



Universidad
Zaragoza

Trabajo Fin de Grado

Análisis de la custodia compartida en el Código Civil y en el Código del Derecho Foral de Aragón.

Autor/es

Ismael Martín Mompel

Director/es

María Martínez Martínez

Facultad de Derecho de Zaragoza
Año 2014

LISTADO DE ABREVIATURAS

Art. – Artículo.

CC – Código Civil.

nº - número.

CE – Constitución Española.

C DFA – Código de Derecho Foral de Aragón.

ejem. – ejemplo.

LEC – Ley de Enjuiciamiento Civil.

INDICE:

I. INTRODUCCIÓN.

1. CUESTIONES TRATADAS EN EL TRABAJO.
2. RAZÓN DE LA ELECCIÓN DEL TEMA Y JUSTIFICACIÓN DE SU INTERÉS.
3. METODOLOGÍA SEGUIDA EN EL DESARROLLO DEL TRABAJO.

II. LA GUARDA Y CUSTODIA EN EL CODIGO CIVIL.

1. ORIGEN Y EVOLUCIÓN DE LA GUARDA Y CUSTODIA.

- 1.1 Ley de Matrimonio Civil de 18 de junio de 1870.
- 1.2 Ley de Divorcio de 2 de marzo de 1932.
- 1.3 Ley 24 de abril de 1958 que modifica los artículos 70 y 75 del Código Civil.
- 1.4 Ley 30/1981, de 7 de julio por la que se modifica el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio.
- 1.5 Ley 11/1990, de 15 de octubre de reforma del Código Civil.
- 1.6 Ley 15/2005 de 8 de julio por la que se modifica el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio.

2. LA GUARDA Y CUSTODIA DE LOS HIJOS ANTE LA RUPTURA DE LA CONVIVENCIA.

2.1 La guarda y custodia y la patria potestad.

- A) La patria potestad.
- B) La guarda y custodia.

2.2 Guarda y custodia exclusiva o unilateral y guarda y custodia compartida.

- A) Guarda y custodia exclusiva o unilateral.
- B) Guarda y custodia compartida.
 - a) Principios fundamentales de la guarda y custodia compartida.
 - b) Ventajas e inconvenientes de la guarda y custodia compartida.
 - c) Tratamiento de la guarda y custodia compartida en el Código Civil tras la reforma operada por la Ley 5/2005 de 8 de julio.

3. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL.

3.1 Sentencias de mayor relevancia.

- A) Sentencia 623/09 de 8 de octubre de 2009 del Tribunal Supremo Sala 1ª.
- B) Sentencia 185/2012 de 17 de octubre de 2012 del Pleno del Tribunal Constitucional.

C) Sentencia 257/2013 de 29 de abril de 2013 del Tribunal Supremo Sala 1ª.

3.2 Informe sobre el Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en el caso de nulidad, separación y divorcio del Consejo General del Poder Judicial.

III. LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA EN EL CÓDIGO DE DERECHO FORAL DE ARAGÓN.

1. LEY 2/2010 DE 26 DE MAYO DE IGUALDAD EN LAS RELACIONES FAMILIARES ANTE LA RUPTURA DE LA CONVIVENCIA ENTRE LOS PADRES.

2. ARTÍCULO 80 DEL CÓDIGO DE DERECHO FORAL DE ARAGÓN.

2.1 Apartado 1 del artículo 80.

2.2 Apartado 2 del artículo 80.

2.3 Apartado 3 del artículo 80.

2.4 Apartado 4 del artículo 80.

2.5 Apartado 5 del artículo 80.

2.6 Apartado 6 del artículo 80.

3. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL.

3.1 Sentencias de mayor relevancia.

IV. CONCLUSIONES.

V. RESEÑA JURISPRUDENCIAL.

VI. BIBLIOGRAFIA.

I. INTRODUCCIÓN.

1. CUESTIÓN TRATADA EN EL TRABAJO.

La Ley 15/2005 de 8 de julio, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en Materia de Separación y Divorcio, regula la posibilidad de acordarse, ante una separación, divorcio o nulidad matrimonial, el ejercicio compartido entre los progenitores de la guarda y custodia de los hijos menores habidos en el matrimonio, así como la posibilidad de que el ejercicio compartido sea incluso acordado por el Juez aun cuando únicamente sea uno de los progenitores el que solicite el ejercicio conjunto de la guarda y custodia compartida de los menores y siempre que lo sea en beneficio de estos.

Es la regulación por parte del Estado español y por la Comunidad Autónoma de Aragón, en cuanto que fue la primera Comunidad en regular el ejercicio compartido de la guarda y custodia entre ambos progenitores, así como la aplicación de dicha legislación por el Tribunal Supremo y el Tribunal Superior de Justicia de Aragón, la cuestión a tratar en el presente trabajo.

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

El ejercicio compartido por ambos progenitores de la guarda y custodia de los hijos menores habidos en el matrimonio, como efecto de un proceso de separación, divorcio o nulidad matrimonial ha ido evolucionando poco a poco a través del tiempo, pasando de una regulación estricta a favor de que la guarda y custodia fuera ejercida únicamente por uno de los progenitores, la mayoría de las ocasiones por la madre, al ejercicio de la misma de forma compartida por ambos.

Si bien es cierto que se ha producido una evolución en cuanto a la regulación de la guarda y custodia en los supuestos de ruptura matrimonial, esa evolución, no ha ido acompañada con el desarrollo que la propia sociedad ha tenido, pues pese a que la mujer hace mucho tiempo que se incorporó al mercado laboral y el hombre dejó de ser la persona cuyo único rol en la familia era el de “traer el dinero a casa”, no ha sido hasta hace muy poco tiempo cuando se ha empezado a modificar la legislación en materia de derecho de familia, contemplándose la posibilidad de que la guarda y custodia no fuera únicamente ejercida por uno solo de los progenitores, habitualmente por la madre, si no que la misma fuera ejercida por ambos progenitores, entendiendo que esta forma de ejercer la guarda y custodia tiene muchas más ventajas que inconvenientes.

Es esta evolución y el cambio que se ha producido en el ejercicio de la custodia de los menores habidos dentro del matrimonio tras, una ruptura de este, tanto a nivel estatal a partir de la Ley 15/2005, de 8 de julio de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, como a nivel autonómico mediante la Ley Aragonesa 2/2010 de mayo de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres, así como la evolución que el tratamiento del ejercicio de la custodia compartida ha realizado, en los últimos años tanto el Tribunal Supremo como el Tribunal Superior de Justicia de Aragón, así como la constante repercusión social que esta evolución ha venido teniendo, lo que justifica el interés de este tema como base de mi trabajo.

3. METODOLOGÍA SEGUIDA EN EL DESARROLLO DEL TRABAJO.

La metodología utilizada para el desarrollo del presente trabajo ha consistido en el estudio de la legislación reguladora del ejercicio de la guarda y custodia compartida por ambos progenitores de los menores habidos en el matrimonio, en supuestos de ruptura matrimonial a nivel estatal, así como del estudio de la sección 3ª, artículos 75 a 84 del capítulo II del Título II del Libro Primero del Código del Derecho Foral de Aragón, reguladora de la misma materia.

Igualmente se ha procedido al estudio y análisis de las Sentencias del Tribunal Supremo y del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, dictadas en materia de guarda y custodia compartida, y de los trabajos y publicaciones de profesionales como abogados, catedráticos, profesores universitarios, psicólogos, etc.

II. LA GUARDA Y CUSTODIA EN EL CÓDIGO CIVIL.

1. ORIGEN Y EVOLUCIÓN DE LA GUARDA Y CUSTODIA.

1.1 Ley de Matrimonio Civil de 18 de junio de 1870.

El origen de la atribución de la <<guarda y custodia>> de los hijos menores en situaciones de ruptura matrimonial en España se remonta a la Ley de Matrimonio Civil de 18 de junio de 1870.

A partir de la entrada en vigor de la referida ley, la atribución de la guarda y custodia (potestad y cuidado de los hijos e hijas) se atribuía al cónyuge inocente¹. Es decir, dicha atribución se basaba en la inocencia o culpabilidad que los cónyuges habían tenido en la ruptura del matrimonio, lo que suponía que la potestad y cuidado de los hijos e hijas, podía ser otorgada tanto a la madre como al padre, según la culpa de uno u otro en la ruptura matrimonial.

La culpabilidad en la ruptura matrimonial siempre suponía la privación de la posibilidad de ostentar el cuidado de los hijos o hijas, al menos hasta el fallecimiento del cónyuge inocente.

¹ Art. 88: <<La Sentencia ejecutoria del divorcio producirá los siguientes efectos:
Segundo. Quedar o ser puestos los hijos bajo la potestad y protección del cónyuge inocente
.Si ambos fueran culpables, quedarán bajo la autoridad del tutor o curador que se nombrara con arreglo a las prescripciones de la Ley de Enjuiciamiento Civil, salvo los casos comprendidos en el núm. 2 del artículo 87.... la madre conservará en todo caso a su cuidado a los hijos menores de tres años hasta que cumplan esta edad, a no ser que se haya dispuesto otra cosa en el Sentencia
Tercero. ... A la muerte del cónyuge inocente, volverá el culpable a recobrar la patria potestad y sus derechos, si la causa que hubiere dado margen al divorcio hubiera sido alguna de las comprendidas en el mencionado núm. 2 del art.87. Si fuere distinta, se nombrará tutor a los hijos en la forma prevenida...>>.

Si quedaba demostrada la culpabilidad de ambos cónyuges en la ruptura matrimonial, la “guarda y custodia” no era concedida ni al padre ni a la madre, sino a la autoridad de un tutor o curador.

Sin embargo la concesión de la potestad y cuidado de los hijos basada únicamente en criterios de culpabilidad tenía una excepción, puesto que con independencia de que el matrimonio sufriera su ruptura por motivos estrictamente achacables a la madre, está siempre conservaría el cuidado de los hijos e hijas, cuando estos fueran menores de tres años, salvo que se dispusiese otro criterio en la Sentencia, y ello al igual que si la culpa de la ruptura fuera de ambos cónyuges.

El criterio de la culpabilidad para la atribución de la <<guarda y custodia>> de los menores en los supuestos de ruptura matrimonial se siguió manteniendo en el Código Civil aprobado por el RD de 24 de julio de 1889, concretamente en los artículos 70² y 73³.

1.2 Ley de Divorcio de 2 de marzo de 1932.

La aprobación de la Ley de Divorcio de 2 de marzo de 1932 fue consecuencia del mandato establecido por la Constitución de 1931, que en su artículo 43 disponía que el matrimonio podía disolverse por mutuo disenso o

² Art. 70: <<Ejecutoriada la nulidad del matrimonio, quedarán los hijos varones mayores de tres años al cuidado del padre, y las hijas al cuidado de la madre, si de parte de ambos cónyuges hubiese habido buena fe.

Si la buena fe hubiese estado de parte de uno solo de los cónyuges, quedarán bajo su poder y cuidado los hijos de ambos sexos.

Si la mala fe fuere de ambos, el Tribunal resolverá sobre la suerte de los hijos en la forma que dispone el párrafo segundo del número 2 del artículo 73.

Los hijos e hijas menores de tres años estarán en todo caso, hasta que cumplan esta edad, al cuidado de la madre, a no ser que, por motivos especiales, dispusiere otra cosa la sentencia>>.

³ Art. 73: <<La sentencia de divorcio producirá los siguientes efectos: [...]

2.º Quedar o ser puestos los hijos bajo la potestad y protección del cónyuge inocente.

Si ambos fueren culpables, se proveerá de tutor a los hijos, conforme a las disposiciones de este Código. Esto no obstante, si la sentencia no hubiera dispuesto otra cosa, la madre tendrá a su cuidado en todo caso a los hijos menores de tres años.

A la muerte del cónyuge inocente volverá el culpable a recobrar la patria potestad y sus derechos, si la causa que dio origen al divorcio hubiese sido el adulterio, los malos tratamientos de obra o las injurias graves. Si fue distinta se nombrará tutor a los hijos. La privación de la patria potestad y de sus derechos no exime al cónyuge culpable del cumplimiento de las obligaciones que este Código le impone respecto de sus hijos>>.

a petición de uno de los cónyuges. Fue la primera Ley del divorcio aprobada en España.

Fue en su capítulo tercero, y más concretamente en su artículo 17 donde quedaron regulados los efectos del divorcio respecto de los hijos menores habidos en el matrimonio, cuando este no se disolviese por mutuo disenso.

En esta ley se sigue manteniendo, para la concesión de la guarda y custodia al padre o a la madre, el criterio de responsabilidad o culpa en la ruptura del matrimonio, tal y como se venía estableciendo desde la aprobación de la Ley de Matrimonio Civil de 18 de junio de 1870, privándose al progenitor responsable de la ruptura familiar de la posibilidad de quedar al cuidado de sus hijos o hijas.

Sin embargo, aunque el criterio de culpabilidad es el que primaba en la Ley del Divorcio de la República, ya se intuía en la misma un atisbo del criterio que en la actualidad se tiene en cuenta para otorgarse el ejercicio de la guarda y custodia únicamente a uno de los progenitores o a favor de los dos (custodia compartida), que no es otro que el del interés del menor.

Lo que en la actualidad conocemos como <<interés del menor>> tenía en la Ley de 1932 su reflejo, en la posibilidad que la misma otorgaba al Juez para decidir, en virtud de la <<conveniencia de los hijos>>, con cuál de los progenitores debían quedarse estos, cuando los dos fuesen culpables de la ruptura matrimonial o cuando no lo fuese ninguno de los dos, pudiendo incluso el juez decidir que ninguno de los progenitores fueran los que ejercieran el cuidado de los hijos, quedando estos bajo la tutela de un tutor.

La presente ley aumentaba la edad de los hijos, de tres a cinco años, como límite obligatorio para que los mismos siempre permanecieran con la madre, en el supuesto de que en la Sentencia de divorcio no se hubiera establecido nada al respecto.

La Ley de Divorcio así como todas sus leyes complementarias fueron derogadas en virtud de lo dispuesto en el artículo único de la Ley de 23 de Septiembre de 1939.

1.3 Ley 24 de abril de 1958 que modifica los artículos 70 y 73 del Código Civil.

Tras la guerra civil y la derogación de la Ley del Divorcio de 2 de marzo de 1932 y todas sus normas complementarias, la única regulación de los efectos que conllevaba la nulidad y la separación matrimonial, en materia de <<guarda y custodia>> se disponía en el Código Civil, el cual sufrió una importante reforma con la Ley de 24 de abril de 1958, siguiendo manteniéndose el criterio de culpabilidad en la ruptura matrimonial para conceder el cuidado de los hijos a uno u otro progenitor.

En esta ley, además de utilizarse el término de culpable o inocente como se hacía en la Ley de Matrimonio Civil de 1780, para conceder a uno u otro progenitor el cuidado de los hijos, se utiliza el término de <<buena fe>>.

Otra de las novedades que se recogían en esta Ley era la diferenciación de sexos para la concesión del cuidado de los hijos y de las hijas, siempre que de parte de ambos cónyuges hubiera existido buena fe, modificándose así el artículo 70⁴ del Código Civil, otorgando el cuidado de los hijos al padre y el de las hijas a la madre, pero únicamente cuando estos fueran mayores de 7 años.

⁴ Art. 70:<<La ejecutoria de nulidad del matrimonio producirá los siguientes efectos:
Los hijos mayores de siete años quedará al cuidado del padre, y las hijas al cuidado de la madre, si de parte de ambos cónyuges hubiese habido buena fe.
Si la buena fe hubiese estado de parte de uno solo de los cónyuges quedarán bajo su poder y cuidado los hijos de ambos sexos.
Si la mala fe fuere de ambos, el Tribunal resolverá sobre la suerte de los hijos en la forma que dispone el párrafo segundo del número segundo del artículo setenta y tres.
Los hijos e hijas menores de siete años estarán, hasta que cumplan esta edad, al cuidado de la madre.
Sin embargo de lo establecido en estas normas, si el Tribunal que conoció sobre la nulidad del matrimonio hubiese, por motivos especiales, proveído en su sentencia acerca del cuidado de los hijos, deberá estarse en todo caso a lo decretado por él.
Por análogos motivos, y en lo que no haya dispuesto la sentencia de nulidad, el Juez que haya de ejecutarla podrá también aplicar su criterio discrecional, según las particularidades del caso>>.

Para el supuesto de que la buena fe sólo concurriera en uno de los progenitores tanto el cuidado de los hijos como el de las hijas quedaría a su cargo, pero si la mala fe concurriera en ambos progenitores el Tribunal podría nombrar un tutor, con la excepción de los menores, ya no de cinco años, como se disponía en regulaciones anteriores, sino de siete años, que siempre quedarían al cuidado de la madre.

En los mismos términos que se modificó mediante la Ley de 24 de abril de 1958 el artículo 70 del Código Civil, se modificó el artículo 73⁵ del mismo cuerpo legal, artículo que regulaba los efectos de la separación matrimonial, manteniéndose al igual que en la Ley de 1870 la posibilidad de que a la muerte del cónyuge inocente el culpable volviera a recobrar la patria potestad y sus derechos, eso sí siempre que el origen de la separación no afectase a la formación moral de los hijos.

1.4 Ley 30/1981 de 7 de julio por la que se modifica el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio.

Tras la Constitución Española de 6 de diciembre de 1978 y como consecuencia de la necesidad de una legislación en materia de familia que regulara la disolución del matrimonio por divorcio, en cuanto que tras la derogación en 1939 de la Ley de 2 de marzo de 1932 no había existido ley alguna que regulara dicha disolución, se aprobó la Ley 30/1981 de 7 de julio

⁵ Art. 73: <<La ejecución de separación producirá los siguientes efectos: [...]

2º Quedar o ser puestos los hijos bajo la potestad y protección del cónyuge inocente.

Si ambos fueren culpables, el Juez, discrecionalmente podrá proveer de tutor a los hijos conforme a las disposiciones de este Código. Esto no obstante si al juzgarse sobre la separación no se hubiese dispuesto otra cosa, la madre tendrá a su cuidado, en todo caso a los niños menores de siete años.

A la muerte del cónyuge inocente volverá el culpable a recobrar la patria potestad y sus derechos, si la causa que dio origen a la separación no afectare a la formación moral de los hijos. En otro caso se les proveerá de tutor. La privación de la patria potestad y de sus derechos no exime al cónyuge culpable del cumplimiento de las obligaciones que este Código le impone respecto de sus hijos.

Sin embargo de lo anteriormente establecido si al juzgarse sobre la separación se hubiera, por motivos especiales, proveído acerca del cuidado de los hijos, deberá estarse en todo caso a lo decretado.

Por análogos motivos, en lo que no se haya proveído, el Juez encargado de la ejecución podrá también aplicar su criterio discrecional, según las particularidades del caso>>.

por la que se modificaba el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio.

Con la aprobación de la conocida como Ley del Divorcio, se produjo un cambio en cuanto a la regulación que los efectos que la separación, nulidad y divorcio producían en relación con los hijos habidos en el matrimonio, dejándose a un lado, para otorgar la guarda y custodia de estos, el criterio de culpabilidad y mala fe, a favor del criterio del interés del menor, tal y como se disponía en el artículo 92⁶ del Código Civil, modificado por la Ley de 7 de julio de 1981, llegándose a establecerse como necesario dicho requisito aún en las separaciones y divorcios instados de forma consensuada por ambos cónyuges, pues podía llegar a no aprobarse el convenio regulador acordado por los cónyuges, si alguno de los acuerdos fueran perjudiciales para los hijos.

Sin embargo y a pesar de que dicho interés del menor fue recogido en el mencionado artículo 92, este requisito no fue considerado exclusivo para otorgar la guarda y custodia a uno u otro progenitor, cuando no existiera acuerdo entre ellos y ello en cuanto que la mencionada Ley no modificó el artículo 159 del Código Civil siguiendo manteniéndose, en los supuestos en que no había posibilidad de acuerdo entre los cónyuges, la preferencia por otorgar la guarda y custodia a la madre, cuando los hijos fuesen menores de siete años, estableciéndose con la entrada en vigor de esta Ley, la obligatoriedad de que todos los menores mayores de doce años fueran oídos por el Juez, antes de que este decidiera a cuál de los dos progenitores se le concedía la guarda y custodia.

⁶ Art. 92: <<La separación, la nulidad y el divorcio no eximen a los padres de sus obligaciones para con los hijos.

Las medidas judiciales sobre el cuidado y educación de los hijos serán adoptadas en beneficio de ellos, tras oírles si tuvieran suficiente juicio y siempre a los mayores de doce años.

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

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

El Juez, de oficio o a petición de los interesados, podrá recabar el dictamen de especialistas>>.

1.5 Ley 11/1990, de 15 de octubre de reforma del Código Civil.

Con la aprobación de la Ley 11/1990 de 15 de octubre de Reforma del Código Civil, lo que se pretendía, tal y como se recoge en su Preámbulo, era eliminar cualquier tipo de discriminación que por razón de sexo aún perdurase en la legislación civil y perfeccionar el desarrollo normativo del principio de igualdad consagrado en la Constitución Española de 1978.

Mediante la Ley 11/1990 de 15 de octubre, se modificó el artículo 159⁷ del Código Civil, que no fue modificado por la Ley del Divorcio de 1981, desapareciendo a la hora de otorgarse la guarda y custodia de los hijos por parte del Juez la preferencia a favor de la madre del cuidado de los hijos e hijas menores de siete años en caso de separación, estableciéndose a partir de entonces, en caso de separación o divorcio contencioso, igualdad entre ambos progenitores a la hora de que por parte del Juez se otorgara a uno u a otro la guarda y custodia de los hijos, atendiendo únicamente el Juez a lo más beneficioso para estos, pudiendo oírlos antes de decidir, siempre que tuvieran juicio suficiente y en todo caso cuando tuvieran doce o más de doce años.

1.6 Ley 15/2005 de 8 de julio por la que se modifica el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio.

Con la entrada en vigor de la Ley 15/2005 de 8 de Julio se produce de nuevo la modificación del artículo 92 del Código Civil, artículo que venía regulando la guarda y custodia de los hijos menores habidos en el matrimonio, en procesos de nulidad, separación y divorcio, incluyéndose con esta reforma en el Código Civil la guarda y custodia compartida.

⁷ Art. 159: <<Si los padres viven separados y no decidieren de común acuerdo, el Juez decidirá, siempre en beneficio de los hijos, al cuidado de qué progenitor quedarán los hijos menores de edad. El Juez oír, antes de tomar esta medida, a los hijos que tuvieran suficiente juicio y, en todo caso, a los que fueran mayores de doce años>>.

La aprobación de esta Ley supuso que la regulación en materia de familia empezara a estar acorde con la evolución que la propia sociedad había experimentado ya desde hacía años, tras la incorporación de la mujer al mundo laboral, otorgando a los progenitores, tanto madres como padres, la posibilidad de seguir tras la ruptura matrimonial teniendo los mismos derechos y obligaciones para con los hijos que tenían durante el matrimonio.

A partir de la modificación que del artículo 92⁸ del Código Civil se produjo tras la aprobación de la Ley 15/2005 de 8 julio, se contempló la posibilidad de establecerse en casos de ruptura matrimonial la guarda y custodia compartida entre ambos progenitores, tanto mediante acuerdo de estos plasmado en convenio regulador, como por imposición judicial.

La custodia compartida, en virtud de lo dispuesto en el artículo 92 del vigente Código Civil, podrá ser solicitada de mutuo acuerdo por ambos cónyuges, siendo preceptivo informe del Ministerio Fiscal, aunque en los

⁸ Art. 92<<1. La separación, la nulidad y el divorcio no eximen a los padres de sus obligaciones para con los hijos.

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

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

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

5. Se acordará el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador o cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento. El Juez, al acordar la guarda conjunta y tras fundamentar su resolución, adoptará las cautelas procedentes para el eficaz cumplimiento del régimen de guarda establecido, procurando no separar a los hermanos.

6. En todo caso, antes de acordar el régimen de guarda y custodia, el Juez deberá recabar informe del Ministerio Fiscal, y oír a los menores que tengan suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, partes o miembros del Equipo Técnico Judicial, o del propio menor, valorar las alegaciones de las partes vertidas en la comparecencia y la prueba practicada en ella, y la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos para determinar su idoneidad con el régimen de guarda.

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

8. Excepcionalmente, aun cuando no se den los supuestos del apartado cinco de este artículo, el Juez, a instancia de una de las partes, con informe favorable del Ministerio Fiscal, podrá acordar la guarda y custodia compartida fundamentándola en que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor.

9. El Juez, antes de adoptar alguna de las decisiones a que se refieren los apartados anteriores, de oficio o a instancia de parte, podrá recabar dictamen de especialistas debidamente cualificados, relativo a la idoneidad del modo de ejercicio de la patria potestad y del régimen de custodia de los menores>>>.

supuestos de separación o divorcio de mutuo acuerdo dicho informe no sea vinculante para el Juez, debiendo ser oídos los menores cuando así lo considere necesario este.

Una de la novedades más importantes que aportó la Ley 15/2005 de 8 de julio fue la posibilidad de que fuese el propio Juez, en los procedimientos de separación y divorcio contenciosos y por tanto cuando únicamente uno de los progenitores fuese el que solicitase la guarda y custodia de los hijos de forma compartida, el que decidiese su concesión, estableciéndose la necesidad de recabarse informe favorable por parte del Ministerio Fiscal, pudiendo solicitarse por el mismo informes de especialistas debidamente cualificados, y siempre que el progenitor no se encontrara incurso en un proceso penal por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro progenitor o de los hijos que convivieran con ambos, ni existieran indicios fundados de violencia doméstica.

Desde el año 2005 se ha producido una evolución en cuanto al tratamiento de la custodia compartida desde el punto de vista jurisprudencial, que con posterioridad será analizada.

2. LA GUARDA Y CUSTODIA DE LOS HIJOS ANTE LA RUPTURA DE LA CONVIVENCIA.

2.1 La guarda y custodia y la patria potestad.

Cuando se produce la ruptura de un matrimonio o de una unión de hecho deben regularse los efectos que esta ruptura va a tener en todo el ámbito de la familia, entendiendo esta como la formada únicamente por los progenitores e hijos que viven bajo su autoridad.

El principal efecto a regular en los supuestos de ruptura matrimonial o de unión de hecho tal y como se recoge en el artículo 90⁹ del Código Civil es el cuidado de los hijos sujetos a la patria potestad de ambos, el ejercicio de esta y, en su caso, el régimen de comunicación y estancia de los hijos con el progenitor que no viva habitualmente con ellos.

Si bien el artículo 90 del vigente Código Civil dispone sobre el cuidado de los hijos, y no hace referencia al término <<guarda y custodia>>, término que si aparece reflejado en el artículo 92 del mismo cuerpo legal, entenderemos tal “cuidado de los hijos” como termino equiparable o sinónimo al de “guarda y custodia”.

Por tanto de la propia lectura del mencionado artículo 90 del Código Civil, se aprecian dos términos distintos con dos significaciones distintas: <<cuidado de los hijos>> (guarda y custodia) y <<patria potestad>>.

A) La Patria Potestad

⁹ Art. 90: <<El convenio regulador a que se refieren los artículos 81 y 86 de este Código deberá contener, al menos, los siguientes extremos:

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

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

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

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

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

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

Los acuerdos de los cónyuges, adoptados para regular las consecuencias de la nulidad, separación o divorcio serán aprobados por el juez, salvo si son dañosos para los hijos o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges. Si las partes proponen un régimen de visitas y comunicación de los nietos con los abuelos, el juez podrá aprobarlo previa audiencia de los abuelos en la que éstos presten su consentimiento. La denegación de los acuerdos habrá de hacerse mediante resolución motivada y en este caso los cónyuges deben someter a la consideración del juez nueva propuesta para su aprobación, si procede. Desde la aprobación judicial, podrán hacerse efectivos por la vía de apremio.

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

El Juez podrá establecer las garantías reales o personales que requiera el cumplimiento del convenio>>.

El término patria potestad procede del latín, “*patria potestas*”, viniendo definida en la época romana como la autoridad que el padre de familia tenía sobre los hijos y las hijas, ampliándose incluso al resto de descendientes, autoridad que mantenía el padre en total exclusiva.

La utilización del término patria potestad ha llegado hasta nuestros días, a pesar de que su significado ha ido cambiando con la evolución que la sociedad ha tenido, pues ha pasado de dejar de ser la autoridad que en exclusiva tenía el padre sobre los hijos y las hijas, excluyéndose a la madre, a la autoridad que tanto el padre como la madre y de forma compartida tienen sobre los hijos y las hijas menores de edad o incapacitados.

Dado que el contenido de la patria potestad ha sufrido una evolución a lo largo de la historia, sobre todo en relación a quien la ejerce, pasando tal y como ya se he expuesto de ser única y exclusivamente ejercida por el padre a ser ejercida de forma conjunta por ambos progenitores, se podrían haber utilizado las últimas reformas del Código Civil, y más en concreto la operada mediante la Ley 15/2005 de 8 de Julio, para haber cambiado el término utilizado en el texto legal por el de <<autoridad familiar>>, tal y como se recoge en el Código del Derecho Foral de Aragón, termino mucho más acorde con el momento actual y con la proclamación que ya desde la Constitución Española el 6 de diciembre de 1978 se hacía de la igualdad.

Muchas son las definiciones que se han realizado por parte de la doctrina de la patria potestad, definiciones que han venido siendo complementadas por la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales y Tribunal Supremo. De todas ellas recogemos la del profesor D. José María Castán Vázquez, que plasma en su libro “La Patria Potestad”, definiendo a la misma como: <<conjunto de derechos y deberes que corresponde a los padres sobre la persona y el patrimonio de cada uno de los hijos no emancipados, como medio de realizar la función natural que les incumbe de proteger a la prole>>.

La evolución que ha tenido la sociedad y la familia ha supuesto un cambio en el concepto que de patria potestad se tenía hace años, puesto que ha dejado de ser únicamente el deber de protección que los padres tenían para con los hijos menores e incapacitados, a considerarse también como un derecho inherente a los progenitores.

Las referencias a la patria potestad en el Código Civil aparecen en Capítulo I, II, III y IV del Título VII del Libro Primero del Código Civil, título dedicado a las relaciones paterno filiales, que comprenden los artículos 154 a 171, teniéndose referencias igualmente a la misma en el Capítulo IX del Título IV del Libro Primero, dedicado a los efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio, y más concretamente en el artículos 92.

De la propia regulación del Código Civil y más concretamente de los artículos 154¹⁰ y 155¹¹ se desprenden, tal y como ya hemos manifestado, que la patria potestad no sólo incluye deberes para los progenitores, si no también derechos, el Código Civil en artículo 154, reformado por la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción internacional, se refiere a <<facultades>>, así, los padres (entendiendo como tales a los progenitores) en el ejercicio de la patria potestad deben velar por su hijos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral, representarlos y administrar sus bienes y en el artículo 155 se recogen los derechos de los progenitores tienen, así los hijos deben obedecer a sus padres mientras permanezcan bajo su potestad y respetarles siempre y contribuir

¹⁰ Art. 154: <<Los hijos no emancipados están bajo la potestad de los padres.

La patria potestad se ejercerá siempre en beneficio de los hijos, de acuerdo con su personalidad, y con respeto a su integridad física y psicológica.

Esta potestad comprende los siguientes deberes y facultades:

1.º Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral.

2.º Representarlos y administrar sus bienes.

Si los hijos tuvieren suficiente juicio deberán ser oídos siempre antes de adoptar decisiones que les afecten.

Los padres podrán, en el ejercicio de su potestad, recabar el auxilio de la autoridad>>.

¹¹ Art. 155: <<Los hijos deben:

1.º Obedecer a sus padres mientras permanezcan bajo su potestad, y respetarles siempre.

2.º Contribuir equitativamente, según sus posibilidades, al levantamiento de las cargas de la familia mientras convivan con ella>>.

equitativamente según sus posibilidades al levantamiento de las cargas de la familia mientras convivan con ella.

Tal y como ya se ha puesto de manifiesto la patria potestad sufrió una evolución, a medida que la sociedad evolucionaba, pasándose de una patria potestad ejercida exclusivamente por el padre a ser ejercida igualmente por la madre o de forma compartida, y fiel reflejo de esto es el artículo 156¹² del vigente Código Civil.

La patria potestad por tanto podrá ser ejercida conjuntamente o por uno de los progenitores con el consentimiento del otro (art. 156.1 C.C), únicamente por uno de ellos, cuando exista desacuerdo entre los progenitores y siempre por decisión judicial (art, 156.2 C.C) por ausencia, incapacidad o imposibilidad de los progenitores (art. 156.3 C.C).

Para los supuestos de ruptura matrimonial o de uniones de hecho, el ejercicio de la patria potestad según lo dispuesto en el artículo 156.5 y 92.4 del Código Civil podrá ser ejercido de forma compartida por los dos cónyuges (progenitores) o de forma exclusiva sólo por uno de los cónyuges (progenitores) cuando así lo considere el Juez por ser más beneficioso para los hijos (art. 92.4 C.C) o incluso cabría la privación del ejercicio de la patria potestad a ambos progenitores, cuando del proceso judicial se revelara que existe causa para disponer esa privación (art. 92.3 C.C).

¹² Art. 156: <<La patria potestad se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores o por uno solo con el consentimiento expreso o tácito del otro. Serán válidos los actos que realice uno de ellos conforme al uso social y a las circunstancias o en situaciones de urgente necesidad.

En caso de desacuerdo, cualquiera de los dos podrán acudir al Juez, quien, después de oír a ambos y al hijo si tuviera suficiente juicio y, en todo caso, si fuera mayor de doce años, atribuirá sin ulterior recurso la facultad de decidir al padre o a la madre. Si los desacuerdos fueran reiterados o concurriera cualquier otra causa que entorpezca gravemente el ejercicio de la patria potestad, podrá atribuirle total o parcialmente a uno de los padres o distribuir entre ellos sus funciones. Esta medida tendrá vigencia durante el plazo que se fije, que no podrá nunca exceder de dos años.

En los supuestos de los párrafos anteriores, respecto de terceros de buena fe, se presumirá que cada uno de los progenitores actúa en el ejercicio ordinario de la patria potestad con el consentimiento del otro.

En defecto o por ausencia, incapacidad o imposibilidad de uno de los padres, la patria potestad será ejercida exclusivamente por el otro.

Si los padres viven separados, la patria potestad se ejercerá por aquel con quien el hijo conviva. Sin embargo, el Juez, a solicitud fundada del otro progenitor, podrá, en interés del hijo, atribuir al solicitante la patria potestad para que la ejerza conjuntamente con el otro progenitor o distribuir entre el padre y la madre las funciones inherentes a su ejercicio>>.

B) La guarda y custodia.

Uno de los derechos-deberes que integran la patria potestad es, tal y como ya hemos expuesto, el de guardar y convivir con los hijos e hijas sometidos a patria potestad, por lo que visto desde este punto de vista podríamos decir que la guarda y custodia no es un derecho-deber autónomo, pues va acompañado del ejercicio de la patria potestad, sin embargo sí que se produce esa autonomía en el momento en que se produce una ruptura matrimonial o de unión de hecho, y ello en cuanto que el ejercicio de la patria potestad y la guarda y custodia de los hijos no tiene por qué coincidir en los progenitores.

Producida la ruptura en el matrimonio o en la unión de hecho, la patria potestad puede ser ejercida conjuntamente por ambos progenitores, a pesar de que la guarda y custodia sea ejercida individualmente por uno de ellos.

En el vigente Código Civil no existe una definición de guarda y custodia, es más, no fue hasta la entrada en vigor de la Ley 30/2005 de 8 de julio por la que se modificaba el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, cuando se introduce dicho término, más concretamente en el artículo 92.5, cuando se regula la posibilidad de que se acuerde el ejercicio compartido de la <<guarda y custodia>>.

Han sido los propios Magistrados y Jueces de Familia en el IV Encuentro de Magistrados y Jueces de Familia y Asociaciones de Abogados de Familia, celebrado en el año 2009, los que ante la falta de definición de la guarda y custodia y de los distintos términos utilizados tanto en el artículo 92 del Código Civil: “custodia”, “cuidado y educación de los hijos menores”, “guarda conjunta”, “guarda y custodia” “guarda y custodia compartida”, “custodia de los hijos”, los que han venido, no a definir el alcance de la guarda y custodia compartida, si no que a sensu contrario han delimitado las medidas que no pueden ser adoptadas por el progenitor custodio, siendo estas:

- Las decisiones relativas a la fijación del lugar de residencia del menor.
- Los posteriores traslados de domicilio del menor que lo aparten de su entorno habitual.
- Las decisiones relativas a la elección del centro escolar o institución de enseñanza pública o privada, y cambios ulteriores.
- Las decisiones relativas a la orientación educativa, religiosa o laica.
- La realización por el menor de actos de profesión de fe o culto propios de una confesión.
- El sometimiento del menor de menos de 16 años a tratamientos o intervenciones médicas preventivas, curativas o quirúrgicas, incluidas las estéticas, salvo los casos de urgente necesidad.
- La aplicación de terapias psíquicas o psicológicas al menor.
- La realización del menor de actividades extraescolares deportivas, formativas o lúdicas, y, en general, todas aquellas que constituyan gastos extraordinarios que deban satisfacerse por ambos progenitores.

En virtud de esta delimitación, podría concluirse que la <<guarda y custodia>> se refiere al aspecto personal e inmediato del cuidado del menor, al implicar una convivencia habitual con el mismo. El profesor D. José María Castán Vázquez determina como actos de ejercicio ordinario que competirían al progenitor que ostentase la guarda y custodia de los hijos o hijas menores de edad, <<los correspondientes al desarrollo normal de la vida de un menor, tanto referido a su persona como a sus bienes, y en segundo lugar, que se trate de una actuación que por su propia naturaleza se

repita con cierta frecuencia en la práctica (con lo que sería usual en cuanto a la intervención de los padres...>>, incluyéndose las situaciones de <<urgente necesidad>> (art. 156 C.C), dentro de las que habría que contemplar las necesarias y urgentes relativas a la salud del menor o a la defensa de sus bienes, cuando la demora en su adopción pudiese causar un perjuicio al menor.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 4ª, de 22 de febrero de 2003, Recurso 434/2002 establece entre <<las decisiones que puede tomar unilateralmente el custodio pueden citarse dentro del ámbito educativo, sanitario o personal del niño, ad exemplum, las siguientes:

- En el ámbito escolar y educativo: autorizar al niño para asistir a excursiones o actividades escolares esporádicas o no permanentes que impliquen salida extramuros del centro docente; formular solicitud de becas o ayudas para estudios, libros, comedor o transporte escolar; adquirir por si o a través del menor libros o material escolar; inscribir al menor en el servicio de comedor temporal o definitivamente [...]; delegar en un familiar o adulto responsable la recogida del menor del centro escolar; autorizar la asistencia del menor a convivencias o actividades extraescolares únicas, etc.

- En el ámbito sanitario: requerir la asistencia médica en casos de accidentes de pequeña relevancia o enfermedades leves; pasar revisiones pediátricas; administrar al menor vacunas recomendadas por las autoridades sanitarias competentes; la administración de los fármacos que precise el menor en el marco de un tratamiento médico indefinido; decidir la aplicación al menor de todo tipo de actuaciones o tratamientos médicos en los supuestos de urgencia vital por riesgo de muerte o lesión irreversible del menor, sin perjuicio de dar cuenta inmediata al otro progenitor.

- En el ámbito de la vida cotidiana del menor: decidir el tipo de alimentación que se proporciona al menor (salvo prescripción médica en caso de tratamientos o enfermedades, caso de los celíacos o alérgicos); decidir la clase de ropa y calzado que ha de vestir [...]; decidir las actividades de ocio o esparcimiento del menor, respetando la opinión del mismo y las actividades extraescolares programadas en que participe habitualmente, siempre que tales actividades de ocio no comporten riesgo físico o psíquico grave para el menor>>.

2.2 Guarda y custodia exclusiva o unilateral y guarda y custodia compartida.

A) Guarda y custodia exclusiva o unilateral.

Cuando la guarda y custodia es ejercida por sólo uno de los progenitores se denomina guarda y custodia exclusiva o unilateral.

Esta forma de ejercer la guarda y custodia conlleva el que los hijos e hijas menores habidos dentro del matrimonio o de una unión de hecho, tras la ruptura matrimonial o de la pareja, pasen a convivir con sólo uno de los progenitores (padre o madre), teniendo el progenitor con el que no convivan un régimen de comunicación y estancia con los mismos, el conocido como <<régimen de visitas>>, tal y como se recoge en el artículo 90 del vigente Código Civil.

En el Código Civil la referencia que se hace a la guarda y custodia exclusiva o unilateral aparece en los artículos 90 A), 92.2, 94, 103.1 y 159 sin que en dichos artículo se utilice expresamente el término de guarda y custodia exclusiva o unilateral.

En los mencionados artículos, concretamente en el art. 90.A se establece la posibilidad de que sean los propios progenitores los que, inmersos en un proceso de nulidad, separación o divorcio, a través del convenio regulador, fijen el régimen de estancia y comunicación de los hijos con el progenitor con el que no convivan, por lo que, implícitamente se está reconociendo en

el propio artículo que los progenitores podrán fijar de mutuo acuerdo cuál de los dos se será el que conviva con los hijos o las hijas, es decir el que ejerza “la guarda y custodia de forma unilateral o en exclusiva”.

Si bien el artículo mencionado ofrece a los progenitores, en caso de ruptura, la posibilidad de que sean ellos mismos los que decidan cuál de los dos será el que ejerza la “guarda y custodia” de los hijos e hijas menores, el artículo 92.2 y 159¹³ del mismo Código Civil, contemplan la posibilidad de que sea un tercero el que decida, en caso de conflicto entre los progenitores, cuál de los dos va a ser el conviva con los hijos e hijas y cuide directamente de ellos. Este tercero siempre será el Juez de Instancia de los de Familia o el de Violencia sobre la Mujer competente. Eso sí, manteniéndose siempre el derecho de los menores a ser oídos (art. 92.2 C.C), derecho fijado por el art. 12¹⁴ de la Convención de los Derechos del Niño de 1989, y ello aunque dicha opinión, no sea vinculante para el Juez. La opinión de los menores deberá ser valorada por el Juez competente con el resto de factores e incluso con informes de distintos profesionales, debiendo el mismo siempre decidir en interés del menor, interés del menor que aparece recogido en nuestra Carta Magna, en el vigente Código Civil, la Convención de los Derechos del Niño de la Organización de Naciones Unidas, en la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor de 15 de enero de 1996, la Carta Europea de los Derechos del Niño de 21 de septiembre de 1992, en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, de 7 de diciembre de 2000 y en la Convención de los Derechos del Niño ratificada por España el 30 de noviembre de 1990.

¹³ Art. 159: <<Si los padres viven separados y no decidieren de común acuerdo, el Juez decidirá, siempre en beneficio de los hijos, al cuidado de qué progenitor quedarán los hijos menores de edad. El Juez oírán, antes de tomar esta medida, a los hijos que tuvieren suficiente juicio y, en todo caso, a los que fueran mayores de doce años>>.

¹⁴ Art 12: <<1. Los Estados Partes garantizarán al niño, que esté en condiciones de formarse un juicio propio, el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.
2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional>>.

El Juez, además de tener siempre como base fundamental el interés del menor a la hora de decidir con cuál de los dos progenitores pasa a convivir, también el mismo deberá tener en cuenta otros datos, estos de carácter objetivo, como puedan ser la dedicación que durante la relación matrimonial o de hecho ha tenido cada uno de los progenitores con los hijos o hijas, cuál de los dos progenitores va a ser el que cuente con más tiempo para estar con los menores tras la ruptura, debiendo ser tenidas sobre todo muy en cuenta, las situaciones de riesgo en las que se puedan ver inmersos los menores, por las propias situaciones personales de los progenitores (enfermedades, adicciones, pertenencias a sectas, etc.).

En resumen y según lo expuesto, la legislación vigente establece dos posibilidades de que la “guarda y custodia unilateral o en exclusiva” sea otorgada a uno u otro de los cónyuges: de mutuo acuerdo entre los progenitores, o a través de un tercero, que no es otro más que el Juez.

Si bien es cierto que nada se dice en Código Civil de que sea uno u otro de los progenitores (padre o madre) el que pueda tener preferencia a la hora de que se le otorgue la guarda y custodia en exclusiva (ya sea de mutuo acuerdo o por el Juez), hasta hace muy poco tiempo, y pese a que el padre cada vez ha tenido mayor corresponsabilidad dentro de la pareja en el cuidado y atención de los hijos e hijas, y de que la madre, se incorporó al mercado laboral, lo que conllevó que no estuviera de forma continua al cuidado del hogar y de los hijos e hijas, la estadística ha sido contundente en el sentido de que durante muchísimo tiempo y salvo muy raras excepciones, ante la ruptura de la pareja, ya fuera matrimonial o de hecho, la guarda y custodia de los hijos e hijas pasaba a ser ejercida de forma exclusiva por la madre, y ello tanto, cuando el ejercicio de esta se acordaba de mutuo acuerdo, como cuando era otorgada por el Juez.

B) Guarda y custodia compartida.

Cuando la guarda y custodia de los hijos e hijas menores habidos en el matrimonio o unión de hecho, tras la ruptura, se ejerce de forma conjunta

por ambos progenitores, independientemente de la forma en que se ejerza, (en cuanto a los tiempos de estancia con los mismos), está será considerada como “guarda y custodia compartida”.

Muchas son las definiciones que por parte de la doctrina, atendiendo a la propia legislación y a la jurisprudencia se han dado del concepto de guarda y custodia compartida, no existiendo en el Código Civil definición exacta de la misma, definición que si ha sido recogida por el Código de Derecho Foral de Aragón, en el punto III de su Preámbulo, que dispone: <<la custodia compartida se acepta mayoritariamente como un sistema progresista que fomenta la corresponsabilidad de los padres en el ejercicio de la autoridad familiar>>.

La guarda y custodia compartida supone la alternancia de los progenitores en el cuidado y estancia con los hijos e hijas habidos del matrimonio o de una unión de hecho tras la ruptura, basada en la corresponsabilidad parental y en la igualdad de los progenitores respecto de sus hijos e hijas, garantizando el derecho de estos a ser educados y criados por sus dos progenitores.

Por tanto la guarda y custodia compartida supone, no sólo un derecho para ambos progenitores, sino también para los hijos e hijas habidas del matrimonio o de una unión de hecho.

a) Principios fundamentales de la guarda y custodia compartida.

De ese derecho de los hijos e hijas a ser educados y criados por sus dos progenitores se desprende uno de los principios fundamentales en los que tiene que estar basada la guarda y custodia compartida como es el interés del menor.

El interés del menor como principio fundamental, desde el punto de vista legislativo viene recogido en diversas disposiciones que ya han sido

referenciadas al tratar el tema de la guarda y custodia individual o exclusiva.

El interés del menor es un concepto jurídico indeterminado que dependerá por tanto de cada situación concreta, viniendo fijado no solo por los propios menores sino también por sus progenitores, llegando a ser el Juez en caso de conflicto de esos intereses el que determine, con ayuda de distintos profesionales y con el parecer del Ministerio Fiscal, cual es el verdadero interés del menor. Lo que tiene a su vez ventajas e inconvenientes, y ello al establecerse el interés del menor en base a situaciones concretas, sin que existan criterios objetivos y determinados, lo que supone una mayor flexibilidad a la hora de fijarse la guarda y custodia compartida, pero también conlleva un riesgo de inseguridad jurídica.

En definitiva, el interés del menor deberá ser valorado y determinado caso por caso, basándose el mismo en las circunstancias del caso concreto, pues dicho interés no será idéntico en todos los supuestos.

El interés del menor es el principio fundamental por excelencia que debe ser tenido en cuenta a la hora de fijarse la guarda y custodia, ya no únicamente compartida, sino incluso, tal y como ya se ha expuesto en el apartado dedicado a la guarda y custodia individual o exclusiva y ello hasta tal punto que en caso de conflicto con cualquier otro principio, siempre prevalecería este.

Además del interés del menor, otro de los principios fundamentales en los que está basada la guarda y custodia compartida, es el principio de igualdad entre los progenitores.

La igualdad entre los progenitores tiene como base legislativa fundamental nuestra Carta Magna, la cual en su artículo 14 propugna como principio fundamental de nuestro ordenamiento jurídico la igualdad de todos los españoles ante la Ley y el principio de no

discriminación por razón de sexo, lo que supone que el mismo derecho deben tener ambos progenitores (padre o madre) a ejercer la guarda y custodia de sus hijos en caso de ruptura matrimonial o de uniones de hecho.

Tras la promulgación de la Constitución Española, el principio de igualdad consagrado en su artículo 14¹⁵ se empezó a recoger en el ámbito del Derecho de Familia con la aprobación de la Ley 11/1981 de 13 de mayo y la Ley de 30/1981 de 7 de Julio llegándose a culminar con la última reforma producida por el Código Civil por la Ley 15/2005 de 8 de julio.

El principio de corresponsabilidad parental es otro de los principios fundamentales que priman en la guarda y custodia compartida y que está plenamente relacionado con el principio de igualdad entre los progenitores, pues el mismo supone el reparto equitativo de los derechos y deberes de estos para con sus hijos e hijas. Dicho principio ha tenido su máximo protagonismo a partir de la entrada en vigor de la Ley 15/2005 de 8 de julio que es la que introduce en el Código Civil el mismo, y más concretamente en su Exposición de Motivos, y con la modificación del artículo 68¹⁶, el cual introduce este principio como uno en los que se debe fundamentar el matrimonio.

En último lugar, cabe mencionar como principios fundamentales de la guarda y custodia compartida el derecho de los hijos e hijas a seguir manteniendo un contacto directo y regular con ambos progenitores, es decir el que se les garantice la continuidad de las relaciones afectivas con ambos progenitores, y el de la universalidad, en base al cual el régimen

¹⁵ Art 14: <<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>>.

¹⁶ Art 68: <<Los cónyuges están obligados a vivir juntos, guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente. Deberán, además, compartir las responsabilidades domésticas y el cuidado y atención de ascendientes y descendientes y otras personas dependientes a su cargo>>.

de custodia compartida puede ser otorgado cuando los hijos sean matrimoniales o extramatrimoniales, naturales o adoptivos.

b) Ventajas e inconvenientes de la guarda y custodia compartida.

Las ventajas y beneficios que el sistema de guarda y custodia compartida conlleva consigo vino establecido por la propia jurisprudencia, siendo destacable la primera Sentencia que recogió las mismas la dictada por la Sección 19 de la Audiencia Provincial de Barcelona, el 20 de febrero de 2007, (Sentencia nº 102/2007), fijándose como ventajas o beneficios los siguientes:

- << Se garantiza a los hijos la posibilidad de disfrutar de la presencia de ambos progenitores, resultando la ruptura menos traumática.
- Se evitan determinados sentimientos negativos en los menores, entre los cuales cabe relacionar los siguientes: miedo al abandono; sentimiento de lealtad; sentimiento de culpa; sentimiento de negación; sentimiento de suplantación; etc.
- Se fomenta la actitud más abierta de los hijos hacia la separación de los padres que permite una mayor aceptación del nuevo contexto y se evitan situaciones de manipulación consciente o inconsciente por parte de los padres frente a los hijos.
- Se garantiza a los padres, la posibilidad de seguir ejerciendo sus derechos y obligaciones inherentes a la potestad o responsabilidad parental y de participar en la igualdad de condiciones en el desarrollo y crecimiento de sus hijos, evitando, así, el sentimiento de pérdida que tiene el progenitor cuando se atribuye la custodia al otro progenitor y la desmotivación que se deriva cuando debe abonarse la pensión de alimentos, consiguiendo además, con ello,

una mayor concienciación de ambos en la necesidad de contribuir a los gastos de los hijos.

- No se cuestiona la idoneidad del ninguno de los progenitores.
- Equiparación entre ambos progenitores en cuanto al tiempo libre para su vida personal y profesional, con lo que se evitan de esta manera dinámicas de dependencia en las relaciones con los hijos.
- Los padres han de cooperar necesariamente, por lo que el sistema de guarda compartida favorece la adopción de acuerdos, lo que se convierte asimismo en un modelo educativo de conducta para el menor>>.

Pese a que muchas son las ventajas del sistema de guarda y custodia compartida, también, en determinadas ocasiones por la jurisprudencia se ha considerado que la misma podría conllevar perjuicios y desventajas, sobre todo en situación de ruptura de matrimoniales o de uniones de hecho traumáticas o contenciosas.

Así se han venido fijando como inconvenientes del sistema de guarda y custodia compartida los siguientes:

- Inestabilidad física y psíquica en los hijos e hijas en su desarrollo personal y afectivo, con la consiguiente quiebra del <<favor filii>>.
- Problemas de adaptación a nuevos núcleos familiares.
- Exigencia de acuerdo entre los progenitores, con incremento de la crispación entre estos.
- Mayores costos para los progenitores.

c) Tratamiento de la guarda y custodia compartida en el Código Civil tras la reforma operada por la Ley 15/2005 de 8 de julio.

La Ley 15/2005 de 8 de julio supuso la reforma del Código Civil en materia de separación y divorcio, pasando a regular a partir de entonces la figura de la guarda y custodia compartida de forma positiva.

Ya en el propio Preámbulo de la Ley se establecía la necesidad de que los progenitores ante una ruptura, ya fuese matrimonial o de pareja, deberían decidir sobre si la guarda y custodia se ejercería de manera unilateral o exclusiva por uno de ellos o por ambos de forma compartida, así como la forma en que los hijos e hijas deberían relacionarse con el progenitor con el que no conviviese, procurándose que cumpliese el principio de corresponsabilidad en el ejercicio de la patria potestad.

La reforma articulada por la Ley 15/2005 de 8 de julio supuso un tratamiento evolucionado de la guarda y custodia, pasando a regularse a partir de entonces la posibilidad de fijarse en supuestos de separación, nulidad o divorcio el ejercicio compartido de la guarda y custodia, procediendo a reformarse el artículo 92 del Código Civil en los siguientes términos: Se mantuvo el párrafo primero y tercero, se modificó el párrafo segundo cuarto y quinto y se añadieron cuatro nuevos párrafos así en concreto el quinto, sexto, séptimo y octavo.

Así, con la reforma del artículo 92 y con la inclusión de su párrafo 5º se estableció la posibilidad de acordarse el ejercicio compartido de la guarda y custodia cuando así fuese solicitado por los progenitores en la propuesta de convenio regulador o cuando iniciado un procedimiento contencioso de nulidad, divorcio o separación con posterioridad y en el mismo procedimiento se acordara por los progenitores la guarda y custodia compartida.

En este supuesto serían los propios progenitores de mutuo acuerdo los que decidieran que la guarda y custodia de sus hijos e hijas tras la

ruptura fuese a ser compartida por ambos, ya antes de iniciarse el procedimiento judicial o una vez iniciado, cuando así lo acordasen. Pero a pesar de que fueren los progenitores los que decidiesen esta forma de ejercerse la guarda y custodia, siempre, tal y como se recoge en el propio párrafo quinto, sería el Juez el que de manera fundamentada resolvería sobre la concesión, acordándose las medidas necesarias para llevarla a cabo, y eso sí, procurando no separar a los hermanos.

Con la inclusión del párrafo 6º en el artículo 92, se establecieron una serie de requisitos que por el Juez deberían tenerse en cuenta antes de acordarse la guarda y custodia compartida, tanto si esta se solicitaba de forma consensuada por los progenitores, como cuando el proceso de nulidad, divorcio o separación fuese contencioso.

En este sentido el Juez debería tanto recabar informe del Ministerio Fiscal, como oír al menor cuando este tuviese suficiente juicio, ya fuese de oficio o a petición de alguna de las partes indicadas en dicho precepto.

Señalar que estos requisitos no son únicamente exigibles para otorgar la guarda y custodia compartida, si no que serán exigibles en todos aquellos procesos en los que el Juez sea el que deba decidir sobre el régimen de guarda y custodia, ya sea compartida o unilateral.

Con la reforma incluida con este párrafo el legislador lo que pretendía era que el Juez encargado de decidir acerca del régimen de guarda y custodia, tuviese la información suficiente, ajustada al caso concreto, para garantizar el interés del menor.

En el 7º párrafo del artículo 92 se establecían aquellos supuestos en los que no pudiese ser concedida la guarda y custodia compartida, y ello como respuesta tanto a la Ley 27/2003, de 31 de julio Reguladora de la Orden de Protección de las Víctimas de la Violencia Domestica, y la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

Dicho párrafo preveía la prohibición absoluta de concesión de la guarda y custodia compartida para los supuestos previstos en dicho párrafo, y que son dos:

- <<Cuando cualquiera de los padres este 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>>.

En relación a este párrafo cabe destacar que no será necesaria la existencia de una sentencia condenatoria, si no que bastará con que exista denuncia por alguno de los delitos antes mencionados, y todo ello debido a que en el precepto se emplea la expresión <<este incurso>>.

No obstante, esta expresión plantea inconvenientes, dado que pueden existir denuncias falsas por cualquiera de los progenitores, con el único fin de evitar que se adopte el modelo de guarda y custodia compartida.

- <<Tampoco procederá cuando el juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica>>.

En este segundo caso al igual que en el anterior no será necesario que se haya dictado una sentencia condenatoria, yendo el legislador más allá, pues tampoco será necesaria denuncia, pues bastara con que el juez perciba la existencia de la violencia doméstica, teniendo el mismo como base las alegaciones hechas por las partes y las prueba practicadas.

Es sin duda el párrafo 8º el que más problemas ha planteado en la práctica, pues plantea la posibilidad excepcional de que el

Juez adopte el modelo de guarda y custodia compartida, sin necesidad de que medie acuerdo entre los progenitores.

En estos supuestos será preceptiva la existencia de:

- Informe del Ministerio Fiscal.
- Que la guarda y custodia compartida haya sido solicitada por uno de los progenitores.
- Que la adopción de la guarda y custodia compartida esté fundamentada, en el hecho de que solo de esta forma se protege adecuadamente el interés del menor.

Todos estos requisitos han suscitado gran controversia y han sido tratados por la jurisprudencia. Jurisprudencia que será analizada posteriormente por esta parte.

Finalmente cabe decir que tal y como se establece con el apartado 9º del artículo 92, introducido por la reforma de la Ley 15/2005 de 8 de julio, el juez en cualquier momento para adoptar las decisiones de los apartados anteriormente mencionados podrá recabar dictamen de especialistas debidamente cualificados.

3. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL.

3.1 Sentencias de mayor relevancia.

Desde el punto de vista jurisprudencial, por lo que respecta a la guarda y custodia compartida, tres son las Sentencias de especial relevancia que se han dictado tanto por el Tribunal Supremo como por el Tribunal Constitucional:

- La Sentencia 623/09 de 8 de octubre de 2009 del Tribunal Supremo, Sala 1ª.
- La Sentencia 185/2012 de 17 de octubre de 2012 del Pleno del Tribunal Constitucional.
- La Sentencia 257/2013 de 29 de abril de 2013 del Tribunal Supremo, Sala 1ª.

A) Sentencia 623/09 de 8 de Octubre de 2009 del Tribunal Supremo, Sala 1ª.

En esta Sentencia del Tribunal Supremo se fijan los criterios y requisitos necesarios para poder establecerse en sentencia, el régimen de guarda y custodia compartida, en los supuestos de crisis matrimonial.

El Código Civil únicamente exige al juez para otorgar la guarda y custodia compartida, que decida sobre la misma en función del interés del menor, lo que dificulta la labor de este al no contemplarse en el Código Civil una lista de requisitos para que por el mismo se pueda adoptar dicho modelo de guarda y custodia.

Es por ello por lo que el Tribunal Supremo a través de una análisis del derecho comparado fija una serie de criterios para que el Juez puede adoptar la decisión de conceder la guarda y custodia compartida, siendo estos los siguientes: <<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 los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales y con otras personas que convivan en el hogar familiar; los acuerdos adoptados por los progenitores; la ubicación de sus respectivos domicilios, horarios y actividades de unos y otros; 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>>.

Con esto el Tribunal Supremo trata de sentar unos criterios que permitan al juez valorar el caso concreto y adoptar una decisión u otra acerca del modelo de guarda y custodia a otorgar, siempre teniendo presente el interés del menor.

B) Sentencia 185/2012, de 17 de octubre de 2012 del Pleno del Tribunal Constitucional.

En dicha Sentencia, el Pleno del Tribunal Constitucional resuelve la cuestión de inconstitucionalidad planteada contra el artículo 92.8 del Código Civil.

Fue la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria quien planteó esta cuestión, al entender que el apartado 8º del artículo 92 vulneraba los derechos constitucionales contenidos en los artículos 24, 39 y 117.3 de la Constitución Española, al exigir dicho artículo informe favorable del Ministerio Fiscal para que el juez pudiera otorgar la guarda y custodia compartida cuando era únicamente solicitada por uno de los progenitores.

Los motivos que dicha Audiencia Provincial adujo fueron los siguientes:

- << La concesión al Ministerio Fiscal de esta facultad de veto en un área sometida a la potestad jurisdiccional es contraria al art. 117.3 CE, pues se trata de una facultad exorbitante, que interfiere, desde el poder ejecutivo, en la función primordial del poder judicial de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado y atenta contra su independencia, ya que sujeta la actuación judicial a los dictados del Ministerio público, sustrayendo a la jurisdicción este ámbito material sin posibilidad de revisión>>.

- <<Se aduce también que el precepto cuestionado es contrario a los arts. 14 y 39 CE y que carece de justificación exigir, en el caso de que no exista acuerdo entre los padres, un informe favorable del Fiscal para que el Juez pueda otorgar la custodia compartida y, en cambio, no exigirlo en el supuesto en el que los padres lo hayan pactado de común acuerdo>>.

- <<A juicio de la Sala, supeditar el examen de la idoneidad de la custodia compartida a que el Ministerio Fiscal se muestre favorable a ella no resulta razonable ni deriva de la función constitucional del Ministerio Fiscal. Exigencia que entiende contraria al derecho a la tutela judicial efectiva que consagra el art. 24.1 CE, pues condiciona el derecho de la parte que la solicita a obtener un pronunciamiento de fondo por parte del órgano judicial a un informe favorable del Ministerio público>>.

Respecto al primer motivo aducido por la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, el Pleno del Tribunal Constitucional refiere que el Ministerio Fiscal intervendrá preceptivamente en todos aquellos procesos de disolución del matrimonio en los que existan menores, como garante del interés de estos.

Por tanto, tal y como señala la Sentencia <<se desprende la especial vinculación del Ministerio Fiscal con los procesos de familia y con los intereses de los menores que en ellos se sustancian y la necesidad de su intervención cuando se estén ventilando cuestiones fundamentales para su desarrollo integral>>.

Sin embargo, el Pleno del Tribunal Constitucional, en base al artículo 117.3 de la Constitución Española y a que ninguna de las normas reguladoras del Ministerio Fiscal fijan la naturaleza de sus intervenciones, entiende que el Juez tiene capacidad para adoptar la decisión que estime conveniente en base a las circunstancias del caso concreto, aun cuando dicha decisión sea contraria al informe emitido por el Ministerio Fiscal.

Por lo que respecta al segundo y tercer motivo aducido por la Audiencia Provincial en su cuestión de inconstitucionalidad, el Pleno del Tribunal Constitucional señala que la guarda y custodia compartida es un modelo excepcional supeditado al acuerdo entre los progenitores, y no existiendo ese acuerdo únicamente podrá acordarse cuando <<hayan quedado acreditados los siguientes extremos: la petición de un progenitor, el informe favorable del Ministerio Fiscal y el beneficio del menor>>. Estableciéndose por tanto garantías, para que la ruptura de la autonomía de la voluntad de los progenitores se produzca únicamente en beneficio del interés del menor.

Por ello, teniéndose en cuenta que el informe del Ministerio Fiscal siempre es anterior al ejercicio de la potestad jurisdiccional, el Juez no habrá podido valorar las circunstancias concretas del caso, no pudiendo, en consecuencia, obrar a favor del interés del menor.

Es en base a este motivo, es por lo que el Pleno del Tribunal Constitucional dispone que:<<dicha decisión no puede quedar sometida al parecer único del Ministerio Fiscal, impidiéndose al órgano judicial valorar so pesadamente el resto de la prueba practicada>>¹⁷ y que por tanto se están quebrantado tanto los artículos 24, 39, como el artículo 117.3.

Por todo lo expuesto, es por lo que el Pleno del Tribunal Constitucional declara la inconstitucionalidad y nulidad del término <<favorable>> contenido en el artículo 92.8 del Código Civil. O lo que es lo mismo, que no era necesario el informe favorable del Ministerio Fiscal, para que el juez pudiera otorgar la guarda y custodia compartida, cuando no existiera acuerdo ente los progenitores.

¹⁷ En la sentencia 185/2012, de 17 de octubre de 2012 del Pleno del Tribunal Constitucional aún se habla de la excepcionalidad del modelo de guarda y custodia compartida, excepcionalidad que sería eliminada posteriormente por otras sentencias.

C) Sentencia 257/2013 de 29 de abril de 2013 del Tribunal Supremo, Sala 1ª.

Mediante esta Sentencia el Tribunal Supremo declara que la guarda y custodia compartida no es un modelo excepcional, y ello en cuanto que permite, no sólo proteger el interés del menor, sino que los hijos e hijas puedan relacionarse con ambos progenitores.

En este sentido el Tribunal Supremo declara que: <<el consiguiente mantenimiento de la potestad conjunta, resulta sin duda la mejor solución para el menor por cuanto le permite seguir relacionándose del modo más razonable con cada uno de sus progenitores, siempre que ello no sea perjudicial para el hijo, desde la idea de que no se trata de una medida excepcional, sino que al contrario, debe considerarse la más normal, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a mantener dicha relación>>.

A sí mismo como ya se ha indicado anteriormente, el Tribunal Supremo mediante la presente Sentencia dispone que el precepto 92 del Código Civil deberá ser valorado, siempre en defensa del interés del menor, sentando una serie de criterios para la valoración de dicho interés.

3.2 Informe sobre el Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio del Consejo General del Poder Judicial.

El Consejo General del Poder Judicial aprobó el 16 de septiembre del 2013 el informe sobre el Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio.

Este informe analiza el mencionado Anteproyecto de Ley. Se compone de cuatro artículos, si bien el artículo que nos interesa, desde el punto de vista del presente trabajo, es el primero y ello en cuanto que modifica el artículo 92 del Código Civil.

En el artículo primero del informe del Anteproyecto, el Consejo General del Poder Judicial hace dos consideraciones:

- <<En primer lugar debe señalarse que aunque el modelo de custodia compartida pase a ser regulado como una alternativa normal, ello no implica, necesariamente, que dicha modalidad deba alcanzar un grado de implantación equivalente o superior a la guardia y custodia monoparental>>.

El Consejo General del Poder judicial lo que declara, es que a pesar de las ventajas que el régimen de custodia compartida pueda tener, también presenta inconvenientes, por tanto no se debe prever como un sistema automático si no que deberá adoptarse siempre y cuando así lo exija el interés del menor. Es decir, la guardia y custodia compartida no es algo excepcional, pero tampoco supone que debe aplicarse en todos los casos, pues como ya se ha manifestado, el interés del menor es prioritario y este no será igual en todos los supuestos.

- << La segunda consideración atañe al sistema seguido por el Anteproyecto para la adopción de la guarda y custodia compartida [...] pues para que pueda adoptarse la fórmula compartida de guarda ya no será necesario que, al menos, uno de los progenitores así lo interese>>.

Dicha modificación choca con la jurisprudencia hasta este momento imperante que exige que al menos uno de los padres solicite la guardia y custodia compartida.

No obstante el Consejo General del Poder Judicial declara que: <<lo cierto es que desde la perspectiva abstracta del superior interés del menor no parece que deba desecharse la adopción de esa modalidad, por el simple hecho de que no exista acuerdo al respecto por parte de los padres>> y ello en cuanto que el modelo de

guarda y custodia compartida puede ser el más beneficio para el menor y por tanto sea el modelo que el juez deba adoptar en beneficio del interés de este.

Sin embargo y dado que el modelo de guarda y custodia compartida requiere de una gran cooperación entre los progenitores, resultaría algo incongruente otorgarla cuando ninguno de los progenitores la hubiera solicitado. Lo que lleva al Consejo General del Poder Judicial a plantear que: <<la modificación llevada a cabo en ese punto puede abocar que la guarda y custodia compartida sea fijada a modo de solución salomónica que, entendemos, no comportará ventaja o utilidad alguna respecto del criterio jurisprudencial imperante>>, por lo que entiende que esta cuestión planteada en el Anteproyecto de Ley no tiene ningún sentido pues alteraría la línea que la jurisprudencia ha ido sentando hasta ese momento.

No obstante en cualquier caso lo que siempre primará será el interés del menor, por lo que cuando la guarda y custodia compartida sea el único sistema que garantice el interés del menor, esta cuestión será útil y ventajosa.

Por último, destacar que el Anteproyecto establece un número de requisitos que el Juez deberá tener en consideración a la hora de adoptar su decisión, siendo estos los siguientes:

- <<1. Edad, opinión, arraigo social, familiar y escolar del menor.
2. Tipo de relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos.
3. Aptitud, voluntad e implicación de los progenitores para asumir los deberes y respetar los derechos del otro, así como la predisposición a cooperar para garantizar la relación con ambos progenitores.

4. Posibilidades de conciliación de la vida familiar y laboral de los padres.

5. Ubicación de las residencias habituales de los padres.

6. Estructuras de apoyo a los respectivos ámbitos de los padres.

7. Número de hijos.

8. Cualquier otra circunstancia concurrente en los padres e hijos, que sea de especial relevancia para el régimen de convivencia>>.

Lo que es valorado positivamente desde el Consejo General del Poder Judicial es el establecimiento de los requisitos referenciados, pues como ya se ha manifestado anteriormente, el único criterio que se otorga al Juez por el Código Civil para decidir si otorga la guarda y custodia compartida o no, al margen de lo que se ha venido estableciendo por la jurisprudencia, era la defensa del interés del menor, un criterio especialmente amplio que podría conllevar inconvenientes.

III.LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA EN EL CÓDIGO DE DERECHO FORAL DE ARAGÓN.

1. LEY 2/2010 DE 26 DE MAYO DE IGUALDAD EN LAS RELACIONES FAMILIARES ANTE LA RUPTURA DE LA CONVIVENCIA ENTRE LOS PADRES.

Aragón fue la primera Comunidad Autónoma española que regulo el régimen de custodia compartida, y lo hizo mediante la Ley 2/2010 de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia entre los padres de 26 de mayo de 2010.

La aprobación de la mencionada Ley fue consecuencia no sólo del mandato establecido por el artículo 39 de la Constitución Española, sino también por la obligación que el artículo 24 del Estatuto de Autonomía de Aragón, imponía a los poderes públicos aragoneses para la adopción de políticas que garantizaran la protección de las relaciones familiares y la defensa del interés del menor.

La Ley que posteriormente fue refundida en el Código de Derecho Foral de Aragón, contaba con diez artículos, dos disposiciones transitorias, cuatro adicionales, una derogatoria y tres finales.

Fue el Decreto Legislativo 1/2011 de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón que aprobó el Código de Derecho Foral de Aragón, el que refundió junto con otra ley aragonesa la Ley 2/2010 de 26 de mayo de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia entre los progenitores.

El Código de Derecho Foral de Aragón mantuvo todo el articulado de la Ley 2/2010 de 26 de mayo, siendo recogido el mismo en la Sección 3ª (arts. 75 a 84) con el siguiente epígrafe: <<efectos de la ruptura de la convivencia de los progenitores con los hijos a cargo>> que a su vez se dividía en cinco subsecciones con los siguientes títulos:

Subsección primera: Disposiciones generales.

Subsección segunda: El pacto de relaciones familiares.

Subsección tercera: Mediación Familiar.

Subsección cuarta: Medidas de aplicación en defecto de pacto de relaciones familiares.

Subsección quinta: Medidas Provisionales.

De toda la Sección Tercera en estos momentos vamos a dedicarnos en exclusiva al estudio de la subsección cuarta, y más concretamente el artículo 80 que es el que regula la <<guarda y custodia de los hijos>>.

2. ARTÍCULO 80 DEL CODIGO DEL DERECHO FORAL DE ARAGÓN.

El artículo 80 que regula la <<guarda y custodia de los hijos>> forma parte de la Sección Tercera dedicada a los <<efectos de la ruptura de la convivencia de los padres a cargo>>, del Capítulo II, regulador del <<deber de crianza y autoridad familiar>>, del Título II <<de las relaciones entre ascendientes y descendientes>> del Libro Primero del <<derecho de la persona>>, del Código del Derecho Foral de Aragón.

El artículo 80 del CDFA está basado, al igual que ocurría con la guarda y custodia regulada en el Código Civil, en el principio del <<interés del menor>> y el <<derecho de los progenitores a relacionarse con sus hijos en situación de igualdad>>, tal y como se recoge en el propio apartado 10 del Preámbulo del CDFA.

El mencionado artículo 80 se encuentra dividido en cinco apartados, que a continuación pasaremos a analizar.

2.1 Apartado 1 del Artículo 80¹⁸.

El apartado primero del artículo 80 del CDFA se encuentra dividido en tres párrafos totalmente diferenciados.

El primer párrafo regula la posibilidad de que sean los progenitores los que ante un supuesto de ruptura de la convivencia, soliciten al Juez que resuelva sobre la forma de ejercer la custodia de los hijos o hijas menores o incapacitados, siendo esta:

- de forma compartida <<guarda y custodia compartida>> o.
- por uno sólo de ellos <<guarda y custodia unilateral o exclusiva".

La solicitud de la forma de ejercer la guarda y custodia cuando la pareja ha sufrido una ruptura, podrá realizarse de dos formas:

Por uno de los progenitores por separado.

Ambos de común acuerdo.

Cuando sea sólo uno de los progenitores el que solicite la forma en que debe ejercerse la guarda y custodia de sus hijos o hijas menores o incapacitados, será debido a que no ha existido acuerdo previo entre estos, debiendo solicitarse el << auxilio judicial>> mediante la interposición de un procedimiento judicial contencioso, iniciado con una demanda, la cual, tal y como se desprende del propio artículo 80.3 del CDFA deberá ir siempre acompañada por el plan de relaciones familiares (en la legislación estatal <<convenio regulador>>), obligación establecida en el artículo 77 del CDFA. Plan de relaciones familiares que deberá contener entre otros extremos, el régimen de convivencia o de visitas con los hijos (art. 77.2.) CDFA .Es de destacar que en dicho artículo no se utiliza el término guarda y custodia.

¹⁸ Art. 80.1: <<Cada uno de los progenitores por separado, o ambos de común acuerdo, podrán solicitar al Juez que la guarda y custodia de los hijos menores o incapacitados sea ejercida de forma compartida por ambos o por uno solo de ellos.

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

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

Para el supuesto de que ambos progenitores estuvieran de acuerdo en la regulación de los efectos que su ruptura de convivencia va a tener tanto en el ámbito económico como en la relación con sus hijos o hijas menores o incapacitados, el procedimiento judicial se iniciará bien de mutuo acuerdo o a petición de uno de los cónyuges o miembros de la pareja con el consentimiento del otro.

En estos supuestos <<amistosos>>, también la demanda deberá ir acompañada, tal y como ya se ha expuesto para el supuesto contencioso, del plan de relaciones familiares en el que se establecerá el régimen de convivencia o visitas de los hijos tras la ruptura de la convivencia.

En el plan de relaciones familiares a presentar con la demanda, ya sea esta de mutuo acuerdo o contenciosa se deberá establecer, como ya se ha expuesto con anterioridad, la forma en que tras la ruptura se va a ejercer el régimen de convivencia o de visitas con los padres, siendo esta compartida por ambos progenitores o en exclusiva.

Tal y como se ha podido apreciar desde la práctica habitual en los tribunales, el hecho de que la demanda sea interpuesta de mutuo acuerdo, no significa que el plan de relaciones familiares que se haya acordado contemple la solicitud de la guarda y custodia compartida, pues existen casos en los que son los propios progenitores los que consideran, en interés de sus hijos e hijas y debido a distintas circunstancias familiares (económicas, laborales, personales, etc.), que lo más adecuado es el ejercicio de la guarda y custodia de forma unilateral o exclusiva por uno de los progenitores.

Sin embargo, sí que se ha podido apreciar, cómo tras la entrada en vigor de la Ley 2/2010 de 26 de mayo, refundida posteriormente en el CDFR, casi todas las demandas que se han interpuesto de forma contenciosa, en un numeroso porcentaje por los padres, tras la ruptura de la convivencia, contenían la solicitud de que la guarda y custodia de los menores o incapacitados fueran ejercida de forma compartida por ambos progenitores.

Con independencia de que exista acuerdo entre los progenitores para ejercer la guarda y custodia de los hijos e hijas tras la ruptura, ya sea de una

forma unilateral o exclusiva por uno de los progenitores o de forma compartida por los dos, ello no significa que el Juez acceda directamente a su concesión, si no que este deberá apreciar siempre la conveniencia de una forma u otra de ejercerse la guarda y custodia por los progenitores y ello siempre en interés del menor, por lo que los acuerdos establecidos entre estos, nunca serán vinculantes para el Juez.

El plan de relaciones familiares aportado con la demanda, ya sea esta contenciosa o de mutuo acuerdo entre los progenitores, deberá contener, tal y como ya sea expuesto, el régimen de convivencia o de visitas con los hijos, es decir el régimen de guarda y custodia de los menores tras la ruptura, tal y como se dispone en el artículo 77.2 a) del CDFFA.

En los párrafos 2º y 3º del apartado primero del art. 80 se establece diferencia en cuanto a las relaciones de los progenitores con los hijos, según la guarda y custodia sea ejercida de forma compartida o individual.

En los supuestos de custodia compartida, tanto solicitada por ambos progenitores de mutuo acuerdo o por uno sólo de ellos, se deberá fijar, ya sea en el pacto de relaciones familiares o bien por el Juez, el régimen de convivencia de cada uno de los padres con los hijos e hijas.

El régimen de convivencia deberá estar adaptado a las circunstancias de la situación familiar, lo que supondrá que no sólo a la hora de fijarlo se tendrán en cuenta las circunstancias personales, laborales, económicas, etc., de los progenitores, sino de los propios hijos e hijas.

Este régimen de convivencia será el que regule los periodos en que los hijos e hijas deben estar con cada uno de los progenitores, pudiendo establecerse periodos distintos: semanales, quincenales, mensuales, trimestrales, semestrales, etc., teniendo en cuenta, tal y como ya nos hemos referido con anterioridad, las distintas circunstancias personales, económica, laborales, etc. de los progenitores, pero sobre todo primando el interés del menor, lo que supondrá que si un régimen de convivencia se ha establecido en contra del este, por mucho que haya sido pactado de mutuo acuerdo por los progenitores, el Ministerio Fiscal que es el que vela por los intereses del

menor, no dará el visto bueno a dicho régimen y por supuesto el Juez no lo aprobará.

Además de que el régimen de convivencia debe cumplir el requisito de adaptarse a las circunstancias de la situación familiar, debe cumplir igualmente y según lo dispuesto en el artículo 80.1.2, otro requisito, que es el de: << garantizar a ambos progenitores el ejercicio de sus derechos y obligaciones en situación de igualdad>>.

Este requisito, tal y como se recoge en el apartado 10 del Preámbulo del CDFFA es un <<derecho esencial de los progenitores>>; derecho basado en el principio de igualdad consagrado en el artículo 14 de nuestra Carta Magna y que también, tal y como ya se ha expuesto en apartados anteriores del presente estudio, fue recogido por la Ley 15/2005 de 8 de julio por la que se modificó el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio.

La palabra <<igualdad>> en este ámbito no tiene por qué significar que cada uno de los progenitores va a convivir con sus hijos el mismo periodo de tiempo. En ocasiones y según la situación familiar, sí que será así, pero en otras situaciones no. Lo que realmente se busca con la situación de igualdad es la corresponsabilidad parental, (principio relacionado con el de igualdad) que tal y como ya se expuso con anterioridad cuando nos referimos a la guarda y custodia compartida en el Código Civil, supone el reparto equitativo de los derechos y deberes de los progenitores con los hijos e hijas.

Lo que trata el CDFFA, al igual que trataba la Ley 15/2005 de 8 de julio, era evitar prejuicios a favor de un progenitor u otro (sobre todo a favor de la madre) como se venía haciendo con anterioridad, y considerar a ambos en igualdad de condiciones para ejercer sus derechos y sus obligaciones con los hijos.

En los supuestos de custodia individual, ya sea fijada de mutuo acuerdo por los dos progenitores o por decisión judicial, tal y como se establece en el art. 80.1.3 del CDFFA, deberá << fijarse un régimen de comunicación,

estancias o visitas con el otro progenitor que garantice el ejercicio de las funciones propias de la autoridad familiar>>.

Este párrafo del art. 80 se está refiriendo no sólo cuando la custodia individual ha sido otorgada por el Juez, sino cuando de mutuo acuerdo así lo han pactado los progenitores, y ello en cuanto que el progenitor que no conviva habitualmente con los hijos e hijas deberá gozar de periodos de estancia con los mismos. Periodos dedicados a que el progenitor no custodio pueda ejercer sus derechos y sus deberes y no sea un mero <<visitador>> de sus hijos.

2.2 Apartado 2 del artículo 80¹⁹.

Se podría definir este apartado segundo, como el estrella del artículo 80 y ello en cuanto que es el mismo el que regula la adopción de la guarda y custodia compartida con carácter preferente, frente a la guarda y custodia exclusiva o individual. Siendo tal y como ya se ha explicado con anterioridad pionero tanto frente a la legislación estatal como a la autonómica.

El Juez de Familia, cuando no exista acuerdo entre las partes por la forma de ejercer la custodia de los hijos e hijas ante una situación de ruptura, (ejem. La madre solicita la guarda y custodia individual para ella y el padre la guarda y custodia compartida) deberá adoptar de forma preferente la guarda y custodia compartida.

Pero para que el Juez adopte esta decisión, es necesario que se cumpla de nuevo, uno de los principios fundamentales de la guarda y

¹⁹ 80.2: <<El Juez adoptará de forma preferente la custodia compartida en interés de los hijos menores, salvo que la custodia individual sea más conveniente, teniendo en cuenta el plan de relaciones familiares que deberá presentar cada uno de los progenitores y atendiendo, además, a los siguientes factores:

- 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>>.

custodia de los menores, como es el <<interés del menor>>, llegando incluso, y pese a establecerse como preferente la guarda y custodia compartida, a otorgarse la guarda y custodia de forma individual, debiendo para tal supuesto motivar dicha decisión, debiendo tenerse en cuenta el plan de relaciones familiares que cada uno de los progenitores deberá presentar junto con la demanda, tal y como ya se expuso por esta parte al analizar el párrafo 1º del artículo 80.

Pero el Juez, además de atender al interés del menor y tener en cuenta los planes de relaciones familiares propuestos por los progenitores, a la hora de otorgar la guarda y custodia compartida, deberá tener en cuenta otros factores, que aparecen regulados en este mismo párrafo segundo.

De estos factores destacaremos, por su diferencia con la Ley 15/2005 de 8 de julio por la que se modificaba el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil, el factor relativo a: <<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>> y ello en cuanto que con la reforma del Código Civil desapareció de este, la referencia a los mayores de 12 años, no estableciéndose edad alguna como obligatoria para que los menores fueran oídos por el Juez, tal y como se dispone en el artículo 92.6 del propio C.C., fijándose únicamente el requisito de oír a los menores cuando estos tuviesen suficiente juicio, tal y como se recoge en este mismo apartado del art. 80 del CDFA. La referencia que en este apartado se hace al considerar la opinión de los hijos siempre que tengan suficiente juicio, a la hora de que el Juez decida si se concede la guarda y custodia compartida o no, tiene su antecedente en los artículos 6 y 76 del propio CDFA.

En el CDFA se establece como edad obligatoria para que los menores sean oídos la de doce años, la edad que con anterioridad a la reforma se establecía en el Código Civil, y la de los menores que sean a su vez mayores de catorce años, y ello en virtud de la capacidad de obrar que el Derecho aragonés concede a los menores con esta edad, tal y como se recoge en el propio art. 23 del CDFA.

Los factores que el Juez debe tener en cuenta a la hora de otorgar la guarda y custodia compartida, que aparecen regulados en el presente apartado, no son únicos ni exclusivos, sino que el Juez podrá tener en consideración cualquier otro factor que pudiese considerar importante para motivar su decisión, y así se recoge en el propio apartado f del artículo 80.1.2, del CDA disponiéndose que por parte del Juez se podrán tener en consideración además de todos los factores referenciados, cualquier otro de especial relevancia para el régimen de convivencia, que en la mayoría de las ocasiones vendrá determinado por el caso concreto.

2.3 Apartado 3 del artículo 80²⁰.

Además de los factores que el Juez puede tener en consideración a la hora de conceder la guarda y custodia compartida y que aparecían expuestos en el apartado anterior del artículo 80, este, además en virtud de lo establecido en apartado que ahora analizamos, podrá servirse de otros datos objetivos, como informes de profesionales cualificados e independientes (médicos, trabajadores sociales, educadores, psicólogos, psiquiatras, profesores, etc.), para determinar si la guarda y custodia compartida es más idónea o por el contrario si lo es la guarda y custodia unilateral o exclusiva, informes que podrán ser solicitados de oficio por el propio Juez o a instancia de alguno de los progenitores.

El Juez no viene obligado a recabar estos informes, puesto que si considera que con las pruebas que los progenitores les han proporcionado el régimen más adecuado es el de guarda y custodia compartida, esté será el que fije, y así viene establecido en el propio apartado, cuando se dice que el Juez <<podrá>>, partiendo además el espíritu del propio apartado 2º del artículo 80, que establece como preferente el régimen de custodia compartida.

²⁰ 80.3: << Antes de adoptar su decisión, el Juez podrá, de oficio o a instancia de parte, recabar informes médicos, sociales o psicológicos de especialistas debidamente cualificados e independientes, relativos a la idoneidad del modo de ejercicio de la autoridad familiar y del régimen de custodia de las personas menores>>.

De nuevo en este aspecto el CDFA es más avanzado y ha tratado de dar mayor libertad al Juez a la hora de conceder la guarda y custodia compartida, que el C.C., pues mientras que el CDFA, y más concretamente en el presente artículo se establece como potestad del Juez el recabar los informes de profesionales, en el artículo 92.6 del C.C. se establece como obligación, al utilizarse la palabra <<deberá>>.

Como posteriormente analizaremos cuando tratemos la jurisprudencia del TSJA desde la entrada en vigor de la Ley 2/2010 de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia entre los padres de 26 de mayo, se han dictado Sentencias a favor de la concesión del régimen de guarda y custodia compartida, sin la existencia de informes de profesionales, y no sólo porque el juez no haya considerado necesario los mismos, sino que han sido las partes los que tampoco los han solicitado o aportado al procedimiento.

2.4 Apartado 4 del artículo 80²¹.

El apartado 4º del artículo 80 recoge lo dispuesto en el artículo 92.5 del C.C, para los supuestos en que el matrimonio o unión de hecho tenga más de un hijo y se haya solicitado la guarda y custodia compartida, de todos los hijos o sólo de uno.

Son supuestos muy excepcionales, pero que el CDFA lo contempla, al igual que se hace en el CC, pero de una manera más residual, puesto que mientras el CC utiliza las siguientes palabras <<procurando no separar a los hermanos, el CDFA es mucho más contundente al manifestar: <<no se adoptarán soluciones que supongan la separación de los hermanos>>, y ello en cuanto que la concesión de ese régimen de guarda y custodia compartida, que la doctrina llama <<partida>> únicamente se deberá conceder u otorgar muy excepcionalmente. (ejem. cuando los hermanos no tengan una buena relación entre sí que les haga imposible vivir juntos, en este caso la custodia

²¹ 80.4: <<Salvo circunstancias que lo justifiquen específicamente, no se adoptarán soluciones que supongan la separación de los hermanos>>.

compartida sería alterna, o cuando uno de los hijos tenga total animadversión a uno de los progenitores, en este supuesto estaríamos ante una guarda y custodia partida).

Es destacable, que al igual que ocurría en el C.C., en el CDFA no se establecen cuáles pueden ser las causas a tener en cuenta para que el Juez pueda adoptar la decisión de separar a los hermanos, por lo que habrá que estar, como en muchas otras ocasiones a lo que vaya estableciéndose por la jurisprudencia.

2.5 Apartado 5 del artículo 80²².

En este apartado 5º del artículo 80 se refrenda la adopción de la guarda y custodia compartida como preferente frente a cualquiera otra, siendo de nuevo el legislador aragonés más progresista que el nacional pues por el primero se sigue manteniendo la guarda y custodia compartida como preferente, aún en el supuesto de que uno de los progenitores no esté de acuerdo y trate de que le sea concedido al mismo la guarda y custodia individual o con carácter exclusivo, mientras que el segundo, tal y como ya se explicó en el apartado dedicado al C.C., legisla estableciéndose que sólo se podrá conceder la guarda y custodia compartida cuando así lo soliciten ambos progenitores, descartándose dicha posibilidad desde el momento en que uno de los padres solicite el ejercicio de la guarda y custodia en exclusiva.

En el presente apartado de nuevo se recoge uno de los principios fundamentales que deben regir la guarda y custodia compartida, que es el del <<interés del menor>>, poniéndose de manifiesto que sólo tendrá preferencia la guarda y custodia a favor únicamente de uno de los progenitores, cuando tal petición este fundamentada en interés del menor.

²² 80.5:<< La objeción a la custodia compartida de uno de los progenitores que trate de obtener la custodia individual, no será base suficiente para considerar que la custodia compartida no coincide con el mejor interés del menor>>.

2.6 Apartado 6 artículo 80²³.

El apartado 6º del artículo 80 del CDFFA regula la prohibición de atribuir la guarda y custodia a aquel progenitor que se encontrara 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.

La prohibición establecida en este apartado no solo se refiere a la imposibilidad de concederse la guarda y custodia compartida, sino que alcanza igualmente a la guarda y custodia individual, lo que ha supuesto un avance del CDFFA respecto del CC, pues este en su art. 92.7 regula únicamente este tipo de prohibición para la concesión de la guarda y custodia <<conjunta>>, no refiriéndose a la unilateral o exclusiva.

Pero a pesar de que el CDFFA a través de este apartado es más restrictivo que el Código Civil al prohibir la concesión de la guarda y custodia tanto compartida, como individual, sin embargo es mucho más garantista que el CC, pues en el presente el art. 80.6 del CDFFA exige que se haya dictado resolución jurídica motivada en la que se constaten indicios fundados de criminalidad, resolución que no se exige en el art. 92.7 del C.C.

La obligatoriedad de la resolución motivada supone una mayor garantía, pues ninguno de progenitores, ya sea la madre o padre podrá ser privado de poder ejercer la guarda y custodia de sus hijos o hijas por una denuncia o querrela, sino existe la resolución motivada que se exige en el artículo, tratándose de evitar que se utilicen las denuncias o querellas para conseguir el privar a uno de los progenitores de que le pueda ser concedida la guarda y custodia de sus hijos e hijas.

²³ 80.6: <<No procederá la atribución de la guarda y custodia a uno de los progenitores, ni individual ni compartida, 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, y se haya dictado resolución judicial motivada en la que se constaten indicios fundados y racionales de criminalidad. Tampoco procederá cuando el Juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género>>.

Al igual que el C.C, el artículo 80.6 del CDFA establece la prohibición también cuando, pese a que el progenitor no se encuentre incurso en un proceso penal de los recogidos en dicho artículo, el Juez, de las alegaciones que las partes puedan hacer en el procedimiento, o de la pruebas presentadas por las mismas, pueda apreciar la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género.

En relación a este apartado hay que hacer referencia a que ha sido la propia jurisprudencia la que ha ido limitando los casos en los que se debía aplicar esta prohibición, quedando fuera cuando el progenitor haya sido condenado por juicio de faltas derivado de una denuncia interpuesta por el otro progenitor, tal y como analizaremos a continuación.

3. ANALISIS JURISPRUDENCIAL.

3.1 Sentencias de mayor relevancia.

Ha sido el Tribunal Superior de Justicia de Aragón el que a través de las Sentencias dictadas por el mismo frente a los recursos de casación interpuestos contra las sentencias dictadas por la Audiencia Provincial de Zaragoza, el que ha ido interpretando y por tanto desarrollando el artículo 80 del CDFA en materia de guarda y custodia compartida.

Así es de destacar la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón 4/2012 de 1 de febrero de 2012²⁴ donde se fijan los criterios de interpretación del artículo 80 del Código de Derecho Foral de Aragón y los principios fundamentales en los que debe estar basada la guarda y custodia compartida, estableciéndose los siguientes:

<<En sentencias de esta Sala dictadas en aplicación de la Ley 2/2010, cuyos preceptos han sido incorporados al Código de Derecho Foral de

²⁴ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón 4/2012 de 1 de febrero de 2012 Roj: STSJ AR 108/2012 Id Cendoj: 50297310012012100004 N° de Recurso: 24/2011.

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 del Código (Sentencias citadas y la 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 conveniencia 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>>.

Dicha preferencia por el régimen de guarda y custodia compartida, se fundamenta tal y como señala la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón 41/2013 de 30 de septiembre²⁵, en que <<el legislador entiende como más beneficioso para el interés prioritario del menor dicho sistema, en el que el padre y madre se involucran en el ejercicio de la autoridad familiar, guarda y educación del menor>>.

En este sentido, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón 44/2013 de 9 de octubre de 2013²⁶, conforme a lo dispuesto en el Preámbulo de la Ley 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres, señala que << siempre que el padre y la madre estén capacitados para el ejercicio de las facultades necesarias, la prueba deberá ser dirigida a acreditar que la custodia individual es la más conveniente y solo entonces se otorgará>>. Esta Sentencia es un claro ejemplo de la preferencia existente en la jurisprudencia del Tribunal Superior de justicia de Aragón por la guarda y custodia compartida, ya que basta con que los padres estén capacitados para el cuidado y educación de los menores, para que se presuponga que el modelo de guarda y custodia compartida es el más beneficioso para los menores.

Lo que queda claro de la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón es que la interpretación del artículo 80 del Código Foral de Aragón gira en torno al interés del menor.

No obstante, a pesar de que el Tribunal Superior de Justicia de Aragón, fundamente sus sentencias, en la preferencia por la guarda y custodia compartida, tal y como se dispone en la Sentencia 15/2013 de 11 de marzo de 2013²⁷: <<la preferencia de la custodia compartida no excluye la necesaria valoración en cada supuesto concreto de las distintas

25 Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón 41/2013 de 30 de septiembre de 2014 Roj: STSJ AR 1631/2013 Id Cendoj: 50297310012013100044 N° de Recurso: 26/2013

26 Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón 44/2013 de 9 de octubre de 2013 Roj: STSJ AR1628/2013 Id Cendoj: 50297310012013100041 N° de Recurso: 19/2013

27 Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón 15/2013 de 11 de marzo de 2013 Roj: STSJ AR 11/2013 Id Cendoj: 50297310012013100011 N° de Recurso: 53/2012

circunstancias concurrente para llegar, en su caso, a concluir, con base en la posible excepción que prevé el artículo 80 CDFIA, que la custodia individual pueda ser preferible>>. Es por tanto necesario la valoración de las circunstancias concretas de cada caso, para poder otorgar el ejercicio de la guarda y custodia compartida, pues a pesar de la preferencia por esta, la guarda y custodia individual puede resultar en el caso concreto más beneficiosa para el interés del menor.

Como hemos visto, la guarda y custodia compartida puede ser otorgada o denegada en base a la prueba practicada y a la opinión de los hijos e hijas menores, siempre y cuando estos tengan juicio suficiente. A modo de ejemplo cabe destacar dos resoluciones en las que esta guarda y custodia compartida es otorgada y denegada, en base a dichos criterios.

La primera de ellas es la Sentencia de 8 de febrero de 2012 del Tribunal Superior de Justicia de Aragón²⁸, en la que en base a los informes psicológicos y psicosociales << se concluye que la custodia individual de la madre es el régimen más beneficioso para las menores>>.

Dicha Sentencia dispone que << la sentencia de apelación hace una valoración de los aspectos más relevantes recogidos de dicho informe psicosocial>>, y que son entre otros el trabajo a turnos del padre, la jornada laboral reducida de la madre, la falta de costumbre e iniciativa del padre en los cuidados básicos de sus hijas...

En dicha Sentencia de apelación se dispone que: <<este carece no solo de la costumbre e iniciativa precisas para afrontar los cuidados básicos de sus hijas [...], sino, y además de la disponibilidad horaria necesaria por razones laborales para procurar esos cuidados>>.

28 Sentencia del tribunal Superior de Justicia de Aragón 5/2012 de 8 de febrero de 2012 Roj: STSJ AR 175/2012 Id Cendoj: 50297310012012100005 N° de Recurso 27/201.

En cambio, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón 4/2014 de 16 de enero de 2014²⁹ aprecia como favorable la guarda y custodia compartida en base al informe psicológico, sin tener en cuenta la opinión de los menores pues tal y como señala la sentencia <<la opinión de los menores [...], si bien es un elemento de especial relevancia a considerar, no ha de ser decisiva al menos cuando se trate de niños de corta edad>>.

En el informe psicológico se pone de manifiesto que el modelo de guarda y custodia compartida es el más favorable, señalando la buena relación afectiva tanto con la madre como con el padre, así como cierta necesidad de los menores a pasar mayor tiempo con su padre.

Como se ha indicado, el Tribunal Superior de Justicia de Aragón, en este caso concreto, no tiene en cuenta la opinión de los menores, ya que, a pesar de que estos quisieron volver al régimen anterior, es decir a la guarda y custodia individual, al ser los menores muy pequeños, la opinión de estos no fue decisiva, pues los mismos no justificaban de forma <<racional y adecuada>> dicho deseo.

Por lo que respecta a la motivación de la decisión adoptada, el Tribunal Superior de Justicia de Aragón, en la Sentencia de 15 de noviembre de 2013³⁰ dispone que: << la motivación de las sentencias consiste en la exteriorización del conjunto de razonamientos de hecho y de derecho que justifican un determinado fallo>>. En esta Sentencia el Tribunal Superior de Justicia de Aragón nos ofrece una definición de lo que se debe entender por motivación o justificación de la decisión adoptada.

La definición de lo que se debe entender por motivación de la decisión adoptada ya había sido fijada con anterioridad por el Tribunal Supremo en la

²⁹ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón 4/2014 de 16 de enero de 2014 Roj: STSJ AR 18/2014 Id Cendoj: 50297310012014100002 N° de Recurso 38/2013

³⁰ Sentencia del Tribunal Superior de justicia de Aragón 48/2013 de 15 de noviembre de 2012 Roj: STSJ AR 1632/2013 Id Cendoj: 50297310012013100045 N° de recurso 34/2013

Sentencia 744/2011, de 10 de octubre³¹, disponiéndose que es: <<la valoración de los distintos medios de prueba, las cuales constituyen premisas de carácter epistemológico o jurídico-institucional a las que debe ajustarse la operación lógica de enjuiciamiento necesaria para la resolución del asunto planteado, cuyo examen solo cabe someterse al tribunal de casación, al amparo del artículo 469.1.4.º LEC>>.

Es por tanto por lo que esta motivación cumple una doble función: << garantizar la ausencia de arbitrariedad y de posibilitar el control de la aplicación razonada de las normas que se consideran adecuadas al caso, a las que suele añadirse la de convencer a las partes de la corrección de la decisión que se adopta>> (Sentencia de 15 de noviembre de 2013 Tribunal Superior de Justicia de Aragón).

El Tribunal Constitucional en la Sentencia de 11 de febrero de 1997 dispone: << la motivación de las resoluciones judiciales constituye en efecto, una exigencia constitucional que, [...] se integra dentro del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24.1 CE>>, no es por tanto únicamente una exigencia legal, sino que también queda englobada, esta motivación, en un derecho constitucional.

Por otra parte, el Tribunal Constitucional en dicha Sentencia señala, en relación a lo que debe entenderse por motivación suficiente que <<deben considerarse suficientemente motivadas aquellas resoluciones judiciales que vengán apoyadas en razones que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales fundamentadores de la decisión>>. Es por tanto que la motivación de una decisión no está reñida con la brevedad y concisión de esta, ya que una decisión breve puede responder a todas las cuestiones planteadas en el caso.

³¹ Sentencia del Tribunal Supremo 744/2011 de 10 octubre de 2011 Roj: STS 6995/2011 Id Cendoj: 28079110012011100706 N° de Recurso: 1331/2008.

El Tribunal Superior de Justicia hace suya esta doctrina, y dispone que << la motivación debe expresar los elementos y las razones del juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales que fundamentan la decisión, o lo que es lo mismo, que su “ratio decidendi” sea consecuencia de una exegesis racional del ordenamiento jurídico y no fruto de la arbitrariedad>> (Sentencia de 15 de noviembre de 2013 Tribunal Superior de Justicia de Aragón).

Resulta evidente que con la motivación se trata de evitar la arbitrariedad de los jueces y tribunales, para garantizar así el derecho a la tutela judicial efectiva.

Por último señalar, tal y como indica el Tribunal Superior de Justicia de Aragón, que: << el juicio de suficiencia hay que realizarlo atendiendo no solo al contenido de la resolución judicial considerada en sí misma, sino también dentro del contexto global del proceso, atendiendo al conjunto de actuaciones y decisiones que, precediéndola, han conformado el debate procesal>>. (Sentencia de 15 de noviembre de 2013 Tribunal Superior de Justicia de Aragón), es decir, se deberán valorar también las circunstancias concretas del caso, tanto aquellas presentes en la resolución recurrida como las que hayan estado presentes a lo largo del proceso.

No sólo el Tribunal Superior de Justicia de Aragón ha ido desarrollando el artículo 80, en cuanto al principio fundamental del interés del menor, de la necesidad de oír a los menores, de la motivación de las decisiones a la hora de conceder la guarda y custodia de los menores, etc., tal y como se ha analizado, sino que incluso se ha manifestado en relación a la prohibición establecida en el artículo 80.6 del CDFA, así la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 8 de febrero de 2012 que dispone que: <<la sentencia de primera instancia atribuye la custodia de las dos hijas a la esposa argumentando lo siguiente: “ [...] existiendo procedimiento penal abierto entre las partes, queda vedada cualquier posibilidad de custodia compartida entre ambos progenitores y ello conforme al artículo 92 del

Código Civil y artículo 6 de la Ley de Igualdad en las Relaciones Familiares ante la Ruptura de la Convivencia de los padres>>.

Sin embargo dicha sentencia confirmó lo dispuesto por la Audiencia provincial de Zaragoza que mediante Sentencia de 28 de junio de 2011 consideró que el haber sido condenado el padre por el Juzgado de Violencia sobre la Mujer número Uno de Zaragoza por una falta de vejaciones a la pena de cuatro días de localización permanente en su domicilio, no entrañaba << a la vista de la normalización operada en la relación de los litigantes, el obstáculo contemplado en el artículo 6.6 de la Ley 2/2010>>. Es decir, dicha condena no era causa de prohibición para haberse otorgado la guarda y custodia compartida.

IV. CONCLUSIONES.

La guarda y custodia desde la Ley de Matrimonio Civil de 1870 hasta el Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio ha sufrido una gran evolución.

El criterio imperante para la atribución de la guarda y custodia hasta la entrada en vigor de la Ley 30/1981 de 7 de julio por la que se modifica el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio era el de la culpabilidad o inocencia en la ruptura del matrimonio, sin tener en cuenta en absoluto el interés superior del menor, lo que suponía en muchos casos un grave perjuicio para el mismo.

Fue con la entrada en vigor de la Ley 30/ 1081 de 7 de julio por la que se modifica en Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil cuando ya no se tiene en cuenta el criterio de culpabilidad o inocencia en la ruptura del matrimonio para otorgar la guarda y custodia a uno u otro de los progenitores, sino que lo que prima por encima de cualquier otro criterio es el del interés superior del menor; interés del menor que tuvo amplia regulación con la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor, que conllevó una importante reforma del Código Civil.

El <<interés del menor>>, tal y como se ha explicado en el presente trabajo es un concepto jurídico indeterminado y abstracto, lo que nos lleva a que el mismo tenga que ser valorado por el Juez, de forma concreta y caso por caso, ya que como es evidente el interés del menor no será igual en todos los supuestos.

A pesar de no disponerse de una definición en los textos legales del significado de <<guarda y custodia>> se ha entendido esta, como el aspecto personal e inmediato del cuidado del menor, es decir a los aspectos del día a día de la convivencia con el mismo.

Dicha guarda y custodia puede ser otorgada a uno u ambos progenitores, lo que nos lleva a diferenciar entre la guarda y custodia unilateral o exclusiva y la guarda y custodia compartida.

Ha sido la guarda y custodia compartida el modelo analizado en profundidad en este trabajo.

La guarda y custodia compartida está basada en la igualdad de los progenitores respecto a los derechos y obligaciones que estos tienen para con sus hijos e hijas, suponiendo así un reparto equilibrado de la convivencia, constituyendo por tanto la guarda y custodia compartida no sólo un derecho para los progenitores, sino también para los hijos e hijas habidos en el matrimonio o uniones de hecho.

Como hemos podido apreciar, el ejercicio de la guarda y custodia compartida presenta tanto ventajas como inconvenientes, si bien ha resultado evidente como la jurisprudencia ha considerado que este modelo de ejercicio de la guarda y custodia presenta un mayor número de aspectos positivos, especialmente para los hijos e hijas, y ello en cuanto que estos van a poder ser educados y cuidados en un plano de igualdad por ambos progenitores.

Es la ley 15/2005 de 8 de julio por la que se modifica el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio la que, con la reforma del artículo 92 del Código Civil, permita en situaciones de separación, nulidad o divorcio el ejercicio compartido de la guarda y custodia.

Dicho artículo prevé que la guarda y custodia compartida sea otorgada a petición de ambos progenitores, o que sea el propio Juez el que en virtud del interés del menor y sin acuerdo de los progenitores, decida otorgar dicho modelo de guarda y custodia.

Es el segundo de los casos, la concesión del ejercicio de la de la guarda y custodia compartida por el Juez, sin que exista acuerdo entre las partes, el que ha

planteado mayores problemas, siendo analizado en profundidad por la jurisprudencia.

Para que el Juez pudiera otorgar la guarda y custodia compartida sin que ambos progenitores estuvieran de acuerdo era necesario un informe favorable del Ministerio fiscal, que fuera solicitada por al menos uno de los progenitores y que protegiera el interés del menor.

Sin embargo tanto el Tribunal Supremo como el Tribunal Constitucional han manifestado que, en base al interés del menor, la guarda y custodia compartida no debe ser considerada como un modelo excepcional, ya que a pesar de no contar con el informe favorable del Ministerio fiscal, ni con la solicitud de alguno de los progenitores, podría resultar el de modelo de guarda y custodia más beneficioso para el interés del menor.

No obstante, esto podría llegar a ser algo incongruente, pues el modelo de guarda y custodia compartida requiere de un alto nivel de cooperación entre los progenitores, por lo que si ninguno de ellos estuviera de acuerdo con dicho modelo, podría ser realmente perjudicial para el menor. Pero, en cualquier caso, la jurisprudencia imperante, señala que la guarda y custodia compartida podrá ser otorgada sin necesidad de que sea solicitada por ninguno de los progenitores, cuando esta sea la más beneficiosa para el menor.

Cuestiones que han sido incluidas en el Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio.

Por otra parte, la Ley aragonesa 2/2010 de 26 de mayo de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia entre los padres, posteriormente refundida en el Código de Derecho Foral de Aragón, ha supuesto un avance en lo que a custodia compartida se refiere. La norma fue pionera en España y ha sido tomada como modelo por otras comunidades autónomas, impulsando una reforma y desarrollo legislativo en la materia a escala nacional.

En Aragón, tras la entrada en vigor de la Ley 2/2010 de 26 de enero se ha podido observar una clara preferencia de los Tribunales por conceder el ejercicio de la guarda y custodia de forma compartida, tal y como ha quedado reflejado en el apartado relativo al análisis de la Jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, lo que resulta algo chocante en el sentido de que debería ser valorado el interés del menor caso por caso, otorgándose el ejercicio de la guarda y custodia compartida o única, en base a que una u otra sea más beneficiosa para los menores.

Por tanto podemos concluir que la guarda y custodia compartida es un tema de candente actualidad, en constante evolución, y que deberá ser tenido en cuenta en los próximos años.

V. RESEÑA JURISPRUDENCIAL.

- Sentencia 623/09 de 8 de octubre de 2009 del Tribunal Supremo, Sala 1ª.
- Sentencia 185/2012 de 17 de octubre de 2012 del Pleno del Tribunal Constitucional.
- Sentencia 257/2013 de 29 de abril de 2013 del Tribunal Supremo, Sala 1ª.
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón 4/2012 de 1 de febrero de 2012.
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón 41/2013 de 30 de septiembre de 2014.
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón 44/2013 de 9 de octubre de 2013.
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón 15/2013 de 11 de marzo de 2013.
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón 5/2012 de 8 de febrero de 2012.
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón 4/2014 de 16 de enero de 2014.
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón 48/2013 de 15 de noviembre de 2012.
- Sentencia del Tribunal Supremo 744/2011 de 10 octubre de 2011.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 4ª, de 22 de febrero de 2003.

- Sentencia de la Sección 19 de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 20 de febrero de 2007.

VI. BIBLIOGRAFIA.

ALASCIO CARRASCO, L., MARTÍN GARCÍA, I., *Contigo o sin tí. <<Aproximación al análisis económico del divorcio en la Ley 15/2005, de 8 de julio>>*, Indret: Revista para el análisis del Derecho, Enero 2007.

BAYOD, C., MARTÍNEZ, J.M., SANCHO-ARROYO, J., MOLINS, E., *Jornada de Derecho foral. Derecho Aragonés. Aplicación y análisis comparativo con otros derechos forales*, Gobierno de Aragón. 2013.

CASTÁN TOBEÑAS, J. M., *Comentario al artículo 154 del Código Civil*, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales dirigidos por Manuel Albadalejo*, Madrid 1982.

DAZA MARTÍNEZ, J. Catedrático de Derecho Romano, *La Ley de Divorcio de 1932. Presupuestos ideológicos y significación política*.

DE LA SALA PORTA, C., Abogada, *El prejuicio del sexo en la atribución de la guarda y custodia de los hijos e hijas*.

ECHEVARIA GUEVARA, K. L. *Problemática actual del Derecho de familia. La guarda y custodia compartida de los hijos*, Universidad de Granada. Facultad de Derecho, Noviembre 20011.

FERNÁNDEZ GALVEZ, A., Abogada. Miembro de la AEAFA, *Guarda y custodia paterna*, Economist and Iurist.

GONZÁLEZ DEL POZO, J. P., Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 24 de familia de Madrid, *Custodia versus patria potestad. Delimitación del contenido y funciones de una y otra*, Boletín de Derecho de familia, El Derecho nº 93, Septiembre 2009.

GONZÁLEZ-ESPADA RAMÍREZ, S., *La guardia y custodia compartida. Una*

nueva institución de Derecho de familia en España, 22 de febrero de 2013.

GONZÁLEZ MARTÍNEZ, E., *La custodia compartida, síndrome de alienación parental e interés del menor*, 28 diciembre 2009.

GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., *La custodia compartida alternativa. Un estudio doctrinal y jurisprudencial*, Facultad de Derecho, Universidad de Valladolid, Abril 2008.

IGLESIAS MIRANDA, F., *Evolución de la guarda y custodia en España y tratamiento en mediación familiar*, Revista digital, Mundo Mediación.

LANGA MUELA, A., *Custodia compartida en Aragón. Análisis de los artículos 75 a 84 del Código de Derecho Foral de Aragón de las relaciones familiares tras la ruptura de la convivencia de los progenitores con hijos a cargo*, Beca 2011-2012 del Justicia de Aragón para el estudio del ordenamiento jurídico aragonés.

LOPEZ-RENDO, C., Profesora titular de Derecho Romano de la Universidad de Oviedo, *Efectos personales del divorcio respecto de los hijos. De Roma al Código Civil español*, Revista Internacional de Derecho Romano, Octubre 2008.

MAESTRE, D., Magistrada de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18, *Medidas relativas a los hijos menores en caso de ruptura. Especial referencia a la guarda*, Julio 2012.

PINO, C., *Evolución histórica de los criterios para la atribución de la guarda y custodia de los hijos menores (1870 a 2005)*.

RIVES GILABERT, J.M., RIVES SEVA, A. P., *Evolución histórica del sistema matrimonial español*, Noticias Jurídicas, Octubre 2001.

SÁNCHEZ VIDANES, C., Abogada, Área de la Mujer Asociación Libre de Abogados, *Custodia compartida: Situación legal y anteproyecto de Ley*, 8 de enero de 2014.

SERRANO GARCÍA, J.A., Profesor titular de Derecho Civil acreditado como catedrático, *La custodia compartida aragonesa en la primera jurisprudencia*.

TORRALBA RUIZ, A., *Especial referencia a los efectos personales del matrimonio*, Salamanca 2011.

VELASCO GISBERT, M. L., GONZÁLEZ DE CHAVEZ DE ARMAS, I., PÉREZ SALAS, A., Directora: SUSO ARAICO, A., *Análisis de los modelos de custodia derivados de situaciones de separación y divorcio en España (2010-2011). Estudio e investigación*, Mayo 2012.

PÁGINAS WEB:

www.abogado-alcala.com, Patria potestad versus guarda y custodia.

www.derecho de familia-wordpress.com, El blog de Derecho de familia.

www.noticias juridicas.com, MORANT VIDAL, J., Patria potestad, tutela y otras instituciones de protección de menores, Febrero 2012.

www.juridicas.unam.mx, BAQUERO ROSAS, E., Profesor de la facultad de Derecho de la Unam, El derecho de familia en el Código Civil de 1870, Biblioteca jurídica virtual del Instituto de investigaciones jurídicas de la Unam.

