



**Universidad
Zaragoza**

Trabajo Fin de Grado

**CUSTODIA COMPARTIDA
EN ARAGÓN:**

**Diferencias con otras Comunidades
Autónomas y análisis jurisprudencial**

Autora:

PAULA MAITE PRIETO RAMOS

Directora:

MARÍA DEL CARMEN BAYOD LÓPEZ

Facultad de Derecho/ Año 2014

ÍNDICE:

§1. <u>LISTADO DE ABREVIATURAS UTILIZADAS</u>	4
§2. <u>PREÁMBULO</u>	5
I. OBJETO	5
1. CUESTIÓN TRATADA EN EL TRABAJO FIN DE GRADO.....	5
2. RAZÓN DE LA ELECCIÓN DEL TEMA Y JUSTIFICACIÓN DE SU INTERÉS.....	5
3. METODOLOGÍA SEGUIDA EN EL DESARROLLO DEL TRABAJO.....	5
§3. <u>DESARROLLO DEL TRABAJO</u>	6
I. INTRODUCCIÓN	6
1. COMPETENCIA DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS A LA HORA DE DETERMINAR CUESTIONES CIVILES.....	6
2. DEFINICIÓN DE DERECHO <i>FORAL</i>	7
II. LA CUSTODIA	9
1. DEFINICIÓN DE CUSTODIA EN SITUACIONES DE CRISIS DE PAREJA O DE FALTA DE CONVIVENCIA.....	9
2. DIFERENCIAS ENTRE PATRIA POTESTAD, GUARDA Y CUSTODIA Y DERECHO DE VISITA.....	10
3. TIPOS DE CUSTODIA.....	11
4. RÉGIMEN JURÍDICO ACTUAL DE LA CUSTODIA COMPARTIDA EN ESPAÑA.....	12
4.1 El interés del menor.....	16
5. LA CUSTODIA COMPARTIDA EN ARAGÓN.....	18
5.1. Presupuestos de aplicación de la ley aragonesa.....	20
5.2. Principios y derechos a observar en una ruptura de convivencia.....	21

A) <i>Principios</i>	21
B) <i>Derechos</i>	22
5.3. Requisitos para la atribución de la guarda y custodia.....	22
A) <i>La relevancia de la opinión del menor</i>	23
5.4. El pacto de relaciones familiares.....	24
III. DIFERENCIAS Y SIMILITUDES CON OTRAS COMUNIDADES AUTONOMAS	26
1. DIFERENCIA ENTRE LA LEGISLACIÓN ARAGONESA Y LA LEGISLACIÓN COMÚN....	26
2. DIFERENCIA ENTRE LA LEGISLACIÓN ARAGONESA Y LA LEGISLACIÓN CATALANA.....	28
2.1. El plan de parentabilidad catalán.....	31
3. DIFERENCIAS ENTRE LA LEGISLACIÓN ARAGONESA Y LA LEGISLACIÓN NAVARRA.....	33
4. DIFERENCIAS ENTRE LA LEGISLACIÓN ARAGONESA Y LA LEGISLACIÓN VALENCIANA.....	35
IV. ANTEPROYECTO DE LEY DE 19 DE JULIO DE 2013	39
6. NOVEDADES DEL ANTEPROYECTO DE LEY DE 19 DE JULIO DE 2013.....	39
6.1. Eliminación del carácter excepcional de la custodia compartida.....	39
6.2. Informe del Ministerio Fiscal.....	40
6.3. Cambio de terminología.....	40
6.4. Violencia doméstica o de género.....	41
6.5. Revisión de medidas adoptadas.....	41
6.6. Plan del ejercicio de patria potestad.....	41
6.7. Liquidación del régimen económico matrimonial.....	42

6.8. Mediación familiar.....	43
6.9. Vivienda familiar.....	43
§5. <u>CONCLUSIÓN ORIGINAL DEL ESTUDIANTE</u>.....	44
§6. <u>BIBLIOGRAFÍA Y REFERENCIAS DOCUMENTALES</u>.....	46
1. LIBROS Y REVISTAS.....	46
2. LEGISLACIÓN.....	49
3. JURISPRUDENCIA.....	50
4. RECURSOS DE INTERNET.....	52

§1. LISTADO DE ABREVIATURAS UTILIZADAS:

- AP..... Audiencia Provincial.
- APT..... Audiencia Provincial de Teruel.
- APL..... Anteproyecto de Ley.
- Arts..... Artículos.
- CC..... Código Civil.
- CE..... Constitución Española.
- CCAA..... Comunidades Autónomas.
- CCcat..... Código Civil de Cataluña.
- CDFA..... Código de Derecho Foral Civil de Aragón.
- DA..... Disposición Adicional.
- DC..... Decreto.
- DT..... Disposición Transitoria.
- ED..... Editorial.
- LO..... Ley Orgánica.
- MF..... Ministerio Fiscal.
- OP. CIT.... *Opere citato* (en la obra citada).
- RC..... Registro Civil.
- SAP..... Sentencia de la Audiencia Provincial.
- SS..... Siguietes.
- STC..... Sentencia del Tribunal Constitucional.
- STSJ..... Sentencia del Tribunal Superior de Justicia.
- STSJA..... Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón.
- STSJC..... Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.
- STSJN..... Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra.
- STSJV..... Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Valencia.
- TC..... Tribunal Constitucional.
- TFG..... Trabajo de Fin de Grado.
- TS..... Tribunal Supremo.
- TSJA..... Tribunal Superior de Justicia de Aragón.
- TSJC..... Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.
- TSJN..... Tribunal Superior de Justicia de Navarra.
- TSJV..... Tribunal Superior de Justicia de Valencia.

§2. PREÁMBULO:

I. OBJETO:

1. CUESTIÓN TRATADA EN EL TRABAJO FIN DE GRADO:

En el Trabajo de Fin de Grado voy a tratar de la custodia compartida en Aragón; para ello, comenzaré de lo genérico a lo específico, partiendo del concepto general de custodia, seguidamente analizaré los tipos de custodia, para, posteriormente, centrarme en la custodia en Aragón, en concreto la custodia compartida, analizando las similitudes y diferencias entre la regulación aragonesa y la prevista en otras Comunidades Autónomas existentes en España que regulen esta materia, realizando un análisis de la jurisprudencia que he considerado más relevante.

2. RAZÓN DE LA ELECCIÓN DEL TEMA Y JUSTIFICACIÓN DE SU INTERÉS:

He escogido «la custodia compartida» puesto que es un tema muy actual, desde el año 2010, con la ley 2/2010 hasta ahora, 4 años después, el legislador y los tribunales siguen debatiendo sobre la importancia de la custodia compartida en las relaciones familiares, la jurisprudencia es novedosa y por tanto es fácil e interesante de conocer.

Además he escogido un tema relacionado con el Derecho civil aragonés puesto que es «nuestro Derecho civil» y debe ser conocido por todos los estudiantes españoles y, en especial por los aragoneses.

3. METODOLOGÍA SEGUIDA EN EL DESARROLLO DEL TRABAJO:

La metodología que he utilizado ha sido analítica y comparativa, comenzando de lo más genérico a lo más específico: competencias de las Comunidades Autónomas en materia de Derecho civil y regulación de la custodia compartida en cada Comunidad Autónoma; analizando la jurisprudencia que razona o explica cada término controvertido o que he considerado relevante a la hora de estudiar el tema.

En cuanto a las fuentes que he utilizado, éstas han sido muy variadas: Códigos (CC y de las distintas CCAA), manuales de Derecho civil, revistas de Derecho de familia, revistas jurídicas de Cataluña, revistas jurídicas de Navarra (tanto las revistas de Derecho de familia como las jurídicas catalana y navarra desde el año 2008 en adelante), bases de datos de jurisprudencia (Westlaw y otras), he cotejado distinta información en diversas páginas webs y he acudido a la última Jornada sobre la custodia compartida que se celebró en Calatayud los días 27 y 28 de marzo del 2014.

§3. DESARROLLO DEL TRABAJO:

I. INTRODUCCIÓN:

1. COMPETENCIA DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS A LA HORA DE DETERMINAR CUESTIONES CIVILES:

Las diversas competencias tanto del Estado como de las Comunidades Autónomas son reguladas por la Constitución Española de 1978, en sus artículos 148 y 149.

La Constitución Española establece en su extenso artículo 149 una serie de materias sobre las cuales el Estado español tiene competencia exclusiva. Entre ellas, se encuentra en el apartado 8ª, *la legislación civil*, que se entiende exclusiva del Estado, «sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan». Seguidamente añade, que en todo caso, serán competencia exclusiva del Estado, «las reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas, relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio, ordenación de los registros e instrumentos públicos, bases de las obligaciones contractuales, normas para resolver los conflictos de leyes y determinación de las fuentes del derecho, siempre con respeto, a las normas de derecho foral o especial».

El resto de materias de Derecho civil que no están exclusivamente reservadas al Estado español, es decir, aquellas que no están contenidas en el artículo 149.8ª párrafo segundo CE, la competencia le corresponde a las Comunidades Autónomas que tienen competencia en dicha materia, siempre que se aprecie una «conexión suficiente» con su Derecho civil propio.

Esta *conexión suficiente* fue establecida por la sentencia del Tribunal Constitucional 88/1993, de 12 de marzo de 1993, RTC 1993/88 que trata sobre la relación entre las materias de derecho civil estatales y las forales y asume plenamente el *principio de conexión necesaria* o *criterio de proximidad* que «estriba en exigir una vinculación sustantiva entre el contenido de las nuevas normas adoptadas por el legislador autonómico y el Derecho civil especial existente con anterioridad, de forma tal que el

quehacer legislativo la Comunidad Autónoma guardase, sin solución de continuidad, el respeto debido al Derecho histórico».¹

Esta concepción es la *voluntad legislatoris contituyente*, que implica que la innovación viene limitada por la preexistencia, o si se prefiere, que el contenido histórico y tradicional de las instituciones condiciona preceptivamente su contenido normativo de presente. Precisamente por esto, la STC 88/1993 parece establecer que «la competencia autonómica no tiene su límite material únicamente en las materias que de forma explícita reserva el 2º párrafo del art. 149.1.8ª al Estado, sino que ese Derecho civil foral o especial, preexistente constituye el punto de partida y el límite de la referida competencia».

Por tanto, en todas las parcelas jurídicas en las que no se puede apreciar un *nexo de continuidad*, una sucesión temporal entre las instituciones pretéritas y las actuales, la razón habrá sustituido a la historia.

En aquellos casos de materia de competencia foral que no estén regulados, la Constitución Española establece en su artículo 149.3 que deberá ser establecida por la legislación estatal (el Código Civil u otras leyes civiles estatales) que actúan de manera supletoria. En el caso de que en el futuro esa materia se regula por la legislación foral, dejará de aplicarse la normativa estatal.

El Estado Español, actualmente está configurado como un Estado autonómico, esto significa que no es ni un Estado Centralista ni un Estado Federalista y conserva así la diversidad legislativa territorial en el ámbito propio del Derecho Civil, denominándose ésta «Derecho Foral», que es característica de un territorio determinado, y por ello, la Disposición Adicional Primera de la CE establece que «la Constitución Española ampara y respeta los derechos históricos de los territorios forales».

2. DEFINICIÓN DE DERECHO FORAL:

En España hay varios territorios forales, y éstos son aquellos en los que al aprobarse la Constitución, ya existía, con mayor o menor amplitud, un Derecho civil propio, respetado por las leyes del único poder legislativo entonces existente o no derogado por

¹Vid. DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús: «Doctrina del Tribunal Constitucional sobre competencias legislativas autonómicas en materia de Derecho civil» en *Revista Aragonesa de Administración Pública*, vol. 4, 1994, págs. 361- 404.

ellas. Esto se daba en las Comunidades en cuyo territorio se aplicaban las Compilaciones de Derecho civil foral o especial y que posteriormente han asumido la correspondiente competencia en sus respectivos Estatutos: Aragón, Cataluña, País Vasco, Baleares, Galicia y Navarra, y se añade Valencia donde también se encuentra tal atribución competencial en su estatuto de autonomía, aun cuando no es ella una Comunidad Autónoma del art. 149.1.8º.²

DE CASTRO³ hace una aproximación a lo que es el Derecho foral señalando que el término foral se utiliza con significados muy distintos:

a) En un sentido muy amplio, el fuero o foro es la «regla jurídica o la norma jurídica justa»; cuando se habla de defensa de los fueros, se puede entender la de las leyes existentes, de las arraigadas costumbres o de la tradición hecha regla, frente al arbitrio del Príncipe o del Parlamento.

b) En sentido más concreto se quiere expresar con él la «conservación, el renacer o la implantación de una situación jurídica peculiar de cierta comarca o territorio»; así, con la palabra *fueros* se han expresado aspiraciones de autonomía administrativa, de propios órganos legislativos y judiciales, traducidas en fórmulas de descentralización, regionalismo y separatismo, y

c) Alcance distinto tiene el término foral cuando en la doctrina civil se emplea la frase Derecho foral; entonces se concreta al fenómeno de la «existencia, en el Derecho español, de una diversidad local de reglas civiles».

La definición que más se acerca al término que aquí estamos utilizando es esta última, Derecho foral en cuanto diversidad de reglas civiles dentro del Derecho o del ordenamiento español.

² Sobre la Comunidad Autónoma Valenciana y su competencia en materia civil, vid: PLAZA PENADÉS, JAVIER, «El Derecho civil, los Derechos civiles forales o especiales y el Derecho civil autonómico» en *Revista de Derecho Civil valenciano*, 2º semestre, on-line: <http://derehocivilvalenciano.com/revista/numeros/numero-12-segundo-semester-2012>; BAYOD LÓPEZ, CARMEN, «Derecho aragonés y análisis comparativo con otros Derechos forales» en *Jornadas de Derecho foral aragonés*, ed. DGA, Zaragoza, 2013, págs. 23-24 (págs..9-65).

³ DE CASTRO, FEDERICO, *Derecho Civil de España*, Civitas ediciones, S. L., 2008, pág. 21.

Estas Comunidades Autónomas, las CCAA con Derecho civil foral, tienen competencia para «conservar, modificar y desarrollar su Derecho civil foral o especial» (art. 149.1.8ª CE).

En cambio, el resto de CCAA que no gozan de este Derecho civil foral o especial, no tienen competencia en materia civil y su Derecho civil se contiene en el Código civil y en otras leyes civiles extracodiciales estatales.

II. CUSTODIA:

1. DEFINICIÓN DE CUSTODIA EN SITUACIONES DE CRISIS DE PAREJA O DE FALTA DE CONVIVENCIA:

La custodia en general es una materia de Derecho civil, en concreto de Derecho de familia, que se podría definir como aquella situación jurídica que se da, cuando un tribunal otorga, mediante una sentencia, la guardia y custodia de los hijos menores de edad a uno o a ambos progenitores, cuando éstos tras una crisis de pareja han cesado su convivencia en común. La custodia es un efecto de la filiación.

Esta situación habitualmente se produce, en primer lugar, cuando los progenitores han procedido a su separación matrimonial, en segundo lugar, cuando han procedido a su divorcio, en cuyo caso es necesario que el juez establezca quién de los dos progenitores ejercerá la custodia (muy distinto a la patria potestad que posteriormente explicaré), o en tercer lugar, en caso de orfandad, en cuyo caso es requisito fundamental la búsqueda de una persona o entidad que se haga cargo de los sujetos afectados y de su debida protección.

Una vez otorgada la custodia legal, ésta supone una serie de deberes y responsabilidades del adulto custodio con respecto al custodiado, fundamentalmente el deber de manutención y cuidado del mismo, y a su vez, asumir las responsabilidades que ello conlleva.

La custodia es una obligación de los progenitores, y una vez otorgada, el custodio no puede rechazarla ni siquiera por motivos de insuficiencia de medios económicos para su manutención o por no verse capaz de educar correctamente a un hijo problemático.

2. DIFERENCIAS ENTRE AUTORIDAD FAMILIAR O PATRIA POTESTAD/ GUARDA Y CUSTODIA Y DERECHO DE VISITA:

Es importante la distinción de estos dos términos, ya que deben diferenciarse las instituciones de la potestad que los progenitores tienen atribuida legalmente respecto de sus hijos menores de edad y que se refieren a funciones de representación legal, y a decisiones trascendentales que deben tomar en relación al desarrollo integral de éstos que se produce en el momento de la ruptura de la convivencia entre ambos progenitores.

La patria potestad o la denominada en Aragón *autoridad familiar* se entiende como «el conjunto de derechos y deberes que ambos progenitores tienen respecto a sus hijos menores o incapaces, para garantizar su cuidado, alimentación, formación, educación, representación y administración de bienes, tendente a conseguir un adecuado desarrollo de la personalidad de los mencionados hijo⁴», mientras que la guarda y custodia en cambio, tiene un contenido más inmediato de cuidado y atención de los menores y se define como «el derecho de los progenitores a estar en compañía del menor, elemento integrante de la patria potestad ante la separación o ruptura de la pareja⁵».

Por tanto, guarda y custodia es una facultad *doméstica*, y con esta denominación me refiero a que conlleva los quehaceres diarios como vivir, cuidar y asistir al hijo ejerciéndose o de manera conjunta o a uno sólo de los progenitores con un régimen de visitas, mientras que la patria potestad se refiere a todas las decisiones de especial relevancia para la vida del menor o incapacitado y es ejercida por regla general, de forma conjunta por ambos progenitores.

La Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de 26 de octubre de 2012 muestra la diferenciación entre patria potestad y guarda y custodia ya que se establece en dicha sentencia que a pesar de corresponderle a un progenitor la custodia de su hijo menor, esto no le permite decidir de forma unilateral el lugar de residencia de los hijos, puesto que se trata de una cuestión que afecta a la patria potestad y debe resolverse de común acuerdo o en caso de no poderse llegar a ningún acuerdo, deberá ser resuelta por la autoridad judicial.

⁴ PÉREZ SALAZAR- RESANO, MARGARITA, *Tratado Derecho de familia, aspectos sustantivos y procesales, Capítulo III Patria Potestad*. Editorial jurídica Sepin, 2005.

⁵ PÉREZ SALAZAR- RESANO, MARGARITA, *Tratado Derecho de familia, aspectos sustantivos y procesales, Capítulo III Patria Potestad*. Editorial jurídica Sepin, 2005.

Otro término que cobra cada vez mayor relieve, por influencia doctrinal y de los operadores jurídicos, es el de la denominada *responsabilidad parental*, que se incluye en el Reglamento UE 2201/2003, de 27 de noviembre, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y que se define como «los derechos y obligaciones conferidos a una persona física o jurídica en virtud de una resolución judicial, por ministerio de la ley o por un acuerdo con efectos jurídicos en relación con la persona o los bienes de un menor. El término incluye, en particular, los derechos de custodia y visita».

El derecho de visita es denominado por autores de diversos modos: el derecho titularidad del menor, derecho titularidad del progenitor no custodio, derecho- deber del progenitor no custodio y derecho- función o derecho subjetivo.

La doctrina mayoritaria afirma que el derecho de visita es un derecho subjetivo, ya que confiere una esfera de poder a su titular que se presenta como un derecho-deber o derecho función cuyo límite es la protección del derecho del menor.

Sin embargo, esto se complica cuando introducen la idea de que la titularidad del derecho de visita sea el propio menor en lugar de su progenitor, pudiendo éste exigir relaciones, comunicación y visita con el otro progenitor cuando su guardador se lo impide o controla su vida, o con otros parientes o allegados o incluso a su propio tutor y respecto de otros parientes.⁶

Todas las actuaciones que se realicen amparándonos en el derecho de visita deben estar orientadas a dicha protección y la finalidad del mismo es la de favorecer las relaciones humanas y la corriente afectiva entre titular y menor.⁷

3. TIPOS DE CUSTODIA:

Podríamos distinguir dos clases de custodias:

Por un lado, la *custodia unilateral o custodia exclusiva o individual*, que es delimitada por múltiples autores como SAN SEGUNDO⁸ que la define como «aquella en la que la

⁶ RIVERO HERNÁNDEZ, F. *El derecho de visita*, Barcelona, 1997, p. 397.

⁷ RIVERO HERNÁNDEZ, F. *El derecho de visita*, Barcelona, 1997, p. 386.

convivencia se atribuye a uno sólo de los progenitores, si bien el otro progenitor tiene un derecho de visitas, salvo que por concurrir alguna causa grave sea privado de la misma».

Y por otro lado, la *custodia compartida* que no es definida por el Código Civil pero es denominada por el mismo de múltiples maneras *ejercicio compartido de la guarda y custodia*, *guarda conjunta* y *guarda y custodia compartida*.

Ya que no es definida por el Código Civil, algunos autores como ORTUÑO MUÑOZ⁹ ha elaborado un concepto detallado de la custodia compartida como «aquella modalidad de ejercicio de la responsabilidad parental, en la que ambos progenitores convienen en establecer una relación viable entre ellos, basada en el respeto y 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».

Nos centraremos en la custodia compartida, que es un tema muy controvertido donde las regulaciones forales son algo dispersas.

4. RÉGIMEN JURÍDICO ACTUAL DE LA CUSTODIA COMPARTIDA EN ESPAÑA:

La custodia se regula en nuestro ordenamiento jurídico del siguiente modo:

- Art. 92 apartados 5, 6, 7, 8, y 9 CC, estando el apartado número 8 declarado inconstitucional por STC 185/2012 de 17 de octubre: «5. Se acordará el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador o cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento. El Juez, al acordar la guarda conjunta y tras fundamentar su resolución, adoptará las cautelas procedentes para el eficaz cumplimiento del régimen de guarda establecido, procurando no separar a los hermanos. 6. En todo caso, antes de acordar el régimen de guarda y custodia, el Juez

⁸ SAN SEGUNDO MANUEL, TERESA, «Maltrato y separación: Repercusiones en los hijos», dentro de la obra colectiva *Custodia Compartida y protección de menores*, (Director: José Jaime Tapia Parreño), Cuadernos de Derecho Judicial II, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, Centro de documentación Judicial, 2009, pp.119-295.

⁹ ORTUÑO MUÑOZ, J.P., *El nuevo régimen jurídico de la crisis matrimonial*, Madrid, 2006.

deberá recabar informe del Ministerio Fiscal, y oír a los menores que tengan suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, partes o miembros del Equipo Técnico Judicial, o del propio menor, valorar las alegaciones de las partes vertidas en la comparecencia y la prueba practicada en ella, y la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos para determinar su idoneidad con el régimen de guarda. 7. No procederá la guarda conjunta cuando cualquiera de los padres esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos. Tampoco procederá cuando el Juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica. 8. Excepcionalmente, aun cuando no se den los supuestos del apartado cinco de este artículo, el Juez, a instancia de una de las partes, con informe favorable del Ministerio Fiscal, podrá acordar la guarda y custodia compartida fundamentándola en que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor».

Este apartado 8ª del artículo 92 del Código Civil ha sido declarado inconstitucional por la Sentencia del Tribunal Constitucional 185/2012, de 17 de octubre, a causa de un auto planteado por la sección 5ª de la Audiencia Provincial de las Palmas de Gran Canaria donde consideraron que hay una posible vulneración de varios artículos de la Constitución Española (entre algunos el artículo 14 CE), al exigir el informe del Ministerio Fiscal para el caso en el que el juez pueda acordar la custodia compartida cuando lo pide uno solo de los progenitores.

Esta sentencia consideraba que el adjetivo *favorable* permitía interpretar que el MF tuviera la facultad de vetar al juez en la facultad de la determinación de la custodia compartida. Además la AP de las Palmas de Gran Canaria también decía que podía otorgarse a un informe favorable del MF un tratamiento desigual puesto que este informe solo se va a exigir en el caso de que no exista acuerdo entre los progenitores en el momento de otorgar la custodia compartida, cosa que no se exige si existe acuerdo entre los progenitores sobre el otorgamiento de la misma.

El TC considero contrario al derecho a la tutela judicial efectiva que el dictamen favorable del MF tuviera carácter vinculante.

Hoy ya no es necesario contar con el visto bueno del informe favorable del MF. Ahora bien, esta decisión no fue acordada por la unanimidad por el pleno del TC sino que contó con cuatro votos particulares en contra. A nuestro entender, lo importante es la prevalencia del interés del menor. Pero como ya sabemos, los procesos civiles sobretodo de derecho de familia la intervención del MF siempre es obligada, puesto que deben ser garantes de los intereses de los menores.

- Anteproyecto de ley, sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio de 19 de Julio de 2013, todavía no ha entrado en vigor, pero modificará el Código Civil, la Ley de Enjuiciamiento Civil y la Ley del Registro Civil adaptando las relaciones paterno- filiales a la sociedad actual.

Además del CC, que es subsidiario, existen otros modelos normativos que regulan entre otras materias de Derecho Civil, la custodia compartida, y que analizaré posteriormente, estos son: CDFa, CCcat, Ley navarra y Ley valenciana.

En torno a la custodia compartida de hijos menores nos vamos a centrar en el art. 92 del Código Civil importante dos apartados: el apartado número 5 y el apartado número 8. Como ya he comentado, en este momento tanto a nivel legislativo como jurisprudencial se está cuestionando la palabra *excepcionalmente* del artículo 92.8 del CC y pasa a ser concebida como algo normal incluso algo deseable.¹⁰

Anteriormente, cuando se otorgaba la custodia individual como custodia preferente, aquellos progenitores a los que no se les había otorgado la custodia se sentían que habían sido despojados de su papel de padres y que se habían convertido en meros pagadores de las pensiones o a ejercer unos regímenes de visitas más o menos amplio.

La custodia compartida conlleva una distribución más igualitaria y racional de los progenitores con sus hijos menores. Hay que tener en cuenta que no es lo mismo compartir que repartir.

La regulación actual del Código Civil en su art. 92 consagra un régimen excepcional de custodia compartida para el caso en que no hubiera acuerdo entre los cónyuges, donde

¹⁰ Tribunal Supremo, Sala 1ª, Sentencia núm. 496/2011, de 7 de julio. RJ 2011\5008.

era solicitado por una parte y con el informe favorable del Ministerio Fiscal. Si hay acuerdo se pedirá que el juez ratifique únicamente el acuerdo.

Es importante tener en cuenta una consideración, y es que algunos Derechos forales autonómicos o incluso el anteproyecto presentado ahora mismo por el Ministro de Justicia aboga por el cambio de un carácter excepcional a un carácter general, carácter de normalidad, de manera que será el juez el que podrá acordar el régimen de custodia compartida cuando así lo estime sin que sea necesario que a uno o a ambos de los progenitores les interese.

Esto es una novedad del anteproyecto de ley, sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio que parece que a veces contradice algún sector de la jurisprudencia mayoritaria que dice que no es recomendable cuando ninguno de los progenitores lo haya pedido.¹¹

Es cierto que el adjetivo *favorable* ha sido suprimido por esta sentencia, pero si nos remitimos al anteproyecto, el nuevo artículo 92 bis (así se llamará) dice que para determinar la custodia compartida el juez tiene la obligación de recabar el informe del ministerio fiscal (pero el adjetivo favorable ha desaparecido como tal).

En la realidad, parece ser que las estadísticas del INE establecen que la custodia es concedida a la madre en muchas más ocasiones que al padre y que la custodia compartida, pero actualmente en cuanto a los porcentajes hay un aumento a favor del otorgamiento de la custodia al padre y de la compartida y un decrecimiento en torno al otorgamiento de la custodia de la madre.

Por lo que, podemos concluir, que parece que este carácter excepcional del que hablábamos anteriormente está desapareciendo en la medida en que avanzan los años y se hace más firme la jurisprudencia.

¹¹ GONZÁLEZ DEL POZO, JUAN PABLO, «Comentarios parciales al Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de separación, nulidad y divorcio» publicado en la *Revista de Derecho y Familia*, el 1 de noviembre de 2013.

4.1 El interés del menor.¹²

La evolución social ha propiciado que en la actualidad, en los procedimientos de divorcio y separación, el interés del menor sea un criterio a tener en cuenta a la hora de la atribución de la custodia de los progenitores. Su naturaleza es de orden público y debe ser tenido en cuenta¹³ por los Tribunales en aquellas decisiones que se tomen en relación con los mismos.

El llamado *interés del menor* es un concepto jurídico indeterminado y abstracto que va a tener que ser determinado y delimitado en cada situación concreta y a la vista de sus propias circunstancias y particularidades.

En todo caso, deberá primar el interés del menor, entendido como la satisfacción de sus necesidades físicas, psicológicas y emocionales, ante el interés de sus progenitores.

El criterio que vincula al Juez para la atribución de la guarda y custodia compartida gira en torno al principio del interés superior del menor, ya sea en procesos de mutuo acuerdo o procesos contenciosos, sin importar a su vez su filiación que puede ser matrimonial o no. El Juez tiene un margen discrecional amplio, ya que irá recabando el contenido de este principio tras la audiencia de los menores, las alegaciones de los progenitores, los testigos que se pudieran aportar y los informes de especialistas. La finalidad es la de repartir de una forma equitativa los derechos y deberes que tienen ambos progenitores respecto a sus hijos, siendo el régimen de guarda y custodia compartida el que mejor cumple esta función. Así, según la Exposición de Motivos 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, «los padres deberán decidir si la guarda y custodia se ejercerá sólo por uno de ellos o bien por ambos de forma compartida. En todo caso determinarán, en beneficio del menor [...]».

Este principio, también conocido como principio *favor filii*, ha tomado tal importancia jurisprudencial que no sólo se utiliza en los procesos de atribución de la guarda y custodia, sino en cualquiera donde aparezca un menor. Así es mencionado en varias

¹² Extraído de CAZORLA GONZÁLEZ- SERRANO, MARÍA DEL CARMEN. «El interés del menor como criterio de atribución de la custodia compartida», en las *comunicaciones de las XII Jornadas de IDADFE de Crisis de Pareja y Custodia de los hijos menores*.

¹³ Se tendrá en cuenta por parte de los jueces, pero no será el criterio determinante.

ocasiones en el artículo 92 del Código civil cuando se refiere a los menores y su «derecho a ser oído, al beneficio de los hijos y al interés superior del menor», de igual modo nos encontramos con la expresión «dañosos para los hijos», que impide junto el artículo 90 del Código civil que se tomen acuerdos entre los progenitores que dañen al menor.

Nos encontramos ante un concepto indefinido derivado de las exigencias protectoras de la familia e infancia del artículo 39 de nuestra Constitución. En consecuencia, será el beneficio de los hijos y no el de los padres el que primará en toda decisión que se adopte en aquello que condicione la educación y vida de los menores.

Por otra parte, es la LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor la que recoge y fundamenta este principio en su artículo 2.1 cuando dice «primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir» y en su artículo 11.2.a cuando alude a «la supremacía del interés del menor» como uno de los principios rectores que condicionarán a las Administraciones públicas. Esta Ley es también la que, a su vez, matiza en cierta medida el carácter del derecho de audiencia del menor en su artículo 9 y lo consagra tanto en el ámbito familiar como en el judicial o administrativo donde se dé la circunstancia de que el menor «esté directamente implicado y que conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social». Este derecho puede ser negado siempre que sea motivado y comunicado al Ministerio Fiscal, además puede solicitarse por el propio menor, ya sea por sí mismo o por un representante que éste designe si tiene suficiente juicio.

De tal forma, el menor deberá ser oído, siempre y cuando tenga suficiente juicio. Por ello, por ejemplo, si el niño manifiesta su deseo de permanecer con uno solo de los progenitores, esto deberá ser tenido en cuenta por el Juez a la hora de tomar su decisión, del mismo modo si el menor quisiera permanecer bajo la guarda y custodia de ambos progenitores siempre y cuando esté basado en un hecho relevante, no simplemente un capricho del niño. No siendo en ningún caso preceptivo para el Juez.

Una línea jurisprudencial reciente y trascendente del Tribunal Supremo, de la que la sentencia de 29 de abril de 2013 constituiría el último hito o punto de referencia, viene reaccionando frente a la superficialidad con la que, en ocasiones, los jueces de familia deciden los procesos en que se discute la guarda y custodia compartida. Entiende el Alto Tribunal que se debe valorar realmente el principio de protección del interés del menor,

motivando suficientemente la conveniencia de que se establezca o no la custodia compartida.

El Tribunal Supremo viene insistiendo en que las sentencias recaídas en procesos en que se discute la guarda y custodia compartida han de valorar correctamente el principio de protección del interés del menor, motivando «suficientemente, a la vista de los hechos probados, la conveniencia de que se establezca o no este sistema de guarda».¹⁴

5. CUSTODIA COMPARTIDA EN ARAGÓN¹⁵:

La base normativa de la custodia compartida en Aragón es la siguiente:

- Ley 2/2010 de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres, derogada por el vigente CDFA, que refunde su contenido junto con otras leyes.
- CDFA (aprobado por DC. Legislativo de 22 marzo 2011),
 - Sección 3ª, capítulo II, título II, libro I (arts. 75 a 84):
 - Subsección 1ª (arts. 75 y 76): derechos y principios informadores.
 - Subsección 2ª (art. 77): pacto de relaciones familiares.
 - Subsección 3ª (art. 78): mediación familiar.
 - Subsección 4ª (arts. 79 a 83): medidas judiciales en defecto de pacto de relaciones familiares.
 - Subsección 5ª (art. 84): medidas judiciales provisionales.

La custodia compartida se implantó en Aragón el 8 de septiembre de 2010 a partir de la entrada en vigor de la Ley 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia entre los padres, más conocida como *Ley de custodia compartida*, actualmente refundida en el Código de Derecho Civil Foral de Aragón en sus arts. 75 a 84.

¹⁴ Tal y como establece la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, sentencia núm. 614/2009 de 28 de septiembre de 2009, RJ 2009/7257.

¹⁵ Extraído de LÓPEZ AZCONA, AURORA. «Crisis de pareja y custodia de los hijos menores: análisis de la regulación aragonesa». En *las XII Jornadas IDADFE de Crisis de Pareja y Custodia de los hijos menores*; SERRANO GARCÍA, JOSÉ ANTONIO, «La custodia compartida aragonesa en la primera jurisprudencia», *Actas de las XXII Encuentros de Foro de Derecho aragonés* (Zaragoza- Huesca 2012). Ed. El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2013. Págs. 183- 294.; «Guarda y Custodia de los hijos y régimen de visitas en Aragón» en *Relaciones entre padres e hijos en Aragón: ¿un modelo a exportar?* Coordinadores: BAYOD LÓPEZ, CARMEN y SERRANO GARCÍA, JOSÉ ANTONIO, ed. IFC, Zaragoza, 2014, págs. 13- 86.

El objetivo de dicha implantación fue el desarrollo de los principios rectores contenidos en el Estatuto de Autonomía de Aragón de protección de la familia y la infancia y de igualdad entre el hombre y la mujer y superó el esquema tradicional, considerando la «custodia compartida preferente frente a la custodia individual en los supuestos de ruptura de la convivencia entre los padres y ausencia de pacto de relaciones familiares, aceptándose mayoritariamente como un sistema progresista que fomenta la corresponsabilidad de los padres en el ejercicio de su autoridad familiar en el marco de una sociedad avanzada que promueve la igualdad de ambos sexos en todos los sectores y en la que el desarrollo profesional de la mujer y el deseo de los hombres de una mayor implicación en el ámbito familiar imponen un cambio en el esquema tradicional de atribuir la custodia en exclusiva a la madre. La custodia compartida favorece la distribución igualitaria de los roles sociales entre hombres y mujeres».¹⁶

La ley aragonesa pretende resolver el problema de la ruptura de la convivencia, cuando existen hijos comunes. Los progenitores pueden llegar a un acuerdo a través del *pacto de relaciones familiares* en cuanto al régimen de visitas, vivienda y aportación de gastos, con la correspondiente aprobación judicial que se denegará en caso de verse afectado el interés del menor.

En caso de no llegar a un acuerdo a través del *pacto de relaciones familiares* será el juez el que determine la custodia compartida si la considera la más adecuada teniendo en cuenta las circunstancias concretas de la familia, realizando informes psicológicos, sociólogos y otros sobre el régimen de custodia más idóneo y, en todo caso, la edad de los hijos, su opinión cuando tengan suficiente juicio si son mayores de 12 años, la actitud y voluntad de los padres para asegurar la estabilidad de los hijos, las posibilidades de conciliación de la vida familiar y laboral de los padres. Y además de todo esto, el juez debe establecer los distintos aspectos de la convivencia familiar, como son, la vivienda y el ajuar doméstico, contando con las dificultades de los progenitores para el acceso a ésta y decidiendo en su caso, la venta de la misma. También sobre los gastos de asistencia a los hijos e indemnizaciones y asignación compensatoria a aquel de los progenitores, al que la ruptura de la convivencia, le suponga un desequilibrio

¹⁶ Cita del preámbulo de la ley 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia entre los padres.

económico en relación con el otro, fijándose una pensión temporal o indefinida, así como su posible revisión.

Tras la ley 2/2010, *ley de custodia compartida*, se cambia de la preferencia legal por la custodia individual, que generalmente le correspondía a la madre por la aplicación del artículo 92 CC, a la preferencia del legislador aragonés de la custodia compartida, siempre que no perjudique al menor.

5.1. Presupuestos de aplicación de la Ley aragonesa:

Se deben cumplir tres presupuestos para la aplicación de la ley aragonesa, y estos son:

- Previa situación de convivencia: no necesariamente matrimonial, es decir, este régimen jurídico se va a aplicar tanto a la convivencia matrimonial como a la extramatrimonial.

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 25 de Marzo de 2013 propugnó una jurisprudencia donde eliminó la necesidad de previa situación de convivencia de los progenitores.

- Hijos a cargo (con vecindad civil aragonesa): incluiremos no solo los hijos menores de edad, sino también, tanto a los hijos mayores de edad que carezcan de medios económicos como a los hijos mayores de edad incapaces.
- Los hijos, ya sean menores o mayores de edad, deben tener vecindad civil aragonesa dado que las relaciones paternofiliales se rigen por la ley personal del menor (art. 9.4 Cc).¹⁷

A tenor del último presupuesto, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón (Sala de lo Civil y de lo Penal, Sección 1ª), sentencia núm. 8/2011, de 13 de julio de 2011, RJ 2011/6564 y la Sentencia de la Audiencia Provincial de Teruel (Sección 1ª), sentencia núm. 58/2011, de 3 de mayo de 2011, AC 2011/1203, versan sobre los criterios de aplicación de los arts. 75 y ss. CDFa, estableciendo a quién y

¹⁷ En este sentido, STSJA (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1º), sentencia núm. 43/2012, de 21 de diciembre, RJ 2012\11191 y SERRANO GARCÍA, JOSÉ ANTONIO *op. cit.* BAYOD LÓPEZ, CARMEN *op. cit.*

cuándo son de aplicación, ¿deben ser aragoneses los progenitores o los hijos a cargo para que pueda aplicarse esta legislación?

Pues bien, esta ley se aplicará cuando los hijos a cargo¹⁸ tengan, o bien vecindad civil aragonesa, o bien se desconozca su vecindad, siempre que residan en Aragón y con independencia de la vecindad civil de sus progenitores.

La Sentencia APT de 3 de mayo de 2011, por otro lado, interpreta la DT 6ª del CDFFA¹⁹, y establece que el hecho de que haya entrado en vigor la Ley Aragonesa de Igualdad en las relaciones familiares no es motivo suficiente como para aplicar siempre la custodia compartida, sino que es necesario probarse que ese régimen es el más adecuado a las circunstancias, tanto para el menor como para las partes; además en caso de que las partes hubieran acordado la custodia individual, es importante para su modificación un cambio de circunstancias relevante y que el cambio sea beneficioso para el menor.

5.2. Principios y derechos a observar en una ruptura de convivencia:

Cuando una pareja tras una situación de crisis rompe la convivencia y hay hijos a cargo, hay que tener en cuenta una serie de principios y derechos que expondré a continuación:

A) Principios:

Los principios que rigen a la hora de la determinación de la custodia son:

En primer lugar, el principio del interés superior del menor (art. 76.2 CDFFA).²⁰

En segundo lugar, el principio de respeto a la autoridad familiar (art. 76.1 CDFFA).

En tercer lugar, el principio de libertad de pacto (art. 76.5 CDFFA).

En cuarto lugar, el principio de información recíproca (art. 76.5 CDFFA).

¹⁸ Hijos a cargo: tanto los menores, como los mayores de edad, como por ejemplo los hijos mayores de 18 años discapacitados o los hijos mayores de edad o emancipados que no hubieran completado su formación profesional y no tuvieran recursos propios para sufragar los gastos de crianza y educación con el límite de edad máximo de veintiséis años o lo fijado convencional o judicialmente (art. 69 CDFFA).

¹⁹ La DT 6ª hace referencia a la Revisión de convenios reguladores y medidas judiciales.

²⁰ STSJA (Sala de lo Civil y de lo Penal, Sección 1ª), sentencia núm. 46/2013, de 30 de octubre de 2013, RJ 2013/8499.

Y en quinto lugar, el principio de lealtad en beneficio del menor (art. 76.5 CDFA).

B) Derechos:

Además de los principios, hay una serie de derechos que deben estar latentes:

En primer lugar, el derecho de los hijos a un contacto directo y continuado con padres (art. 76.3 a. CDFA).

En segundo lugar, el derecho de los padres a la igualdad en relaciones con hijos (art. 76.3 b. CDFA).²¹

Y en tercer lugar, el derecho de audiencia de los menores con suficiente juicio o en todo caso a partir de los 12 años antes de tomar una decisión que le afecte (arts. 6 y 76.4 CDFA).

5.3. Requisitos para la atribución de la guarda y custodia:

El Juez cuando atribuye en Aragón la custodia a ambos progenitores (custodia compartida) o a uno sólo de ambos (custodia individual), para actuar conforme a la legalidad, debe tener en cuenta una serie de requisitos o circunstancias concretas y reguladas dentro del precepto 80.2 CDFA, y estos son:

- a) La edad de los hijos.
- b) El arraigo social y familiar de los hijos.
- c) La opinión de los hijos siempre que tengan suficiente juicio y, en todo caso, si son mayores de doce años, con especial consideración a los mayores de catorce años.
- d) La aptitud y voluntad de los progenitores para asegurar la estabilidad de los hijos.
- e) Las posibilidades de conciliación de la vida familiar y laboral de los padres.
- f) Cualquier otra circunstancia de especial relevancia para el régimen de convivencia.

²¹ En este sentido vid. STSJA (Sala de lo Civil y de lo Penal, Sección 1ª), sentencia núm. 38/2012, de 22 de noviembre de 2012. RJ 2012/11186; y STSJA (Sala de lo Civil y de lo Penal, Sección 1ª), sentencia núm. 35/2013, de 17 de julio de 2013. RJ 2013/5764.

A) La relevancia de la opinión del menor:

Un criterio relevante a la hora de optar por la custodia compartida o la individual es la opinión del menor.

Este criterio de opinión se utiliza para determinar el tipo de custodia o el tipo y forma de comunicación entre el menor y su progenitor que depende fundamentalmente de la edad y madurez de aquellos, «aunque la opinión se escuche y sea relevante, no llega a ser necesariamente determinante en la decisión final del juez porque debe ser valorada conjuntamente con los demás factores ya que se trata de personas en formación, que conforme el art. 5 CDFa no tienen plena capacidad de obrar, pero esta expresión es un factor de relieve a la hora de adoptar la decisión».²²

Además el tribunal correspondiente deberá analizar las razones expuestas por el/ la menor de edad para justificar su preferencia o los motivos de rechazo de un progenitor o de un tipo de custodia.

Entorno a este tema que resulta de especial relevancia, hay numerosa jurisprudencia que establece que «la opinión de los niños, teniendo menos de doce años, será un factor a tener en cuenta en el establecimiento de un tipo de custodia u otra por parte del juez, siempre que sean considerados con suficiente madurez».²³

Además de jurisprudencia que otorga especial importancia a los menores de edad mayores de doce años «–con la relevancia que a ello otorga el art. 6 CDFa–, e incluso mayor de catorce años, es bien distinta de la de un menor de corta edad que no tiene capacidad suficiente para organizar y decidir por sí solo la forma de comunicarse, visitar y relacionarse con sus progenitores»²⁴, o «no imponerse un sistema rígido de visitas en contra de la voluntad de unas menores que contaban ya quince años, y que este acuerdo adoptado en la instancia no infringía los artículos 59 y 60 CDFa».²⁵

²² STSJA, Sala de lo Civil y de lo Penal, Sección 1ª, sentencia núm. 27/2012, de 24 de julio de 2012, RJ 2012/8812.

²³ STSJA, Sala de lo Civil y de lo Penal, Sección 1ª, sentencia núm. 4/2012, de 1 de febrero de 2012, RJ 2012/4317.

²⁴ STSJA, Sala de lo Civil y de lo Penal, Sección 1ª, sentencia núm. 16/2013, de 12 de marzo de 2013, RJ 2013/2896.

5.4. El pacto de relaciones familiares:

En el capítulo II del CDFa, dentro de la subsección 2ª se establece el pacto de relaciones familiares que consiste en un acuerdo -como equivalente a un convenio regulador del CC- en el que los progenitores fijan los términos de sus nuevas relaciones familiares.

El pacto de relaciones familiares puede darse, tanto cuando haya una ruptura de convivencia matrimonial, como cuando haya una ruptura de convivencia no matrimonial, esto a diferencia con el Código Civil. Además, como he explicado anteriormente, según STSJA 18/2013, de 25 de marzo, tampoco se exige previa situación de convivencia. El Código otorga prioridad al pacto de relaciones familiares en coherencia al *standum est chartae*²⁶ y los progenitores tienen libertad para pactar el régimen de custodia (individual o compartida) y el régimen de visitas.

En él, debe existir un contenido mínimo (artículo 77.2 CDFa), y este es:

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

²⁵ STSJA, Sala de lo Civil y de lo Penal, Sección 1ª, sentencia núm. 32/2012, de 16 de octubre de 2012, RJ 2012/11167.

²⁶ SSTSJA (Sala de lo Civil y de lo Penal, Sección 1ª), sentencia núm. 8/2011, de 13 de julio 2011. RJ 2011/6564; y STSJA (Sala de lo Civil y de lo Penal, Sección 1ª), sentencia núm. 10/2011 de 30 septiembre de 2011, RJ 2012/668.

Este pacto de relaciones familiares podrá ser modificado o extinguido en una serie de causas tasadas establecidas en el art. 77.4 CDFFA:

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

Para que el pacto de relaciones familiares sea plenamente eficaz, y en su caso, sus distintas modificaciones, deberá ser aprobado por el Juez con la audiencia del Ministerio Fiscal y sin necesidad de un informe suyo. El Juez no aprobará dicho pacto en los aspectos contenidos en el mismo que sean contrarios a normas imperativas o cuando no quede suficientemente preservado el interés de los hijos e hijas. En el caso de que el pacto de relaciones familiares no fuera aprobado en todo o en parte, se concederá a los progenitores un plazo para que propongan uno nuevo si no ha sido aprobado totalmente o únicamente a la parte no aprobada por el Juez. Una vez presentado en nuevo pacto, o si no se hace transcurrido el plazo concedido, el Juez habrá de resolver.

Ante estas causas destaca fundamentalmente la solicitud de modificación del pacto de relaciones familiares que pide uno de los progenitores por circunstancias sobrevenidas.

En defecto del pacto entre los padres, supuesto contencioso, el Juez determinará las medidas que deberán regir las relaciones familiares tras la ruptura de su relación, y por ende de su convivencia. Esto es regulado en el artículo 80 CDFFA:

- Custodia individual que exige la fijación de un régimen de visitas. La custodia individual exige un régimen de visitas por parte del progenitor no custodio que garantice el ejercicio de autoridad familiar.
- Custodia compartida: exige el establecimiento de un régimen de convivencia adecuado que no igualitario, a situación familiar que garantiza la igualdad de progenitores, además de posible fijación de un régimen de visitas.

El periodo de convivencia más adecuado, resulta obvio que sería la menor duración y mayor rotación, ya que lo contrario sería contraproducente para la estabilidad del menor²⁷

III. DIFERENCIAS Y SIMILITUDES CON OTRAS COMUNIDADES AUTONOMAS:

1. DIFERENCIA ENTRE LA LEGISLACIÓN ARAGONESA Y LA LEGISLACIÓN COMÚN:

En materia de custodia compartida, la legislación aragonesa ha sido pionera, siendo un claro ejemplo tanto para el Estado como para otras Comunidades Autónomas que la toman como ejemplo para desarrollar su legislación, aplicándola de manera preferente a la custodia individual y estableciendo algunas novedades.

La Ley 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres, fue promovida por un Gobierno autonómico regido por el PSOE, y a instancias del Partido aragonés, que aplica la custodia compartida no sólo a situaciones de ruptura de parejas matrimoniales sino también a la ruptura de la convivencia de parejas de hecho, legal o no, siempre que haya hijos a su cargo teniendo en cuenta el interés del mejor y estableciendo un régimen jurídico tanto a la pareja matrimonial como a la no matrimonial y teniendo en cuenta otra novedad legislativa, que es la posibilidad de entregar una asignación compensatoria, a una de las partes, tanto de una pareja casada, como de una pareja de hecho, cuando la interrupción de convivencia le produzca un desequilibrio económico.

En cambio, la normativa vigente en el Derecho común del Código Civil es más restrictiva, en la determinación del modelo de custodia compartida se precisa, conforme al art. 92.5 CC, el acuerdo de ambos progenitores a través del convenio regulador o a través del acuerdo a lo largo del procedimiento y sólo excepcionalmente se podrá aplicar la custodia compartida sin llegar a dicho acuerdo cumpliéndose una serie de presupuestos que son:

- La previa solicitud de uno de los padres.
- Que solo de esa forma se proteja el interés del menor.

²⁷ Esto ha sido reconocido por la STSJA (Sala de lo Civil y de lo Penal, Sección 1ª), sentencia núm. 48/2013 de 15 de noviembre de 2013. RJ 2013/8501.

- Y que el Ministerio Fiscal emita un informe favorable a dicho tipo de custodia según el art. 92.8 CC (esto fue así hasta la STC, Sala Pleno, sentencia núm. 184/2012, de 17 de octubre de 2012. RTC 2012/184).²⁸

En el Código Civil se entiende preferente la custodia individual en detrimento de la custodia compartida que exigiría acuerdo entre ambos, o la concurrencia de circunstancias excepcionales que garanticen el interés superior del menor. El Código Civil parte del modelo de custodia individual preferente y custodia compartida excepcional, lo que, además de ser contrario al principio de igualdad de los progenitores en sus relaciones con sus hijos comunes, provoca serias desventajas y problemas de relación entre todos ellos.

La jurisprudencia señala las diferencias entre el Código Civil y la legislación aragonesa, estableciendo que «son dispares los principios inspiradores del Código Civil y de la Ley de Aragón 2/2010, de 26 de mayo», *de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres*. El Código Civil en su artículo 92 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 por ambos progenitores exige el acuerdo de ellos, o la concurrencia de circunstancias excepcionales que evidencien que sólo con el establecimiento de la custodia compartida se protege adecuadamente el interés superior del menor».²⁹

En cuanto al interés superior del menor, el Código Civil, frente a las relaciones de factores enumerados en el art. 80.2 CDFA³⁰, establece la ausencia de un listado de

²⁸ El término *favorable* ha sido declarado inconstitucional y nulo por el TC, Sala Pleno, sentencia núm. 184/2012, de 17 de octubre de 2012, RTC 2012/184, siendo razonado del siguiente modo: «no se puede dudar de que el número 8 del art. 92 CC es una norma de carácter excepcional, como expresamente lo advierte el precepto, porque la custodia compartida descansa en el principio general de existencia de acuerdo entre los progenitores (art. 92.5 CC), de modo que cuando no exista dicho consenso únicamente podrá imponerse si concurren los presupuestos normativos». Además la misma sentencia se alude también al hecho de que en la regulación del Código Civil «una custodia compartida impuesta judicialmente debe ser excepcional conforme a la normativa vigente o lo que es igual, (...) debe obligarse a los progenitores, en defecto de pacto, a ejercerla conjuntamente sólo cuando quede demostrado que es beneficiosa para el menor».

²⁹ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón (Sala de lo Civil y lo Penal, Sección 1ª), sentencia núm. 13/2012, de 9 de Abril. RJ 2012/10021; y STSJA (Sala de lo Civil y lo Penal, Sección 1ª), recurso núm. 17/2012, de 18 de abril. RJ 2012/6132.

³⁰ La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón (Sala de lo Civil y lo Penal, Sección 1ª), sentencia núm. 4/2012, de 1 de febrero, RJ 2012/4317, realiza la exégesis del artículo 80.2 CDFA «en

criterios que permitan al Juez determinar en cada caso concreto qué circunstancias deben ser tenidas en cuenta para justificar el interés del menor en supuestos en que existen discrepancias entre los progenitores. La jurisprudencia considerará a la hora de tomar su decisión aspectos tales como «la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de ellos progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en las relaciones personales; el resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada en una convivencia que forzosamente deberá ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven».³¹

2. DIFERENCIA ENTRE LA LEGISLACIÓN ARAGONESA Y LA LEGISLACIÓN CATALANA:

Tras la reforma del Código de Familia de Cataluña por la Ley 25/2010, de 29 de julio, del Libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y a la familia, se reforzó la idea de la corresponsabilidad de los progenitores a través del *ejercicio conjunto de la guarda* o la *guarda conjunta*.

Anteriormente, la regla general en los supuestos de separación o divorcio era atribuir la *potestad parental*³² conjunta a ambos progenitores, salvo que éstos acuerden otra modalidad de ejercicio, es decir, el ejercicio exclusivo de uno de ellos con el

sentencias de esta Sala dictadas en aplicación de la Ley 2/2010, cuyos preceptos han sido incorporados al Código de Derecho Foral de Aragón, se han establecido los siguientes criterios exegéticos acerca de dichas normas: a) La custodia compartida por parte de ambos progenitores es el régimen preferente y predeterminado por el legislador, en busca de ese interés del menor, en orden al pleno desarrollo de su personalidad, de modo que se aplicará esta forma de custodia siempre que el padre y la madre estén capacitados para el ejercicio de las facultades necesarias a tal fin (Sentencia de 30 de septiembre de 2011); b) El sistema no es rígido, salvo en un mandato que dirige al juez: el superior interés del menor (Sentencia de 13 de julio de 2011); c) Podrá establecerse un sistema de custodia individual, cuando éste resulte más conveniente para dicho interés, a cuyo efecto habrá de evaluar los parámetros establecidos en el art. 80.2 CDFA (Sentencias ya citadas y sentencia de 15 de diciembre de 2011); d) La adopción de la custodia individual exigirá una atenta valoración de la prueba que así lo acredite -la convivencia para el menor- frente al criterio preferente de la custodia compartida, al que el precepto legal otorga tal preferencia en interés de los hijos menores (Sentencia de 15 de diciembre de 2011). Para adoptar la decisión, en cada caso, será relevante la prueba practicada, especialmente los informes psicosociales -art. 80.3 CDFA- obrantes en autos, y la opinión de los hijos menores, cuando tengan suficiente juicio -art. 80.2 c. CDFA-. Por último, el Tribunal que acuerde apartarse del sistema preferentemente establecido por el legislador debe razonar suficientemente la decisión adoptada».

³¹ STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), sentencia núm. 94/2010, de 11 de Marzo de 2010, RJ 2010/2340.

³² Así es denominada la patria potestad por el legislador catalán (arts. 236.1 ss. CCcat)

consentimiento del otro³³ o se distribuyan las funciones entre ellos³⁴, o las leyes o la autoridad judicial dispongan otra cosa y la guarda exclusiva a favor de uno de ellos respecto de los hijos menores.³⁵

Actualmente, se ha ido produciendo una evolución en cuanto a esta regulación, se han transformado sus perfiles tradicionales, constituyéndose en una institución definida por la idea de función dirigida hacia los hijos y sobre todo presidida por el interés superior del menor, más que en una potestad de los progenitores.³⁶

El artículo 233.10 del CCcat de 29 de julio, hace referencia al *Ejercicio de la guarda* y establece que:

- Art. 233.10.1: «la autoridad judicial atribuye preferentemente la responsabilidad parental con carácter compartido, excepto que la custodia individual sea más adecuada de acuerdo al interés de los hijos».
- Art. 233.10.2: «la autoridad judicial, si no existe acuerdo o si este no se ha aprobado, debe determinar la forma de ejercer la guarda, ateniéndose al carácter conjunto de las responsabilidades parentales, de acuerdo con el art. 233.8.1. Sin embargo, la autoridad judicial puede disponer que la guarda se ejerza de modo individual si conviene más al interés del hijo».

Un término que cada vez está cobrando más importancia es la denominada *responsabilidad parental* que se establece en el Reglamento de la UE 2201/2003, de 27 de noviembre, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental y que la define como: «los derechos y obligaciones conferidos a una persona física o jurídica en

³³ Art. 236-9.2 CCcat.

³⁴ Art. 236-9.1 CCcat.

³⁵ SAP de Barcelona (Sección 12ª), sentencia núm. 616/2012, de 28 de septiembre de 2012, JUR 2012/332252: «el artículo 233-8 del CCcat recoge como criterio prevalente que el divorcio no altera, por sí mismo, el régimen de ejercicio de las responsabilidades parentales que, por su propia esencia y naturaleza, son compartidos por los progenitores».

³⁶ SAP de Barcelona (Sección 18ª), sentencia de 28 de noviembre de 2000, JUR 2001/63462: «la potestad, más que un poder de los progenitores, está orientada como una función que se establece en beneficio de los menores, que se reconoce a los padres y que está en función de la protección, educación y formación integral de los hijos».

virtud de una resolución judicial, por ministerio de la ley o por un acuerdo con efectos jurídicos en relación con la persona o los bienes de un menor. El término incluye, en particular, los derechos de custodia y visita».³⁷

En la Ley 25/2010, de 29 de julio, del Libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y a la familia, el legislador catalán diferencia entre «responsabilidades parentales» (art. 233.8 CCcat) y «potestad parental» (art. 236.1 CCcat) refiriéndose a la segunda como aquella *función* o deber que tienen los progenitores frente a sus hijos y a la primera como su contenido, es decir, el ejercicio de la responsabilidad parental supone el ejercicio de los deberes que forman parte del contenido de la potestad parental: su actuación material y jurídica.

A diferencia de la normativa aragonesa, la normativa catalana, no resulta tan clara a la hora de establecer de forma preferente la custodia compartida a la individual, ni tampoco ser considerada como una solución única y válida para todos (SAP de Barcelona, Sección 12ª, sentencia núm. 794/2007, de 20 de diciembre de 2007, JUR 2008/71590).³⁸

La custodia compartida en Cataluña no se basa en la atribución de la custodia exclusiva a uno de los padres, sino que se fundamenta en lo que debería ser un comportamiento *ideal* para los menores bajo su potestad parental: los padres dedican más o menos el tiempo a sus hijos, lo que no siempre va a encajar bien con su organización personal y profesional. Además, supone la adopción de acuerdos conjuntamente sobre cuestiones que afectan a la vida cotidiana del menor, lo que en la práctica puede resultar difícil de gestionar, sobre todo cuando los padres no se ponen de acuerdo o existe un nivel determinado de tensión o conflicto entre ellos. La custodia compartida exige un alto grado de colaboración entre los padres, lo que implica necesariamente un grado

³⁷ Se propone la sustitución del término *régimen de visitas* por un apelativo que haga referencia a un periodo de convivencia.

³⁸ La Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, (Sección 12ª), sentencia núm. 794/2007, de 20 de diciembre de 2007, JUR 2008/71590, establece una lista de los que considera los principales beneficios de la guarda y custodia compartida como que la ruptura resulta menos traumática al evitar sentimientos negativos de culpa o de abandono en los menores o no se cuestiona la idoneidad de ninguno de los progenitores, y por otra parte, hace referencia a algunos inconvenientes que puede tener la adopción de esta institución, como la posible inestabilidad que puede provocar en los hijos menores el cambio continuo de domicilio o los problemas de adaptación a los nuevos núcleos familiares, así como la dificultad sobrevenida que representa la necesidad de unificar criterios en las cuestiones más cotidianas.

importante de contacto entre ellos, de comunicación y de recíproca información. Por esto es por lo que se añade un segundo pilar, el plan de parentabilidad y un tercer pilar, la mediación para ayudar a los progenitores a reducir la tensión y llegar a posibles acuerdos sobre las actividades que pueden ejecutar conjuntamente con el menor.

La custodia compartida en Cataluña³⁹ no se acuerda de oficio si ninguna de ambas partes lo ha solicitado. Además se puede recabar de oficio o a instancia de parte, el informe de especialistas que ponderen la necesidad de éste de acuerdo con el artículo 348 de la Ley de Enjuiciamiento civil y resulta necesario el informe previo favorable del Ministerio Fiscal, en el que se razone la idoneidad de tal acuerdo con el interés del menor, que es considerado el criterio más importante a la hora de tener en cuenta la determinación o no de la custodia compartida.⁴⁰

Su opción preferente es el modelo de libre determinación judicial de custodia, es decir, será el juez el que decida y elija el modelo de custodia que considera más adecuado partiendo de que la custodia compartida es el modelo preferente e ideal.

Esta legislación foral y la navarra son similares, salvo que la Catalana establece un modelo *ideal* de custodia compartida, mientras que la Navarra aboga por que no existe un modelo *ideal*, puesto que cada comportamiento es ideal en la medida en que funcione para los progenitores y sus hijos, es por ello, por lo que deja más libertad de actuación a los progenitores para que puedan determinar de forma libre la forma en que quieren desempeñar las responsabilidades parentales.

2.1. El plan de parentabilidad catalán:

La Ley 25/2010, de 29 de julio, del Libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y a la familia, que reformó el Código de Familia de Cataluña

³⁹ Definición de custodia compartida por SAP de Barcelona (Sección 18ª), sentencia núm. 766/2006, de 20 de diciembre de 2006, JUR 2007/193552: *aquella modalitat de exercici de la responsabilitat parental, tras la crisis de la relación de pareja, en la 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.*

⁴⁰ SAP de Barcelona (Sección 18ª), sentencia núm. 470/2007, de 1 de octubre de 2007, JUR 2008/14122: *para la determinación de la custodia compartida debe atenderse tanto a las necesidades y derechos, como a la opinión, anhelos y aspiraciones del menor, así como su individualidad dentro del marco familiar y social.*

establece la obligación de los progenitores de presentar un plan de parentabilidad, cuya definición aparece en la misma, como «un instrumento para concretar la forma en que ambos progenitores piensan ejercer las responsabilidades parentales, en el que se detallan los compromisos que asumen respecto a la guarda, el cuidado y la educación de los hijos. Sin imponer una modalidad concreta de organización, alienta a los progenitores, tanto si el proceso es de mutuo acuerdo como si es contencioso, a organizar por sí mismos y responsablemente el cuidado de los hijos en ocasión de la ruptura, de modo que deben anticipar los criterios de resolución de los problemas más importantes que les afecten. En esta línea, se facilita la colaboración entre los abogados de cada una de las partes y con psicólogos, psiquiatras, educadores y trabajadores sociales independientes, para que realicen una intervención focalizada en los aspectos relacionados con la ruptura antes de presentar la demanda. Quiere favorecerse así la concreción de los acuerdos, la transparencia para ambas partes y el cumplimiento de los compromisos conseguidos».

El plan de parentabilidad de Cataluña se equipara al pacto de relaciones familiares de Aragón o al Pacto de convivencia familiar de Valencia.

El contenido de este plan de parentabilidad catalán se detalla en el artículo 233.9 del Código Civil de Cataluña y se refiere en resumen al modo de organización entre progenitores e hijos y a las diversas obligaciones parentales.

Por otra parte, no hacen referencia a cuestiones relativas a alimentos, ni al modo de contribuir a los gastos, ni al tema del uso de la vivienda ni el régimen de relaciones de los menores con hermanos y abuelos que no conviven en el mismo domicilio, puesto que esto son aspectos que deben de contenerse en el convenio regulador (art. 233.2 b) y c) CCcat).

Una vez determinado el plan de parentabilidad catalán por los progenitores deberá pasar el control judicial correspondiente que tendrá en cuenta si alguno de estos pactos son perjudiciales para el menor por incidir negativamente en su bienestar. En caso de ocurrir esto y los progenitores no ponerse de acuerdo para su modificación, será el propio juez el que determine la forma en que se ejercerá el contenido de la patria potestad.

Los criterios a los que debe atender el juez se encuentran en el art. 233.11.1 CCcat y son los relacionados con la situación que tenía el menor con anterioridad a la crisis.

3. DIFERENCIAS ENTRE LA LEGISLACIÓN ARAGONESA Y LA LEGISLACIÓN NAVARRA:

Como ya sabemos, la custodia compartida es regulada por la legislación aragonesa por el CDFa mientras que la legislación navarra regula la custodia compartida en su ley foral, en la Ley 3/2011, de 17 de marzo *sobre custodia de los hijos en caso de ruptura de la convivencia de los padres* en la que no se establece una preferencia concreta por uno u otro modelo.

La Ley 3/2011 tiene las siguientes características:

- Autoritarismo mitigado: puesto que la Ley 3/2011, antes de la declaración de inconstitucionalidad⁴¹, ya había eliminado el carácter excepcional de la custodia compartida que establece el art. 92.8 CC, otorgándola no de manera preferente, sino a elección del propio juez:
 - Si el juez opta por la custodia compartida (art. 3.5) fijará el «régimen de convivencia» de ambos progenitores con sus hijos en igualdad de condiciones.
 - Si el juez opta por la custodia individual (art. 3.6) fijará un «régimen de comunicaciones, estancias o visitas» con el progenitor no custodio que le garantice que pueda realizar las funciones propias de la patria potestad.⁴²
- Provisionalidad: puesto que la regulación de esta ley no es completa y está prevista su futura reforma.
- Necesidad de regulación de la mediación familiar: está prevista la regulación de la mediación familiar a través de una Ley específica puesto que son mecanismos útiles para resolver procesos contenciosos de separación, nulidad y divorcio, y de ruptura de la convivencia de las parejas estables y uniones de hecho.

⁴¹ La expresión “excepcional” fue declarada inconstitucional por la Sentencia del Tribunal Constitucional (Pleno), sentencia núm. 185/2012, de 17 de octubre, RTC 2012/185.

⁴² SAP Navarra (Sección 2ª); núm. 186/2012, de 28 de septiembre, AC 2013/1378: *lo que el progenitor no custodio ejerce cuando, en virtud del régimen de visitas establecido, esté en compañía de los menores, no es su derecho/deber de «guarda y custodia», en cuanto concepto jurídico legal, sino el derecho/deber de relacionarse personalmente con ellos; y ambas formas de relación, junto con los demás derechos/deberes inherentes a la potestad de ambos, son modos distintos de dar cumplimiento al deber de velar por ellos y tenerlos en su compañía.*

- Subsidiaridad: al rechazar la opción de la custodia compartida como excepcional, pero tampoco establecerla como preferente y dejarla a la decisión judicial, la posibilidad de los progenitores de que les sea otorgada la custodia compartida queda subordinada a la decisión final del juez, con el límite de siempre respetar el interés del menor.⁴³

En relación a las características expuestas anteriormente, el artículo 3.3 de la Ley 3/2011 establece que «el Juez decidirá sobre la modalidad de custodia más conveniente para el interés de los hijos menores, teniendo en cuenta la solicitud que haya presentado cada uno de los padres, y atendiendo, además de a lo dispuesto en esta Ley Foral, a los siguientes factores:

- a) La edad de los hijos.
- b) La relación existente entre los padres y, en especial, la actitud de cada uno de los progenitores para asumir sus deberes, respetar los derechos del otro y, en especial, cooperar entre sí y garantizar la relación de los hijos con ambos progenitores y familias extensas.
- c) El arraigo social y familiar de los hijos.
- d) La opinión de los hijos, siempre que tengan suficiente juicio y, en todo caso, si son mayores de doce años, con especial consideración a los mayores de catorce años.
- e) La aptitud y voluntad de los padres para asegurar la estabilidad de los hijos.
- g) Los acuerdos y convenios previos que pudieran existir entre los padres y que estos le hayan justificado.
- h) Cualquier otra circunstancia de especial relevancia para el régimen de convivencia».

La normativa navarra confía en el Juez a la hora de la determinación de la custodia compartida o no, teniendo en cuenta los factores del artículo 3.3 y teniendo en especial consideración el interés del menor.⁴⁴

⁴³ SABATER BAYLE, ELSA. «De custodia de los hijos en caso de ruptura de convivencia de los padres», dentro de las *XIII Jornadas IDADFE – Crisis de Pareja y Custodia de Menores* - .

⁴⁴ SAP Navarra (Sección 2ª), núm. 186/2012, de 28 de septiembre, AC 2013/1378 : en cuanto a cuál sería la residencia del menor custodiado, la misma sentencia dice que: [...] en *el supuesto que en las concretas*

Su opción preferente es el modelo de libre determinación judicial custodia, es decir, será el juez el que decida y elija el modelo de custodia que considera más adecuado.⁴⁵

Esta legislación foral y la catalana presentan similitudes relevantes.

4. DIFERENCIAS ENTRE LA LEGISLACIÓN ARAGONESA Y LA LEGISLACIÓN VALENCIANA:

La Comunidad Autónoma valenciana, regula la custodia compartida en su normativa propia, en la Ley 5/2011, de 1 de abril, de la Generalitat, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven.⁴⁶

Su ámbito de aplicación resulta del artículo 2 del mismo donde se establece que «de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 3.4 del Estatut d'Autonomia de la Comunitat Valenciana y las disposiciones del título preliminar del Código Civil, la presente ley será de aplicación respecto de los hijos e hijas, sujetos a la autoridad parental de sus progenitores que ostenten la vecindad civil valenciana».

Para la acreditación de la vecindad civil de los menores -al formar parte del estado civil de las personas- deberá constar en el Registro Civil al margen de la inscripción de nacimiento en los casos de adquisición derivativa por opción; por residencia y, de recuperación. Mientras que en los de adquisición originaria por *ius sanguinis*, se acreditará mediante certificación de nacimiento de los hijos en relación con la de los progenitores. Y, en caso de dudas, los menores tendrán la vecindad civil del lugar de nacimiento, pero acreditada por medio de la certificación del RC.

En cuanto al contenido de esta ley, se refiere a cuestiones como régimen de custodia y visitas, atribución del uso de la vivienda y ajuar familiar o alimentos; no establece nada

circunstancias es del caso [...] de atribución de la guarda y custodia de los menores a uno solo de los progenitores, tal atribución comportaba el derecho-deber de convivencia con el menor, de suerte que éste ha de residir allí donde lo haga aquél.

⁴⁵ La STSJ Navarra (Sala de lo Civil y de lo Penal), sentencia núm. 25/2012, de 23 de octubre de 2012, RJ 2012/11174 determina que: *la Ley Foral 3/2011 sobre custodia de los hijos en casos de ruptura de la convivencia de los padres, [...] 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 explicita 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 [...].*

⁴⁶ La Ley 5/2011, de 1 de abril, que entró en vigor el 5 de mayo de 2011 está pendiente de un recurso de inconstitucional. Fue suspendida por la Providencia del Pleno de TC de 19 de julio de 2011 desde la fecha de interposición del recurso, es decir, el 4 de julio de 2011 hasta el levantamiento de la suspensión por ATC 22 de noviembre de 2011.

acerca de la pensión compensatoria para la cual se aplica íntegramente el CC, y es regido por el principio de autonomía de las partes, en este caso, de los padres y el juez decidirá siempre «a falta de pacto entre los progenitores» (art. 5).

Por esto, es preferente que los progenitores establezcan un pacto de convivencia familiar, donde acuerden «las reglas o los términos que van a regir con sus hijos tras su separación», el cual debe ser aprobado judicialmente, previa audiencia del Ministerio Fiscal.

En cuanto a la custodia compartida, establece en su artículo 5.2 que «como regla general, atribuirá a ambos progenitores, de manera compartida, el régimen de convivencia con los hijos e hijas menores de edad, sin que sea obstáculo para ello la oposición de uno de los progenitores o las malas relaciones entre ellos».

A tenor de la atribución de la custodia compartida como regla general, el Tribunal Superior de Justicia de Valencia ha remarcado en su sentencia de 24 de enero de 2012 que «dicha regulación, que se encuentra en la línea de adoptar como criterio general, si bien no exclusivo, el de la custodia compartida frente a la individual de los hijos menores y que ha sido adoptada por otros legisladores autonómicos, que es diferenciada de la establecida en la legislación común, donde en principio se parte, del otorgamiento de la guarda y custodia compartida cuando lo soliciten los padres de común acuerdo, o cuando de modo excepcional, lo solicite una parte y exista un informe favorable del Ministerio Fiscal y se fundamente en que únicamente de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor (art. 92.5º y 8º del Código Civil)».

Para poderse cumplir el régimen de custodia compartida caben dos maneras diferentes: una de ellas, es que los hijos menores se queden en el domicilio familiar, alternándose los padres en el uso del mismo o bien, que sean los propios menores los que roten periódicamente cada cierto periodo de tiempo, a los domicilios de sus progenitores.

Por otra parte, el Juez puede considerar que se otorgue la custodia individual a un único progenitor por varias razones:

a) En virtud del artículo 5.4 «la autoridad judicial podrá otorgar a uno solo de los progenitores el régimen de convivencia con los hijos e hijas menores cuando lo considere necesario para garantizar su interés superior, y a la vista de los informes sociales, médicos, psicológicos y demás que procedan. En ese supuesto, deberá

establecer un régimen de relaciones familiares adaptado a las circunstancias propias del caso, que garantice el contacto de los hijos e hijas menores con ambos progenitores».

Este razonamiento tiene en cuenta el interés superior del menor y para ello es necesario contar con su opinión, que como establece el art. 5.3 es un factor a tener en cuenta antes de que el juez pueda fijar el régimen de convivencia de cada progenitor con los hijos e hijas menores de edad. La opinión del menor es un factor que se debe de valorar junto a otros y será tenido en cuenta siempre a partir de los catorce años de edad, y si es menor de esta edad dependerá de la madurez de este (SAP Valencia (Sección 10ª), núm. 608/2013, de 23 de septiembre (ROJ 524/2013) y SAP Valencia núm. 660/2013, de 14 de octubre (ROJ 404/2013)).⁴⁷

b) Con base al artículo 5.6 de la Ley 5/2011, se establecerá la custodia individual cuando exista una situación de violencia familiar que pudiera suponer un riesgo para el otro progenitor o para alguno de los hijos, el artículo establece que «excepcionalmente tampoco procederá la atribución de un régimen de convivencia a uno de los progenitores cuando esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro progenitor o de los hijos o hijas, y se haya dictado resolución judicial motivada en la que se constaten indicios fundados y racionales de criminalidad, siempre y cuando, a tenor de dichos indicios, la aplicación del régimen de convivencia pudiera suponer

⁴⁷ La opinión del menor es cada vez más relevante e importante cuanto más se acercan a la mayoría de edad, y así se expone en sendas sentencias de la Audiencia Provincial de Valencia «no hay ninguna razón objetiva ni subjetiva para discrepar del criterio del juzgador de instancia de atribuir la guarda custodia de la hija a la madre habida cuenta que la hija cumple 18 años dentro de 3 meses, y ha revelado inequívocamente su voluntad de seguir con su madre, dando cumplida explicación de ello en su exploración (...), lo que aconseja no acordar dicho tipo de custodia, y procediendo por ello a mantener la sentencia de instancia en este punto». Ambas sentencias de la Audiencia Provincial de Valencia tratan sobre la necesidad de informes de peritos a la hora de ponderar las capacidades y aptitudes de los padres para el cuidado y crianza de los hijos, y afirman que «en el ámbito de los procesos familiares habrán de ser los informes periciales (que si en todos los campos son importantes, más aún lo son en esta esfera, hasta el punto de que toda causa matrimonial en la que existan hijos, debería ir acompañada de tales informes, máxime, si se cuenta con profesionales adscritos permanentemente a este cometido, que pueden ser utilizados sin dificultades de ningún tipo) los que, amén de la voluntad de los menores, cuando tengan capacidad para expresarla, los que ayuden al juez a determinar en cada caso, cual es el interés del menor en cuanto a su custodia, convirtiéndose así, los informes periciales, en un instrumento necesario de conformación del interés del menor». Además, se establece que el interés de los menores no debe ser medido «bajo parámetros de confort material, y que la doctrina y jurisprudencia española se toman en consideración tanto el interés objetivo, en el que se incluye cualquier utilidad como las mayores ventajas que ofrecen uno u otro progenitor para la formación y educación de los menores, como el interés subjetivo, que incluye cualquier ventaja que corresponda a una inclinación de los propios hijos y a sus deseos o aspiraciones, atendiendo a las circunstancias personales de cada menor».

riesgo objetivo para los hijos e hijas o para el otro progenitor. Tampoco procederá cuando la autoridad judicial advierta, como consecuencia de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género. Cuando se dicte resolución judicial que ponga fin al procedimiento, con efectos absolutorios, en cualquiera de los procedimientos reseñados en el párrafo anterior, se podrá revisar, de oficio o a instancia de parte, la ordenación de las relaciones familiares».

c) Ponderando «la dedicación pasada a la familia, el tiempo dedicado a la crianza y educación de los hijos e hijas menores y la capacidad de cada progenitor».

d) Teniendo en cuenta «los informes sociales, médicos, psicológicos y demás que procedan».

e) Teniendo en consideración «los supuestos de especial arraigo social, escolar o familiar de los hijos e hijas menores».

f) «Las posibilidades de conciliación de la vida familiar y laboral de los progenitores».

g) Ponderando la «disponibilidad de cada uno de los progenitores para mantener un trato directo con cada hijo o hija menor de edad».

h) Tenerse en cuenta además «cualquiera otra circunstancia relevante a estos efectos».⁴⁸

La legislación valenciana, establece como la ley aragonesa, la preferencia o la regla general de la custodia compartida, y no excepcional, sin perjuicio de que en interés del propio menor, haya casos en los que no proceda (SAP Alicante (Sección 9ª) núm. 410/2013, de 12 de julio (ROJ 256/2013) y SAP Alicante, núm. 563/2013, de 30 de octubre (ROJ 534/2013)).⁴⁹

⁴⁸ Extraído de ALGARRA PRATS, ESTHER. «El régimen de convivencia de los menores de edad con los progenitores: regla general y excepción en la legislación valenciana», dentro de las *comunicaciones de las XII Jornadas IDADFE de Crisis de Pareja y Custodia de los hijos menores*.

⁴⁹ «Se establece, por tanto, como regla general un régimen de convivencia compartida y, de forma excepcional, la atribución de la guarda y custodia a uno solo de los progenitores. El legislador autonómico ha instaurado una suerte de presunción *iuris tantum* de que el régimen de convivencia más beneficioso para un menor cuyos padres ya no conviven juntos es el que posibilita un contacto similar entre ambos, pues éste es, en principio el medio más idóneo para ejercer el derecho- deber de patria potestad que incumbe a los progenitores».

Es la Ley que más se parece a nuestra ley aragonesa civil foral pues ambas establecen un modelo de custodia compartida preferente y custodia individual excepcional, siempre teniéndose en cuenta las circunstancias que presente el caso concreto.

IV. ANTEPROYECTO DE LEY DE 19 DE JULIO DE 2013:

El Gobierno, a través del Consejo de Ministros, aprobó el pasado 19 de julio de 2013, a iniciativa del Ministerio de Justicia, un extenso Anteproyecto de Ley que versa sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio y que adapta las relaciones paterno- filiales a la sociedad actual.

6. NOVEDADES DEL ANTEPROYECTO DE LEY DE 19 DE JULIO DE 2013:

El Anteproyecto de Ley todavía no ha entrado en vigor, pero modificará el Código Civil, la Ley de enjuiciamiento Civil y la Ley de Registro Civil.

Está dirigido a adaptar las relaciones paterno-filiales a la sociedad actual estableciendo una serie de novedades.

6.1. Eliminación del carácter excepcional de la custodia compartida:

Como novedad fundamental, es que elimina definitivamente el carácter excepcional que el Código Civil otorga a la custodia compartida en su artículo 92, añadiendo el artículo 92 bis que otorga al juez la competencia para determinar qué custodia es la adecuada en cada caso concreto, atendiendo siempre al propio interés del menor.

Además, este artículo 92.1 bis⁵⁰ establece como novedad que el Juez pueda establecer la custodia compartida tanto cuando la pidan ambos progenitores de mutuo acuerdo o cuando la pida uno con el consentimiento del otro como cuando sin existir acuerdo entre ambos, cada uno de ellos pida la custodia exclusiva para ellos o bien compartida.

Este artículo pretende no establecer la custodia compartida como un régimen preferente o prioritario sino darle más libertad a los jueces para estipularla y por ello, serán muchos

50 «El Juez podrá acordar, en interés de los hijos, que su guarda y custodia sea ejercitada por uno solo de los progenitores o por los dos, de forma compartida. Podrá establecer, si lo considera conveniente para la protección del interés superior de los hijos, el ejercicio compartido de su guarda y custodia cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador, cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento o cuando, no mediando acuerdo, cada uno de ellos inste la custodia para ambos o para sí».

más los casos en los que se aplique este régimen de convivencia que, si bien tiene grandes ventajas, sobre todo las relativas al mayor contacto de los hijos con ambos progenitores, también conlleva importantes inconvenientes entre los que destaca que la personalidad del menor puede resultar muy afectada ya que la rotación ocasionada por la convivencia con uno y otro progenitor puede acarrearle una gran inestabilidad.⁵¹

6.2. Informe del Ministerio Fiscal:

Otra novedad relevante aparece en la exposición de motivos del anteproyecto donde establece que «para determinar el régimen de guarda y custodia, el Juez recabará informe del Ministerio Fiscal, sin que tenga carácter vinculante de conformidad con la doctrina de la STC (Pleno), sentencia núm. 185/2012, de 17 de octubre, (RTC 2012/185) y ponderará, además de las alegaciones de las partes, la opinión y deseos del menor y el dictamen de los expertos, en el caso que lo considere necesario, así como la concurrencia o no de todos aquellos criterios relevantes para el bienestar del hijo, como edad, arraigo social, escolar y familiar de los menores, relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos, aptitud y voluntad de cada uno de ellos para asumir sus deberes, respetar los derechos del otro y cooperar entre sí para garantizar la relación de los hijos con ambos progenitores; posibilidad de conciliación de la vida familiar y laboral de los padres, el apoyo con el que cuenten, la situación de sus domicilios o el número de hijos».

Así, se prevé la necesidad que el Juez pida el informe del Ministerio Fiscal, el cual no se exige que sea favorable y que deberá estudiar todos los aspectos de las partes, dictamen de expertos y concurrencia del bienestar del menor, aunque este informe no tendrá carácter vinculante, pero debe ser valorado positivamente por el Juez.

6.3. Cambio de terminología:

Otra novedad es la equiparación de la patria potestad a la corresponsabilidad parental y el cambio de terminologías, modificando *custodia* y *visitas* por *convivencia* y *régimen de estancia*.

⁵¹ GARCÍA PRESAS, INMACULADA. «Novedades del Anteproyecto de Ley de 19 de julio de 2012 sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental», dentro de las *comunicaciones de las XII Jornadas de IDADFE sobre crisis de pareja y custodia de menores*.

6.4. Violencia doméstica o de género:

Otra novedad de este Anteproyecto es que no basta estar incurso en un proceso penal por violencia doméstica o de género para que un progenitor no tenga derecho a la custodia ni individual ni compartida de su hijo, sino que es necesaria que ese proceso haya concluido y se haya dictado sentencia firme.

El progenitor tendrá derecho a la custodia individual o compartida una vez extinguida la responsabilidad penal.

6.5. Revisión de medidas adoptadas:

Como novedad, establece la disposición transitoria segunda del mismo, la revisión judicial de medidas adoptadas y expone que «a través del procedimiento establecido en la legislación procesal civil para la modificación de medidas definitivas acordadas en un procedimiento de separación, nulidad o divorcio, y a partir de la entrada en vigor de esta ley, se podrán revisar judicialmente las adoptadas conforme a la legislación anterior, cuando alguna de las partes o el Ministerio Fiscal, respecto de casos concretos, soliciten la aplicación de esta norma».

Estas medidas adoptadas, se podrán modificar siempre y cuando haya un cambio relevante en las circunstancias que las crearon o cuando sea aconsejable para las nuevas necesidades de los hijos.

6.6. Plan de ejercicio de patria potestad.

En caso de ruptura entre los progenitores, se exige como novedad la realización de pactos entre ellos a través de un plan de ejercicio de la patria potestad por el bien del menor.⁵²

El plan de ejercicio de patria potestad será un instrumento que concrete la forma en que ambos progenitores realizarán sus responsabilidades parentales, diferenciándose gastos por necesidades ordinarias o previsibles, gastos extraordinarios y voluntarios.

⁵² El APL modifica el art. 90 CC e incluye como contenido necesario del convenio regulador el *plan de corresponsabilidad parental* con la intención de fomentar el acuerdo, para que organicen por ellos mismos las responsabilidades, convivencia y cuidado del menor. Hay con ello libertad de pactos pero el Juez interviene si estos pactos son gravosos para los hijos.

Esta Ley exige el ejercicio conjunto de la patria potestad y será la corresponsabilidad parental lo que deberá determinarse, atendiendo siempre al interés del menor.

El plan de corresponsabilidad parental denominado *plan de ejercicio de la patria potestad conjunto*, debe contener, como mínimo, extremos como:

1º) La forma de compartir todas las decisiones que afecten a la educación, salud, bienestar, residencia habitual y otras cuestiones relevantes para los hijos.

2º) El cumplimiento de los deberes referentes a la guarda y custodia, el cuidado y educación y el ocio de los mismos.

3º) Los períodos de convivencia con cada progenitor y el correlativo régimen de estancia, relación y comunicación con el no conviviente.

4º) El lugar o lugares de residencia de los hijos, determinando cuál figurará a efectos de empadronamiento.

5º) Las reglas de recogida y entrega de los hijos en los cambios de la guarda y custodia, o en el ejercicio de estancia, relación y comunicación con ellos.

6.7. Liquidación del régimen económico matrimonial:

La nueva Ley pretende la aceleración de la liquidación del régimen económico matrimonial, paralizando la presunción de que los bienes que se van adquiriendo se rigen también por gananciales desde la admisión de la demanda.

Así, una vez iniciados los procedimientos de separación, divorcio o nulidad «se deberá solicitar la formación de inventario de la masa común de bienes y derechos sujeta a las cargas matrimoniales para su posterior liquidación, y una vez admitida la demanda se producirá la suspensión de los efectos de la sociedad de gananciales y se empezará a aplicar el régimen de separación de bienes, lo que impedirá que una vez rota la convivencia uno de los cónyuges pueda endeudarse y vincular a esa carga a su ex pareja».

Se modificará la LEC tanto en lo que respecta a los procedimientos matrimoniales como a lo que respecta a la liquidación del régimen económico matrimonial.

6.8. Mediación familiar:

Otra novedad permite que los progenitores tengan la posibilidad de acudir, bien de común acuerdo, o bien por decisión del juez, para resolver sus discrepancias a la mediación familiar.

El objetivo de la introducción de la mediación familiar es fomentar la corresponsabilidad parental, reduciendo la litigiosidad y tratando a ambos progenitores con total igualdad y sin perjudicar a ninguno de ambos.

6.9. Vivienda familiar:

En el Anteproyecto se establece otra novedad dirigida a la vivienda y expone que «aunque se procurará que en la asignación de la vivienda prevalezca el interés superior de cada menor, sin embargo, se tendrán en cuenta los intereses del cónyuge con más dificultades para encontrar una nueva vivienda».

Esta atribución de la vivienda tendrá carácter temporal, que será hasta que los hijos alcancen la independencia económica con respecto a sus padres o cuando están a disposición de tenerla.

Además el Gobierno, con respecto al tema de la vivienda, prevé la obligación a las CCAA de establecer una serie de directrices en las políticas de vivienda en alquiler social y viviendas de protección oficial para que en situaciones de separación, nulidad o divorcio *se* «priorice el acceso a una vivienda digna a las personas de este colectivo en situación de necesidad, siempre que tengan menores a su cargo».

§4. CONCLUSIÓN ORIGINAL DEL ESTUDIANTE:

Desde mi punto de vista, considero que la custodia compartida es un sistema progresista, un sistema adecuado para la sociedad actual que fomenta la distribución igualitaria de los roles sociales entre mujeres y hombres, promoviendo la igualdad de ambos sexos y fomentando la corresponsabilidad en el ejercicio de su autoridad familiar, facilitando por un lado, el desarrollo profesional de la mujer, que a lo largo de los últimos años se ha venido incorporando al mundo laboral, y por el otro, el deseo o interés de los hombres de una mayor implicación en el ámbito familiar, rompiendo así, el esquema tradicional de la atribución de la custodia a la madre de forma exclusiva.

No solo la incorporación de la mujer al campo laboral es la razón de la aplicación preferente de esta custodia compartida, sino también el hecho de que ambos progenitores son iguales a la hora de cuidar a sus hijos, de esta manera, son varias las referencias a ello en textos internacionales:

En el artículo 6.2 c) de la declaración sobre la eliminación de la discriminación contra la mujer se establece que «el padre y madre tendrán iguales derechos que el hombre durante el matrimonio y a la disolución del mismo. En todos los casos el interés de los hijos debe ser la consideración primordial».

En el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, donde establece el derecho al respeto de la vida privada y familiar en el que el Tribunal entiende integrados los derechos sobre guarda y custodia de los menores, y en concreto el derecho del padre a poder reunirse con su hijo no de manera absoluta sino teniendo en cuenta los derechos e intereses de los progenitores y del menor.

En el artículo 9.2 de nuestra Constitución donde encontramos el principio de igualdad que establece un mandato a los poderes públicos: «corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social» y en el artículo 14 de la misma, donde se encuentra el principio de igualdad ante la ley: «los españoles son iguales ante la Ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social».

Por último, en el artículo 3 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad

efectiva de mujeres y hombres, se enuncia el principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres: «el principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres supone la ausencia de toda discriminación, directa o indirecta, por razón de sexo, y, especialmente, las derivadas de la maternidad, la asunción de obligaciones familiares y el estado civil».

Por otra parte, considero que la custodia compartida, no solo debe ser aplicada por razones de igualdad entre progenitores, sino que el motivo principal es que la custodia compartida es el sistema más favorable para el interés del menor y su bienestar, ya que el menor es la parte débil, y debemos evitar que se convierta en la víctima del divorcio o la separación de sus padres y que no viva con carencias afectivas o con problemas que pudiera acarrear la separación de sus progenitores.

El interés del menor debe ser determinado de un modo objetivo, y los menores deben ser escuchados –su opinión es relevante, no determinante-.

Por último, para que la custodia compartida funcione, es un elemento esencial el acuerdo entre los progenitores, que ambos tengan un alto grado de cooperación y que actúen siempre, en beneficio del menor.

En concreto, la regulación aragonesa, la cual ha sido pionera en esta materia, en la determinación preferente de la custodia compartida en detrimento de la custodia individual, y ha constituido ejemplo para otras Comunidades Autónomas que quieren implantar un sistema similar en su territorio, me parece el modelo ideal, puesto que de algún modo «fuerza» a aplicar la custodia compartida primando el derecho e interés superior de los hijos a un contacto directo con sus padres y así evitar que sean los perjudicados, respetando además la igualdad entre los progenitores. La custodia compartida se aplicará de forma preferente siempre que no haya pacto en contrario u otras circunstancias que se pudieran presentar.

A modo de conclusión, aunque creo que la custodia compartida es la más adecuada, esto lo digo de forma general, pues hay que evitar automatismos en la concesión de ésta, y hay que tomar en consideración el caso concreto, analizando todas las circunstancias concurrentes y determinando si este sistema es el mejor para regular las relaciones de los padres con los hijos y, muy importante, motivar adecuadamente la decisión.

§5. BIBLIOGRAFÍA Y REFERENCIAS DOCUMENTALES:

1. LIBROS Y REVISTAS:

- ALGARRA PRATS, Esther, «El régimen de convivencia de los menores de edad con los progenitores: regla general y excepción en la legislación valenciana», en *las Comunicaciones de las XII Jornadas IDADFE de Crisis de Pareja y Custodia de los hijos menores*, de los días 27 y 28 de marzo del 2014, en Calatayud.
- BARRADA ORELLANA, Reyes, «La naturaleza esencialmente compartida de la guarda» en *la Revista jurídica de Catalunya*, núm. 3, del año 2013.
- BAYOD LÓPEZ, María del Carmen:
 - o *Algunas cuestiones prácticas en materia de derecho civil aragonés*, Gobierno de Aragón, Departamento de Presidencia y Justicia, año 2011, págs. 7 a 10 y 21 a 22.
 - o «Derecho aragonés y análisis comparativo con otros Derechos forales» en *Jornadas de Derecho foral aragonés*, ed. DGA, Zaragoza, 2013, págs. 23-24 (pág. 9- 65).
- BAYOD LÓPEZ, Carmen y SERRANO GARCÍA, José Antonio «Guarda y Custodia de los hijos y régimen de visitas en Aragón» en *Relaciones entre padres e hijos en Aragón: ¿un modelo a exportar?* Ed. IFC, Zaragoza, 2014, págs. 13- 86.
- CALAZA LÓPEZ, S., *Los procesos matrimoniales. Nulidad, separación y divorcio*, Madrid, 2009.
- CASADO CASADO, Belén, «El derecho de visitas del menor. Incumplimiento por el progenitor no custodio y consecuencias al incumplimiento: la limitación, restricción o suspensión de las visitas desde el ámbito civil y penal», en *la Revista de Derecho de Familia* núm. 62 (Año 2014, 1º trimestre). Dirigida por: Antonio Javier Pérez Martín. Lex Nova Thomson Reuters.
- CAZORLA GONZÁLEZ- SERRANO, María del Carmen, «El interés del menor como criterio de atribución de la custodia compartida», en *las Comunicaciones de las*

XII Jornadas de IDADFE de Crisis de Pareja y Custodia de los hijos menores, de los días 27 y 28 de marzo del 2014, en Calatayud.

- DE CASTRO, Federico, *Derecho Civil de España*, Civitas ediciones, S. L., 2008, pág. 21.
- DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús: «Doctrina del Tribunal Constitucional sobre competencias legislativas autonómicas en materia de Derecho civil» en *Revista Aragonesa de Administración Pública*, vol. 4, 1994, págs. 361- 404.
- DE PABLO CONTRERAS, Pedro (Coordinador), MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos, PÉREZ ÁLVAREZ, Miguel Ángel, PARRA LUCÁN, María Ángeles, *Curso de Derecho Civil (I) Derecho Privado Derecho de la Persona* (3ª Edición 2008) - (Pág. 94 a 103).
- DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón, «La Ley 5/2011, de 1 de Abril, de la Generalidad Valenciana, de relaciones familiares de los hijos cuyos progenitores no conviven» en las *XII Jornadas IDADFE de Crisis de Pareja y Custodia de los hijos menores*, de los días 27 y 28 de marzo del 2014, en Calatayud.
- FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, Juan Manuel, *Diccionario jurídico*, 6ª Edición, Aranzadi, Madrid, 2012.
- GARCÍA PRESAS, Inmaculada, «Novedades del Anteproyecto de Ley de 19 de julio de 2012 sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental», dentro de las *Comunicaciones de las XII Jornadas de IDADFE sobre crisis de pareja y custodia de menores*, de los días 27 y 28 de marzo del 2014, en Calatayud.
- GONZÁLEZ DEL POZO, Juan Pablo, «Comentarios parciales al Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de separación, nulidad y divorcio» publicado en la *Revista de Derecho y Familia*, el 1 de noviembre de 2013.
- LAUROBA LACASA, M. Elena, «Ejercicio de la guarda y responsabilidad parental. La propuesta del Código civil catalán» en la *Revista Jurídica de Catalunya* núm. 2 del año 2011.

- LASARTE, Carlos, «Crisis Parentales y custodia de los hijos en España» en las *XII Jornadas IDADFE de Crisis de Pareja y Custodia de los hijos menores*, de los días 27 y 28 de marzo del 2014, en Calatayud.
- LÓPEZ AZCONA, Aurora, «Crisis de pareja y custodia de los hijos menores: análisis de la regulación aragonesa». En las *XII Jornadas IDADFE de Crisis de Pareja y Custodia de los hijos menores*, de los días 27 y 28 de marzo del 2014, en Calatayud.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE, Carlos, “a ley 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres. Regulación de la guarda y custodia compartida. La mediación familiar” en *Actas de los XX encuentros de Foro de Derecho aragonés.*, Zaragoza, 2010, págs. 131-176.
- MORO BONILLO, Esther, «La Voluntad del menor en el cambio de custodia» en la *Revista de Derecho de Familia* núm. 57 (Año 2012, 4º trimestre). Dirigida por: Antonio Javier Pérez Martín. Lex Nova Thomson Reuters.
- NAVAS NAVARRO, Susana, «Menores, guarda compartida y plan de parentabilidad (especial referencia al derecho catalán)», en la *Revista de Derecho de Familia* núm. 54 (Año 2012, 1º trimestre). Dirigida por: Antonio Javier Pérez Martín. Lex Nova Thomson Reuters.
- ORTUÑO MUÑOZ, J.P., *El nuevo régimen jurídico de la crisis matrimonial*, Madrid, 2006.
- PARRÁ LUCÁN, M^a Ángeles, «Relaciones entre ascendientes y descendientes» en *Manual de Derecho civil aragonés conforme al Código del Derecho Foral de Aragón*, dir. Delgado Echeverría, de. El Justicia de Aragón, 4ª Edición, 2012.
- PLAZA PENADÉS, JAVIER: «El Derecho civil, los Derechos civiles forales o especiales y el Derecho civil autonómico» en *Revista de Derecho Civil valenciano*, 2º semestre ,on- line:
<http://derehocivilvalenciano.com/revista/numeros/numero-12-segundo-semestre-2012>
- PÉREZ SALAZAR- RESANO, Margarita, *Tratado Derecho de familia, aspectos sustantivos y procesales, Capítulo III Patria Potestad*. Editorial jurídica Sepin, 2005.

- *Revista de Derecho de Familia* núm. 56 (Año 2012, 3º trimestre). Dirigida por: Antonio Javier Pérez Martín. Lex Nova Thomson Reuters.
- RIVERO HERNÁNDEZ, F, *El derecho de visita*, Barcelona, 1997, p. 386 y p.397.
- SABATER BAYLE, Elsa, «De custodia de los hijos en caso de ruptura de convivencia de los padres», dentro de las *XIII Jornadas IDADFE – Crisis de Pareja y Custodia de Menores-*, de los días 27 y 28 de marzo del 2014, en Calatayud.
- SAN SEGUNDO MANUEL, Teresa, «Maltrato y separación: Repercusiones en los hijos», dentro de la obra colectiva *Custodia Compartida y protección de menores*, (Director: José Jaime Tapia Parreño), Cuadernos de Derecho Judicial II, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, Centro de documentación Judicial, 2009, págs. 119-295.
- SERRANO GARCÍA, José Antonio, «La custodia compartida aragonesa en la primera jurisprudencia», *Actas de las XXII Encuentros de Foro de Derecho aragonés* (Zaragoza- Huesca 2012). Ed. El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2013, págs. 183- 294.
- VILLAGRASA ALCAIDE, Carlos, «Valoración de la normativa catalana sobre corresponsabilidad parental», dentro de las *XIII Jornadas IDADFE – Crisis de Pareja y Custodia de Menores-* , de los días 27 y 28 de marzo del 2014, en Calatayud.

2. LEGISLACIÓN:

- Constitución Española (CE): art. 39, arts. 148 y 149 y DA 1ª.
- Código Civil (CC): art. 9.4 y arts. 90, 92.
- Ley de Enjuiciamiento civil (LEC): art. 348.
- 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, número de disposición 2.1. Publicado en BOE de 17 de Enero de 1996, arts. 2.1 y 11.2 a).
- Reglamento 2201/2003, de 27 de noviembre, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental.

- Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil.
- Anteproyecto de ley, sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio de 19 de Julio de 2013.
- Código de Derecho Civil de Aragón (CDFA): arts. 5 y 6, y arts. 75 a 84, DT 6ª.
- Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia. (CCcat): arts. 233 y 236.
- Ley 1/1973, de 1 de marzo, por la que se aprueba la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra: art. 3.
- Ley 5/2011, de 1 de abril, de la Generalitat, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven: arts. 2 y 5.

3. JURISPRUDENCIA:

- Sentencia del Tribunal Constitucional 88/1993, de 12 de marzo de 1993, RTC 1993/88.
- Sentencia del Tribunal Constitucional 185/2012, de 17 de octubre de 2012, RTC 2012\185.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), sentencia núm. 614/2009 de 28 de septiembre de 2009, RJ 2009/7257.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), sentencia núm. 496/2011, de 7 de julio. RJ 2011\5008.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), sentencia núm. 642/2012, de 26 de octubre de 2012, RJ 2012\9730.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), sentencia núm. 257/2013 de 29 abril. RJ 2013\3269
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Teruel (Sección 1ª), sentencia núm. 58/2011, de 3 de mayo de 2011, AC 2011/1203
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón (Sala de lo Civil y de lo Penal, Sección 1ª), sentencia núm. 8/2011, de 13 de julio de 2011, RJ 2011/6564.
- STSJA (Sala de lo Civil y de lo Penal, Sección 1ª), sentencia núm. 10/2011 de 30 septiembre de 2011, RJ 2012/668STSJA.

- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón (Sala de lo Civil y lo Penal, Sección 1ª), sentencia núm. 4/2012, de 1 de febrero, RJ 2012/4317
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón (Sala de lo Civil y lo Penal, Sección 1ª), sentencia núm. 13/2012, de 9 de Abril. RJ 2012/10021.
- STSJA (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª), recurso núm. 17/2012, de 18 de abril. RJ 2012/6132.
- STSJA, Sala de lo Civil y de lo Penal, Sección 1ª, sentencia núm. 32/2012, de 16 de octubre de 2012, RJ 2012/11167.
- STSJA (Sala de lo Civil y de lo Penal, Sección 1ª), sentencia núm. 38/2012, de 22 de noviembre de 2012. RJ 2012/11186.
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª), sentencia núm. 43/2012, de 21 de diciembre, RJ 2012\11191
- STSJA, Sala de lo Civil y de lo Penal, Sección 1ª, sentencia núm. 16/2013, de 12 de marzo de 2013, RJ 2013/2896.
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª), sentencia núm. 18/2013 de 25 marzo. RJ 2013\4174.
- STSJA (Sala de lo Civil y de lo Penal, Sección 1ª), sentencia núm. 35/2013, de 17 de julio de 2013. RJ 2013/5764
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón (Sala de lo Civil y de lo Penal, Sección 1ª), sentencia núm. 46/2013, de 30 de octubre de 2013, RJ 2013/8499.
- STSJA (Sala de lo Civil y de lo Penal, Sección 1ª), sentencia núm. 48/2013 de 15 de noviembre de 2013. RJ 2013/8501.
- SAP de Barcelona (Sección 18ª), sentencia de 28 de noviembre de 2000, JUR 2001/63462.
- SAP de Barcelona (Sección 18ª), sentencia núm. 766/2006, de 20 de diciembre de 2006, JUR 2007/193552.
- SAP de Barcelona (Sección 18ª), sentencia núm. 470/2007, de 1 de octubre de 2007, JUR 2008/14122
- SAP de Barcelona, (Sección 12ª), sentencia núm. 794/2007, de 20 de diciembre de 2007, JUR 2008/71590.
- SAP de Barcelona (Sección 12ª), sentencia núm. 616/2012, de 28 de septiembre de 2012, JUR 2012/332252.
- SAP Navarra (Sección 2ª); núm. 186/2012, de 28 de septiembre, AC 2013/1378.

- STSJ Navarra (Sala de lo Civil y de lo Penal), sentencia núm. 25/2012, de 23 de octubre de 2012, RJ 2012/11174.
- SAP Alicante (Sección 9º) núm. 410/2013, de 12 de julio (ROJ 256/2013).
- SAP Valencia (Sección 10ª), núm. 608/2013, de 23 de septiembre (ROJ 524/2013).
- SAP Valencia núm. 660/2013, de 14 de octubre (ROJ 404/2013).
- SAP Alicante, núm. 563/2013, de 30 de octubre (ROJ 534/2013).

4. RECURSOS DE INTERNET:

- <http://centrodebioetica.org/2012/11/padre-madre-o-progenitor-ambiguedades-terminologicas-del-proyecto-de-codigo-civil/> Fecha de consulta: 2 de febrero de 2014.
- <http://derecho-aragones.net/cuadernos/document.php?id=102> Fecha de consulta: 5 de febrero de 2014.
- <http://identidadaragonesa.wordpress.com/2013/09/17/la-familia-en-aragon-la-custodia-compartida/> Fecha de consulta: 5 de febrero de 2014.
- <http://noticias.juridicas.com/articulos/45-Derecho-Civil/201106-81234555212997.html> Fecha de consulta: 20 de febrero de 2014.
- <http://espanol.getlegal.com/legal-info-center/custodia-de-menores> Fecha de consulta: 4 de marzo de 2014.
- <http://reinolvidado.blogspot.com.es/2008/12/las-comunidades-autnomas-y-el-derecho.html> Fecha de consulta: 10 de abril de 2014.
- <http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/es/1215197775106/Medios/1288781716675/Detalle.html> Fecha de consulta: 17 de abril de 2014.
- <http://www.lamoncloa.gob.es/ConsejodeMinistros/Enlaces/190713Enlacecustodia.htm> Fecha de consulta: 6 de mayo de 2014.
- <http://psicoforensebcn.drupalgardens.com/node/36> Fecha de consulta: 15 de mayo de 2014.
- <http://padresdivorciados.blogspot.com.es/2009/09/diferencias-entre-la-patria-potestad-y.html> Fecha de consulta: 16 de julio de 2014.
- <http://duomediacion.blogspot.com.es/2013/03/que-es-el-plan-de-parentalidad.html> Fecha de consulta: 16 de julio de 2014.
- <http://www.aranzadi.es/sites/aranzadi.es/files/creatividad/ConsejodeMinistros/nuevo-2013/news22julio-2013.pdf> Fecha de consulta: 5 de agosto de 2014.