispacolex.com/wp-content/uploads/documents/pdf/articulo%20irma.pdf>

NORMATIVA CONSULTADA

- Constitución Española de 1978.
- Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950.
- Carta de Derechos Fundamentales de la Unión europea, de 10 de diciembre de 2000.
- La Declaración Universal de los Derechos Humanos.
- Convención sobre los derechos del niño de 20 de noviembre de 1989 de las Naciones Unidas.
- Ley estatal 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio.
- Ley 30/ 1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio
- Ley 11/1990, de 15 de octubre, reforma el Código Civil en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo.
- Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor.
- Ley Orgánica 3/2007 para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.
- Ley 15/2005 de 8 de Julio, *por la que se modifican el Cc y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio.*
- Ley 2/2010, de 26 de mayo, de *igualdad en las relaciones familiares tras la ruptura de la convivencia de los padres*
- La Ley Catalana 25/2010, de 29 de julio, *del Libro II del Cc catalán, relativo a persona y a la familia*
- Ley foral 3/2011, de 17 de Marzo, *sobre custodia de los hijos en los casos de ruptura de la convivencia de los padres.*