



Universidad
Zaragoza

Trabajo Fin de Grado

CUSTODIA COMPARTIDA DE LOS HIJOS TRAS LA SEPARACIÓN O EL DIVORCIO: COMPARACIÓN DE LA SITUACIÓN EN REINO UNIDO Y EN ESPAÑA

Autor

Emilio Molins Auría

Director

Isaac Tena Piazuolo

Facultad de Derecho

2015

ÍNDICE

I. INTRODUCCIÓN.....	4
1. CUESTIÓN TRATADA EN EL TRABAJO DE FIN DE GRADO	
2. RAZÓN DE LA ELECCIÓN DE TEMA Y JUSTIFICACIÓN DE SU INTERÉS	
3. METODOLOGÍA SEGUIDA EN EL DESARROLLO DEL TRABAJO	
II. LA CUSTODIA COMPARTIDA DE LOS HIJOS EN REINO UNIDO.....	6
1. <i>CHILDREN ACT 198</i>	7
1.1 Principios Rectores de la Ley	
1.2 Órdenes de la Sección Octava	
1.3 Restricciones a las Órdenes de la Sección 8ª	
1.4 Residencia Compartida	
2. DOCTRINA SOBRE LA RESIDENCIA COMPARTIDA.....	12
III. LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA EN EL DERECHO COMÚN ESPAÑOL.....	16
1. ANTEPROYECTO DE LEY DE REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL.....	20
2. DERECHO ARAGONÉS.....	21
IV. CONCLUSIONES.....	26
V. BIBLIOGRAFÍA Y REFERENCIAS DOCUMENTALES.....	29

CUSTODIA COMPARTIDA DE LOS HIJOS TRAS LA SEPARACIÓN O EL DIVORCIO:
COMPARACIÓN DE LA SITUACIÓN EN REINO UNIDO Y EN ESPAÑA

LISTADO DE ABREVIATURAS UTILIZADAS

Abreviatura	Significado
APZ	Audiencia Provincial de Zaragoza
BOE	Boletín Oficial del Estado
CA 1989	<i>Children Act 1989</i>
Cc.	Código Civil
C DFA	Código de Derecho Foral de Aragón
CFA 2014	<i>Children and Families Act 2014</i>
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial
CNUDN 1989	Convenio de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989
FLRA 1987	<i>Family Law Reform Act 1987</i>
Lec.	Ley de Enjuiciamiento Civil
SAPZ	Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
STSJA	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón
TC	Tribunal Constitucional
TS	Tribunal Supremo
TSJA	Tribunal Superior de Justicia de Aragón

I. INTRODUCCIÓN

1. CUESTIÓN TRATADA EN EL TRABAJO DE FIN DE GRADO

En este trabajo me dispongo a estudiar un asunto de gran relevancia en la sociedad actual, como es la atribución de la custodia de los hijos tras la ruptura de una relación entre dos personas, bien sea matrimonial o de hecho, y, más concretamente, la consideración de la asignación de forma compartida de dicha custodia a ambos progenitores. Este último método ha venido adquiriendo cierta relevancia en los últimos tiempos, especialmente por influencia de las novedades legislativas de algunos derechos autonómicos, por el momento. El actual gobierno español está sopesando una reforma del Código Civil en este ámbito¹ que modificaría la situación actual de la custodia compartida para dar al juez libertad para determinar el sistema de guarda y custodia. Para ello, se ha tenido en consideración el Derecho Europeo y los Derechos autonómicos, especialmente el aragonés² y el valenciano. A pesar de lo que pueda parecer, la reforma lleva pendiente más de un año, por lo que parece poco probable que pueda salir adelante en esta legislatura³.

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

De cara a realizar el trabajo, he intentado seleccionar una materia que fuera útil, interesante y, sobre todo, humana. El tema que aquí expongo tiene una evidente relación con la familia, el desarrollo de la persona y la crianza de los hijos, cuya finalidad es la de reducir al mínimo el impacto negativo que pueda tener la ruptura familiar en los menores afectados y en los padres. Debido a mi reciente estancia en la Universidad *Queen's* de Belfast en Irlanda del Norte (Reino Unido), realizando un intercambio Erasmus, germinó en mí cierta curiosidad por comprender el funcionamiento del

¹ Anteproyecto de Ley sobre el Ejercicio de la Corresponsabilidad Parental en Caso de Nulidad, Separación y Divorcio, de 19 de julio de 2013, p. 5 y artículo primero, cuarto.

² Véase BAYOD, M. DEL C. Y SERRANO, J.A., *Relaciones entre Padres e Hijos en Aragón: ¿Un Modelo a Exportar?*, Institución «Fernando el Católico», Zaragoza, 2014

³ Debido al restringido espacio del que dispongo y a su gran número, no podré tratar en profundidad los Derechos Autonómicos españoles en este trabajo, aunque trataré de mencionarlos cuando resulten especialmente relevantes.

sistema anglosajón y por compararlo con la regulación española, especialmente en caso de ruptura de pareja. Dada su creciente importancia y gracias a la excelente oportunidad que he tenido de estudiar en Belfast, consideré que se podría hacer un análisis de la regulación de la custodia compartida en el Derecho de Inglaterra y Gales, la cual se introdujo mediante la Ley de los Niños de 1989 (*Children Act 1989*), y comprobar si efectivamente esta modalidad debería convertirse en la forma de adjudicación por defecto o si bien debería implantarse de una forma más restringida, en beneficio de la custodia exclusiva. De esta forma, trataré de exponer una visión objetiva de la situación, mostrando las conclusiones a las que se ha llegado en la doctrina inglesa a la luz de su aplicación y de las cuales obtendremos las virtudes y defectos de la custodia compartida. Pese a ello, debe tenerse en cuenta que se trata de una materia extremadamente casuística y que suscita una grandísima variedad de opiniones y críticas. Siendo consciente de ello, no tengo el propósito de presentar las conclusiones a las que llegue como una única solución o como la más apropiada, sino como la postura que, desde mi punto de vista, constituye una buena forma de aplicar la custodia en sus distintas variantes.

3. METODOLOGÍA SEGUIDA EN EL DESARROLLO DEL TRABAJO

Antes de profundizar en la materia, pretendo retratar el marco que envuelve a la custodia compartida. Para ello, explicaré antes cómo funciona la custodia en el Reino Unido, concretamente en Inglaterra y Gales, y haré un resumen de la situación en la que se encuentra nuestro Derecho común, haciendo un inciso en algunas de las especialidades autonómicas. Acto seguido, comentaré algunas de las opiniones más relevantes de la doctrina inglesa y española respecto de la custodia compartida, mostrando la realidad de la misma. Posteriormente, haré una pequeña comparación sobre la forma en la que se otorga la custodia compartida en los dos países. Finalmente trataré de exponer la forma que, a mi juicio, resulte más conveniente para regular dicha figura.

II. LA CUSTODIA COMPARTIDA DE LOS HIJOS EN REINO UNIDO

El Derecho Anglosajón o *Common Law*, a diferencia del Derecho continental, no se fundamenta en un sistema codificado de leyes sino que es creado a través de la jurisprudencia. Las decisiones de los tribunales, normalmente de mayor rango, tomadas con anterioridad en casos similares señalan la dirección a seguir en posteriores resoluciones judiciales. Esto constituye la famosa figura del precedente jurídico, plasmada en el principio del *stare decisis*, el cual no está recogido en la ley pero es visto como vinculante por los tribunales, a pesar de que en Reino Unido los tribunales pueden modificar su propio precedente⁴. No obstante, no todo el Derecho es creado mediante las decisiones judiciales, puesto que el *Common Law* también está conformado por estatutos que deben ser interpretados y aplicados por los tribunales de modo similar a como se hace en el Derecho Civil⁵.

La temática que estamos estudiando, el Derecho de Familia en Inglaterra y Gales, tiene reguladas sus líneas generales en la Ley de Derecho de Familia de 1996 (*Family Law Act 1996*), siendo estas detalladas en otras normas complementarias. Así, la parte relativa a la custodia de los hijos tras la separación, nulidad o divorcio del matrimonio, así como ruptura de parejas de hecho, se encuentra en la Ley de los Niños de 1989 (*Children Act 1989*). Históricamente, en Inglaterra y Gales los hijos nacidos fuera del matrimonio o ilegítimos tenían una condición inferior a la de los hijos legítimos, la cual resultaba en que no tenían relación legal con su padre e incluso, en ocasiones, tampoco con la madre. Sin embargo, esta situación ha ido evolucionando, eliminándose gradualmente las desventajas del hijo ilegítimo respecto al legítimo, permitiéndosele *verbi gratia* adquirir esta última condición a través del ulterior matrimonio de los padres. Hoy en día, apenas quedan consecuencias negativas por la ilegitimidad de los descendientes⁶, bajo el razonamiento de que su posición legal no debe verse afectada por la decisión de los progenitores de casarse o no hacerlo. Este pensamiento sigue la línea trazada por el Convenio de las Naciones Unidas de 1989 sobre los Derechos del

⁴ Esto ocurre a raíz de que en 1966, en la conocida Declaración de Prácticas o *Practice Statement*, la Cámara de los Lores decidiera que no se encontraba vinculada por su propio precedente cuando así le pareciera correcto, [1966] 1 WLR 1234

⁵ PEJOVIC, C., «Civil Law and Common Law: Two Different Paths Leading to the Same Goal», en *Victoria University of Wellington Law Review*, v. 32, no. 3, 2001, p. 817-841

⁶ Sección 1(1) *Family Law Reform Act 1987*

Niño⁷ y el Convenio Europeo de 1975 sobre el Estatuto Jurídico de los Niños nacidos fuera del Matrimonio.

1. *CHILDREN ACT 1989*

Esta norma goza de gran relevancia al haber contribuido a consolidar el derecho relativo a los menores y a introducir nuevos principios y políticas en este campo. Entre sus influencias se encuentran diversos informes gubernamentales e investigaciones públicas sobre la labor que desempeñaron previamente los servicios sociales y otras agencias ante situaciones de abuso infantil, lo cual conllevó que la Ley se centrara en la protección de los niños.

Pese a ser considerada una norma relativamente efectiva, algunos autores la critican por no dar suficiente importancia los intereses de los menores⁸ y por no incluir referencia alguna a sus derechos⁹. A pesar de ello, STANDLEY y DAVIES¹⁰ creen que su mayor imperfección es el retraso que se suelen dar en los procesos judiciales, en detrimento de los intereses de los menores.

A lo largo de los años la legislación ha sido enmendada en diversas ocasiones con motivo de permitir que pudieran adquirir responsabilidad parental los padres no casados y los padres adoptivos. Posteriores provisiones han sido introducidas sobre la tutela especial y para facilitar y motivar el contacto entre padres e hijos. En 2009 se adaptó el texto para acoger la responsabilidad parental de la pareja de la mujer que ha tenido un hijo mediante reproducción asistida.

Empero, la modificación más interesante para la temática que estamos tratando se ha dado en el pasado año 2014, cuando la Ley de los Niños y la Familia de 2014 (*Children and Family Act 2014*)¹¹ sustituyó las órdenes de residencia y de contacto por las órdenes de disposición del menor (*Child Arrangement Orders*)¹². Desde esta reforma es

⁷ Artículo 2.1 CNUDN 1989

⁸ FREEMAN, M.D., «The next Children's Act», en *Family Law*, nº 28, 1998, p. 341

⁹ FORTIN, J., «Children's rights - substance or spin?» en *Family Law*, nº 36, 2006, pp. 759 - 766

¹⁰ STANDLEY, K. y DAVIES, P., *Family Law*, 8ª edic., Palgrave Macmillan, Hampshire, 2013, p. 264

¹¹ Cfr. TOWNEND, J., «The Children and Families Act 2014: how does it affect family practitioners?», en *Family Law*, 44(jun), 2014, pp. 874-877.

¹² Sección 8(1) *Children and Family Act 2014*

necesario recurrir a la mediación familiar antes de acudir a los tribunales en caso de ruptura de la relación de pareja. Junto a esto se introdujo asimismo una controvertida presunción de que la participación de los padres en la vida de los hijos, a menos que el tribunal percibiera lo contrario, contribuye al bienestar de los menores. Se debe destacar que la Ley de Reforma del Derecho de Familia de 1987¹³ establece que, salvo que no se indique lo contrario, cualquier referencia a los padres debe comprender tanto a los progenitores casados como a los no casados, aunque cabe aclarar que estos últimos no adquieren la responsabilidad parental automáticamente, sino que lo harán conforme a lo previsto en las secciones 4ª y siguientes de la *Children Act 1989*.

1.1 Principios Rectores de la Ley

La norma comienza por enunciar en su primera sección¹⁴ el Principio de Supremacía del Bienestar (*Welfare Principle*)¹⁵ del menor a la hora de que los jueces tomen decisiones respecto a la crianza de este o a sus bienes personales, por encima de los intereses que puedan tener los padres. Para conseguir este propósito, se enuncian *a posteriori*¹⁶ una serie no exclusiva de condiciones (*Welfare checklist*) que el juez debería tener en cuenta a la hora de aplicarlo, pudiendo constituir una causa fundada de apelación que el tribunal no se apoye en dicha lista.

Relacionado con el Principio del Bienestar del menor, encontramos recogido en el quinto epígrafe de la sección primera el Principio de Intervención Mínima del Estado en la vida familiar, a través del principio de no-orden¹⁷. Este principio es parte de la política general que se promueve mediante la Ley de poner como primeros responsables de los menores a los padres, en pos del bienestar de los primeros. De esta forma, se evita que los tribunales impongan obligaciones innecesarias que puedan afectar negativamente a la relación entre los padres.

¹³ Sección 2(3) *Children Act 1989* y Sección 1(1) FLRA 1987

¹⁴ Sección 1(1) CA 1989

¹⁵ STANDLEY, K. y DAVIES, P., *Family Law... cit.*, pp. 266, 267

¹⁶ Sección 1(3) CA 1989

¹⁷ STANDLEY, K. y DAVIES, P., *Family Law... cit.*, pp. 267, 268

Otro de los principios enunciados por los legisladores en este precepto es el principio de remoción de retrasos injustificados¹⁸. En todo procedimiento en el que se vean envueltos menores se debe evitar que la dilatación del proceso afecte negativamente a la situación de los mismos, al tratarse de la parte más vulnerable de entre todas las implicadas.

1.2 Órdenes de la Sección Octava

En esta sección de la legislación estudiada hallamos una serie de órdenes u obligaciones que puede imponer el tribunal a los miembros de la pareja que se disuelve en caso de que haya menores en la familia. Dichas órdenes son, en sí, la decisión del juez sobre el conflicto familiar que se le plantea, las cuales se engloban en diferentes clases. Aquí se enumeran las órdenes de no acción (*Prohibited Steps Orders*), órdenes de cuestiones específicas (*Specific Issue Orders*) y, con anterioridad a la enmienda de abril de 2014, órdenes de residencia (*Residence Orders*) y órdenes de contacto (*Contact Orders*)¹⁹. Es reseñable el hecho de que a raíz de la entrada en vigor del texto original de la Ley de los Niños de 1989 se pasara a llamar a las órdenes de custodia (*Custody Orders*) órdenes de residencia. Con este cambio puramente nominal se pretendía recalcar que lo que se decidía mediante dicha orden era simplemente dónde debía residir el niño y no a cuál de los padres pertenecía el menor, reforzando la idea de que ambos padres deben seguir desempeñando su papel respecto a este. Desde la última reforma, sin embargo, tanto las órdenes de residencia como las de contacto han pasado a denominarse órdenes de disposición del menor (*Child Arrangements Orders*). Estas órdenes regulan todo acuerdo relativo a con quién va el niño a vivir, pasar tiempo o tener contacto y cuándo va a vivir, pasar tiempo o tener contacto con cualquier persona²⁰.

Las órdenes de no acción o de prohibición de tomar acciones conllevan que el progenitor al que se refieren no podrá realizar aquellas acciones destinadas a cumplir con su responsabilidad parental que se encuentren recogidas en la orden sin el consentimiento del tribunal²¹. Por último, las órdenes de cuestiones específicas indican cómo debe afrontarse una determinada situación que haya aparecido, o que pudiera

¹⁸ STANDLEY, K. y DAVIES, P., *Family Law... cit.*, p. 268

¹⁹ STANDLEY, K. y DAVIES, P., *Family Law... cit.*, pp. 268 a 272

²⁰ Sección 8(1), primer inciso, CA 1989

²¹ Sección 8(1), segundo inciso, CA 1989

aparecer, relacionada con cualquier aspecto de la responsabilidad parental sobre el niño²².

Cualquiera de estas órdenes puede llevar consigo aquellas directrices, condiciones, fechas límite de efectividad o previsiones que el tribunal considere oportunas (con sus respectivas restricciones recogidas en las secciones 11A y siguientes). Asimismo, en la sección 9ª se recogen un conjunto de restricciones a las órdenes judiciales de la sección 8ª. Las órdenes de esta sección no podrán ser aplicadas a hijos mayores de 18 años ni podrán persistir una vez el menor cumpla 16 años a menos que se trate de órdenes de disposición del menor en las que se indique con quién debe vivir y/o cuándo debe vivir con esa persona²³. En el caso de que se trate de un divorcio o una nulidad matrimonial, el juez deberá considerar si son aplicables los acuerdos matrimoniales que pudieran haber hecho los entonces cónyuges con respecto a sus hijos y, de no poder ser aplicables, procederá a decidir en la forma habitual mediante la orden correspondiente²⁴. En la práctica, el juez asumirá que no es necesario redactar una orden si ninguna de las partes solicita que así se actúe²⁵.

1.3 Restricciones a las Órdenes de la Sección 8ª

Para matizar el uso de las órdenes de la sección 8ª, en la sección 9ª se recogen un conjunto de directrices adicionales²⁶. A saber:

- Los jueces no pueden dictar órdenes de la sección 8ª respecto a niños que se encuentren bajo el cuidado de la autoridad local.
- La autoridad local no puede pedir una orden de disposición del menor ni, de la misma forma, puede un juez emitir una orden semejante en favor de una autoridad local.
- No pueden pedir permiso para solicitar una orden de la sección 8ª una autoridad local de acogida o quien haya sido padre adoptivo del niño en los últimos seis meses, a menos que cuente con el consentimiento de la

²² Sección 8(1), tercer inciso, CA 1989

²³ Sección 9(6) CA 1989

²⁴ Sección 41ª *Matrimonial Causes Act 1973*

²⁵ DOUGLAS *et al.* (2000); y HERRING, J., *Family Law*, 6ª edic., Pearson, Harlow (Reino Unido), 2013, pp. 495, 496

²⁶ Sección 9ª CA 1989

autoridad local, o que dicho solicitante sea la persona familiar del menor, o que este haya vivido con el padre adoptivo durante al menos un año con anterioridad a la solicitud.

- Ningún tribunal puede despachar una orden de no acción o de cuestiones específicas con el propósito de conseguir un resultado cuando este pudiera alcanzarse mediante una orden de disposición del menor. Tampoco podrá dictarse una orden de esta clase de aquella forma que haya sido denegada al Tribunal Superior (*High Court*) en la sección 100(2) en el ejercicio de su jurisdicción inherente respecto al menor.
- A menos que las circunstancias sean excepcionales, un tribunal no puede emitir una orden de la sección 8ª si el menor es mayor de 16 años de edad.

1.4 Residencia Compartida

En Inglaterra y Gales, la imposición de un régimen de residencia compartida queda a la discreción del juez al que se le plantea el conflicto familiar. Mediante las órdenes de residencia y contacto (hoy *Child Arrangements Orders*) se pretende continuar la realidad de la vida del menor previa al pleito ya sea mediante residencia compartida o residencia exclusiva con previsión de contacto²⁷. Como puede verse, no existe una presunción de residencia compartida, sino que se ordenará cuando así lo aconseje el Principio de Bienestar del Niño, prestando atención a la sección 1(3) de la Ley.

El principal problema que plantea este proceder radica en la clara ambigüedad de dicho Principio supremo, al ser un concepto extremadamente subjetivo, pudiendo el juez aplicarlo de diversas maneras acompañándolo de una argumentación suficiente. Por otro lado, en la misma línea, tampoco se tienen en cuenta los intereses de los padres o de terceros afectados por el litigio²⁸.

Con la reforma llevada a cabo en abril de 2014 la sección 11ª de esta Ley, que mencionaba el principio de residencia compartida, fue modificada eliminando esta referencia e incluyendo aparte una presunción *iuris tantum* de continuación de la

²⁷ Re A (*Joint Residence: Parental Responsibility*) [2008] EWCA Civ 867, [2008] 2 FLR 1563

²⁸ MNOOKIN, R., «Child-custody Adjudication: Judicial Functions in the Face of Indeterminacy», en *Law and Contemporary Problems*, 226, 1975, inciso 39(3)

participación de los padres en la vida del niño para garantizar su bienestar. Esta participación directa o indirecta, sin embargo, no conlleva un reparto del tiempo del menor entre los padres²⁹. Entre otros, esta presunción se aplica a la hora de dictar una orden de la Sección 8ª.

Tras estos cambios, no parece que el criterio de los tribunales a la hora de decretar situaciones de residencia compartida se haya visto afectado. Lo que sí que se ha perseguido con la reforma es hacer ver a los padres que se presume su involucración en la vida del niño, tanto si se les concede la residencia exclusiva o si se impone un régimen compartido como en caso contrario³⁰.

2. DOCTRINA SOBRE LA RESIDENCIA COMPARTIDA

Hoy en día la residencia compartida ya no es una excepción sino que se aplica frecuentemente en los tribunales ingleses, especialmente desde el caso D v D (*Shared Residence Order*)³¹. A pesar de ello, la jurisprudencia inglesa se ha mostrado reacia a considerar este tipo de órdenes como la norma a seguir, recordando que en todo caso debe primar el bienestar del menor³². Se puntualiza que al dictarse estas órdenes, esto no significa que deba hacerse automáticamente una división igualitaria del tiempo del menor entre los padres, sino que esto debe ser justificado para poder realizarse³³.

Respecto a la transformación de las órdenes de residencia y de contacto en órdenes de disposición del menor tras la reforma acaecida a través la Ley de los Niños y las Familias de 2014, el Colegio de Abogados por los Menores y el Colegio de Abogados de Derecho de Familia ya opinaron que se trataría de un cambio desafortunado, puesto

²⁹ Sección 1(2A) y (2B) CA 1989

³⁰ HEENAN, A., *The Children and Families Act 2014 – Private Law Proceedings: what practitioners need to know*, en Family Law Week, 2014, fecha de consulta 24/04/2015:

66<http://www.familylawweek.co.uk/site.aspx?i=ed128374>

³¹ [2001] 1 FLR 495

³² T v T (*Shared Residence*) [2010] EWCA Civ 1366

³³ WALL LJ (*Lord Justice*) en Re P (*Children*) (*Shared Residence Order*) [2005] EWCA Civ 1639, [2006] 2 FLR 347

que podría confundir a los padres litigantes y no prevendría la percepción de vencedores y vencidos que suelen aparecer en estos procesos familiares³⁴.

Motivo de crítica es el hecho de que se presente el Bienestar del Niño como bien supremo pero no se tengan en cuenta sus deseos o sentimientos, siendo que son ellos los que más se verán afectados por las órdenes, y así fue indicado por la Cámara de los Lores³⁵. Por ello, los acuerdos deberán ser claros y concisos para evitar confundir a los menores interesados en los procesos³⁶.

Se debe evitar que los padres utilicen las órdenes para atacar al excónyuge, aunque la simple discordia entre ambos no será óbice para el establecimiento de una residencia compartida³⁷. Como peculiaridad, las órdenes de custodia otorgan responsabilidad parental a la persona asignada en caso de no tenerla mientras estas perduren³⁸, por lo que pueden ser utilizadas para conferir responsabilidad parental a un individuo cuando no pudiese otorgarse de otra manera.

Sobre la cuestión de si la residencia compartida debiera convertirse en la norma, los juristas ingleses se posicionan en contra de ello. Según argumentan, no hay una prueba empírica que muestre una relación directa entre compartir el tiempo del niño y la mejora de su vida. Esto no es del todo irrelevante de cara al mantenimiento de las relaciones paterno filiales, aunque lo verdaderamente decisivo es cómo se aprovecha ese tiempo³⁹.

Por esta razón, la residencia compartida no funciona de la misma manera de un caso a otro. Adicionalmente, pueden existir impedimentos como horarios de trabajo incompatibles o la carga económica que supone disponer de dos hogares debidamente habilitados. Las investigaciones revelan que los padres que acuerdan con éxito suelen tener una buena educación y ciertos recursos económicos, incluso pueden tener horarios flexibles de trabajo, y se involucran en el cuidado del menor de forma previa a la

³⁴ JUSTICE COMMITTEE OF THE HOUSE OF COMMONS, *Pre-legislative scrutiny of the Children and Families Bill: Fourth Report of sesión 2012-2013, Vol. 1*, House of Commons, London: Stationery Office, 2012, incisos 129 y 130

³⁵ *Holmes-Moorhouse v Richmond upon Thames LBC* [2009] UKHL 7

³⁶ *A v A (Minors) (Shared Residence Order)* [1994] 1 FLR 669, en 678

³⁷ *Re K (Shared Residence Order)* [2008] 2 FLR 380

³⁸ Sección 12(2) CA 1989

³⁹ HERRING, PROBERT y GILMORE, *Great Debates in Family Law*, Oxford, 2012, pp. 86 a 89

separación⁴⁰. Normalmente, cuando las familias eligen el modelo de residencia compartida esto repercute positivamente en la vida del niño en cuestión. En cambio, cuando las familias discuten en los juzgados y no enfocan la residencia compartida al bienestar del menor, los resultados positivos mencionados no suelen confluír y el niño puede verse afectado por presenciar el conflicto. Por otro lado, la promoción de la residencia compartida puede producir que algunos menores se vean afectados negativamente al aplicarse dicha práctica, como se ha podido ver en otros países en los que se aplica el *Common Law*.

En Australia, por ejemplo, la obligación por ley de los jueces a considerar el reparto igualitario del tiempo del menor entre los padres llevó a un incremento de casos de residencia compartida. Tras nueve años de práctica, se han arrojado resultados perjudiciales, apareciendo problemas de comportamiento por el estrés al que se ve sometido el niño al cambiar su cuidador continuamente o por no ser capaz de comprender esta situación. El simple movimiento de una casa a otra puede constituir una carga tediosa para el menor, ocasionándole malestar. Adicionalmente, la promoción del reparto del tiempo del menor ha infundido la impresión de que la residencia compartida es la mejor opción a considerar. Como consecuencia, ha habido un incremento de aplicación de este régimen en los casos en los que menos convenía, dando lugar a situaciones perjudiciales para los niños involucrados⁴¹.

Se critica, por lo tanto, que en esta reforma australiana se buscó defender los intereses de los padres y no tanto los de los menores, tratando de dar una sensación de justicia e igualdad. Los académicos creen que en los tribunales se da por existente un derecho o presunción de contacto a favor de los padres, basándose en el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos⁴². Al respecto hay un intenso debate sobre su existencia y sobre su aplicación, apareciendo detractores y defensores por igual. En lo que sí

⁴⁰ FAHLBERG, B., SMYTH, B., MACLEAN, M., y ROBERTS, C., «Legislating for Shared Time Parenting After Separation: A Research Review», en *International Journal of Law, Policy and the Family*, 2011, pp. 321-22

⁴¹ TRINDER, L., «Shared Residence: A Review of Recent Research Evidence», en *Child and Family Law Quarterly*, Vol 22, No 4, 2010, p. 495

⁴² «1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás»

CUSTODIA COMPARTIDA DE LOS HIJOS TRAS LA SEPARACIÓN O EL DIVORCIO:
COMPARACIÓN DE LA SITUACIÓN EN REINO UNIDO Y EN ESPAÑA

parece que hay un mayor consenso es en pensar que no se debe forzar la aplicación de la residencia compartida de forma indiscriminada⁴³.

⁴³ HERRING, J., PROBERT, R., GILMORE, S., *Great Debates... cit.*, pp. 90 a 92

III. LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA EN EL DERECHO COMÚN ESPAÑOL

A diferencia del Derecho inglés, nuestro Derecho civil nacional se encuentra codificado en el Código Civil y no se halla, por lo general, tan disperso en diferentes normas separadas —sin perjuicio de las especialidades autonómicas o territoriales—, fuera de aquellas que reforman dicha compilación. Esta norma fue promulgada en 1889 y, a pesar de las múltiples reformas que ha sufrido, continúa estando vigente y en uso en la actualidad. La atribución de guarda y custodia conjuntamente a ambos progenitores, más conocida como custodia compartida, fue introducida por la reforma llevada a cabo mediante la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio. A pesar de no estar recogida anteriormente, no existían las restricciones actuales —ya que actualmente deben acordarla los padres, o pedirla uno de ellos y que lo conceda el juez que resuelve— y parte de los tribunales venía admitiendo esta situación, siempre que existiera acuerdo de los progenitores y esto reportara un resultado beneficioso para el menor⁴⁴. Ante esta regularización de la custodia compartida, algunos autores opinaron que se trataba de una decisión desafortunada que no iba a aumentar el número de custodias compartidas satisfactorias, al depender el éxito de la custodia compartida de la voluntad de los progenitores de cooperar y no tanto de la intervención del legislador⁴⁵. Por otro lado, es más correcto hablar de ejercicio alterno de la guarda y no de ejercicio conjunto⁴⁶.

Para poder atribuirse la guarda a uno de los progenitores o a ambos de forma alterna, deben solicitarlo en el convenio regulador o acordarlo en el procedimiento⁴⁷, o debe solicitarlo una de las partes y acordarlo el juez previo informe del Ministerio Fiscal,

⁴⁴ MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., *Curso de Derecho Civil, Vol. IV*, 4ª edic., Colex, Madrid, 2013, pp. 183 y 184

⁴⁵ Vgr. CARRASCO PERERA, A., «Custodia compartida», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, num. 648 parte Tribuna, Aranzadi, Pamplona, 2004

⁴⁶ TENA PIAZUELO, I., «Custodia compartida en Aragón (Ley 2/2010): ¿niños 'de primera'?», en *Aranzadi Civil-Mercantil*, 1/2011, p. 80; TENA PIAZUELO, I., «La guarda compartida y las nuevas relaciones de familia», en *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, 18/2006, pp. 38 y 39

⁴⁷ Artículo 92.5 Código Civil

habiendo escuchado a los menores con anterioridad⁴⁸. Dicho informe no tiene por qué ser favorable, a raíz de que se declarara inconstitucional dicha exigencia en la STC 185/2012, de 17 de octubre, puesto que de ser esto necesario se estaría limitando injustificadamente la potestad jurisdiccional recogida en el artículo 117.3 de la Constitución Española⁴⁹, que es exclusiva de los Juzgados y Tribunales. Adicionalmente, el juez podrá recabar dictamen de especialistas debidamente cualificados, relativo a la idoneidad del modo de ejercicio de la patria potestad y del régimen de custodia⁵⁰. La adopción de la custodia compartida debe hacerse siempre en favor del interés del menor⁵¹ —*favor filii*— y nunca puede el juez acordar la custodia compartida sin que sea pedido por uno de los progenitores⁵²: «el interés superior del niño opera, precisamente, como contrapeso de los derechos de cada progenitor y obliga a la autoridad judicial a valorar tanto la necesidad como la proporcionalidad de la medida reguladora de su guarda y custodia».

Además de los ya mencionados, otros criterios a tener en cuenta por el tribunal se indican en las Sentencias del Tribunal Supremo de 8 de octubre de 2008 (STS 623/2009, RJ 2009/4606) y de 1 de octubre de 2010 (STS 576/2010, RJ 2010/7302) —siendo en ambas ponente ROCA TRÍAS—, a saber, «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».

⁴⁸ Art. 92.6 Cc.

⁴⁹ Boletín Oficial del Estado, BOE-A-1978-31229

⁵⁰ Art. 92.9 Cc.

⁵¹ Art. 92.8 Cc.

⁵² STC 185/2012, de 17 de octubre y STS 257/2013, de 29 de abril

Dadas las restricciones que obstaculizan su aplicación, el ejercicio alterno de la guarda y custodia tenía un carácter excepcional en nuestro Código Civil⁵³ hasta que tras la STS de 29 de abril de 2013 —ponencia de SEIJAS QUINTANA— pasó a considerarse una solución normal e incluso deseable. En cambio, algunas legislaciones forales sí le han otorgado explícitamente un carácter preferente, como la Ley aragonesa 2/2010, de 26 de mayo⁵⁴, en su artículo 6.2 (hoy refundida en el Código de Derecho Foral de Aragón, artículo 80⁵⁵) o la Ley 5/2011, de 1 de abril,⁵⁶ de la Comunidad valenciana en su artículo quinto.

El Tribunal Supremo ha señalado que este sistema debe enfocarse a proteger el interés del menor y no a premiar o castigar a un cónyuge por la forma en que ha ejercido sus obligaciones paterno-filiales, así como que las relaciones entre los cónyuges por sí solas no son relevantes ni irrelevantes para determinar la guarda y custodia compartida⁵⁷. Respecto a las relaciones entre los progenitores de cara a la guarda y custodia compartida, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha establecido que es necesario «que entre los padres exista una relación de mutuo respeto que permita la adopción de actitudes y conductas que beneficien al menor, que no perturben su desarrollo emocional y que pese a la ruptura afectiva de los progenitores se mantenga un marco familiar de referencia que sustente un crecimiento armónico de su personalidad»⁵⁸. Ya en 2011 se sentó el principio de irrelevancia de las relaciones entre los padres a la hora de determinar la guarda y custodia compartida, salvo «cuando afecten, perjudicándolo, el interés del menor»⁵⁹—siendo ponente ROCA TRÍAS—.

De esto resulta que las divergencias razonables que pudiera haber entre los progenitores no imposibiliten la asignación de este régimen, puesto que «para la adopción del sistema de custodia compartida no se exige un acuerdo sin fisuras, sino una actitud razonable y eficiente en orden al desarrollo del menor, así como unas habilidades para

⁵³ STS 579/2011, de 22 de julio

⁵⁴ Ley 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres

⁵⁵ Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón

⁵⁶ Ley 5/2011, de 1 de abril, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven.

⁵⁷ SSTs 84/2011, de 21 febrero; 496/2011, de 7 julio, 745/2012; de 10 diciembre ; y 370/2013, de 7 de junio

⁵⁸ STS 257/2013, de 29 de abril

⁵⁹ STS 579/2011, de 22 de julio

el diálogo» tanto en los litigantes como de los profesionales que les asisten⁶⁰. Constituirían motivo suficiente para no implantar el régimen de custodia compartida, por ejemplo, supuestos «de conflictividad extrema entre los progenitores, especialmente siempre que existan malos tratos, a causa de la continua exposición del niño al enfrentamiento», tal y como se expresa en la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de noviembre de 2013⁶¹ —ponencia de SEIJAS QUINTANA—. En esta Sentencia también se introduce como nuevo criterio la preferencia de que sean los propios padres los que planifiquen el régimen de custodia compartida, realizándose de ser necesario a través de mediación o terapias educativas. Asimismo, allí se desmiente que el correcto funcionamiento del sistema instaurado en las medidas preventivas en materia de custodia pueda ser suficiente para impedir que se adopte una guarda y custodia compartida, no solo porque dejaría sin contenido los preceptos que regulan la adopción de las medidas definitivas si las provisionales funcionan correctamente, sin atender las etapas del desarrollo de los hijos, sino porque tampoco se valora como complemento el mejor interés de los menores en que se mantenga o cambie en su beneficio este régimen.

Existen dos supuestos, recogidos en el artículo 92.7 del Código Civil, en los cuales no podrá darse la custodia compartida:

- 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.
- cuando el Juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica (cfr. STS 7 abril 2011).

Respecto a esto, opina SEISDEDOS MUIÑO⁶² que en esos casos al progenitor afectado debería también privársele de la posibilidad de hacerse cargo de los hijos. Finalmente, el incumplimiento reiterado del régimen de custodia podrá dar pie a su modificación⁶³.

⁶⁰ STS 96/2015, de 16 de febrero

⁶¹ STS 757/2013, de 29 de noviembre

⁶² SEISDEDOS MUIÑO, A., «Las medidas relativas a los hijos en los procesos de divorcio y separación matrimonial, primera aproximación al nuevo texto del código civil», en *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, num. 22/2005, parte Estudio, Aranzadi, Pamplona, 2006, en su Título VI

⁶³ Art. 776.3º Lec.

Por último, cabe destacar que la legislación nacional aún no ha resuelto qué ocurre en las rupturas de las parejas de hecho con hijos, por lo que la jurisprudencia ha optado por aplicar analógicamente los artículos 90 a 94 del Código Civil⁶⁴, teniendo en cuenta el principio constitucional de igualdad de las filiaciones⁶⁵.

1. ANTEPROYECTO DE LEY DE REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL

Mediante una reforma del Código Civil —cristalizada en el Anteproyecto de Ley sobre el Ejercicio de la Corresponsabilidad Parental en Caso de Nulidad, Separación y Divorcio, de 19 de julio de 2013— el actual gobierno pretende eliminar las preferencias sobre un régimen concreto de guarda y custodia para otorgar al juez una mayor libertad de decisión, entre otras modificaciones⁶⁶. Para ello, se ha tomado en consideración la jurisprudencia del Tribunal Supremo y los Derechos Autonómicos que recogen la custodia compartida en sus leyes. El juez, según la nueva ley, podría acordar en interés de los hijos la custodia compartida cuando así lo solicitaran los padres en la propuesta de convenio regulador, cuando ambos así lo acordaran durante el procedimiento o cuando cada uno instara la custodia para ambos o para sí, sin haber acuerdo. Previamente, deberá recabar informe del Ministerio Fiscal, valorar las alegaciones y las pruebas de las partes y oír a los menores que tengan suficiente juicio cuando sea necesario o a petición del Fiscal, de las partes o miembros del Equipo Técnico Judicial, o del propio menor. Esta reforma no está libre de crítica y así surgieron sendos dictámenes e informe del Consejo de Estado⁶⁷ y del Consejo General del Poder Judicial⁶⁸, respectivamente.

En su dictamen, el Consejo de Estado cuestiona la regulación de la guarda y custodia compartida en aquellos casos en los que ninguno de los padres lo haya solicitado. Añade que, en ausencia de petición expresa por uno de los progenitores, la custodia compartida sólo debería imponerse cuando no se pueda garantizar el interés del menor a través de la

⁶⁴ STS 728/2002, de 11 de julio, en su fundamento de derecho segundo

⁶⁵ Art. 39 CE y 108 Cc.

⁶⁶ LÓPEZ AZCONA, A., «El tratamiento en Derecho español de la custodia de los hijos menores en las crisis de pareja: la novedosa opción del legislador aragonés por la custodia compartida», en *Revista boliviana de derecho*, nº 19, 2015, pp. 218 y 219

⁶⁷ BOE documento CE-D-2014-438

⁶⁸ Informe del CGPJ de 29 de septiembre de 2013 sobre el Anteproyecto de Ley de corresponsabilidad parental

custodia individual y únicamente pueda protegerse a través de la guarda y custodia compartida. Asimismo, el Consejo piensa que debería excluirse la posibilidad de la custodia compartida cuando los padres hayan acordado atribuir en exclusiva la custodia a uno de ellos o cuando uno se niegue a ejercer la guarda y custodia. Por su parte, el Consejo General del Poder Judicial critica que se haya omitido desde el mismo título la situación de ruptura de la familia en las parejas de hecho —y en 2013 ya había pedido el Tribunal Constitucional que se atendiera a esta realidad social⁶⁹—, que se encuentran amparadas por el artículo 39 de la Constitución, debiendo considerarse la ruptura de la convivencia entre los progenitores, tanto si existe vínculo matrimonial como si no. El hecho de que el juez pueda, en defecto de acuerdo y cuando cada uno de los cónyuges inste la custodia para ambos o para sí mismo, imponer un régimen de custodia compartida contradice, según el CGPJ, la doctrina jurisprudencial imperante al no haber solicitud de los padres, y constituye un desacierto al requerir este sistema un alto grado de cooperación para que resulte exitoso y al no confiar en los progenitores.

Esta reforma tiene como precedente las normativas de las Comunidades Autónomas que incluyen la custodia compartida, como se puede ver en la exposición de motivos del texto. Aquí encontramos comunidades con una guarda y custodia conjunta preferente, como en Aragón y la Comunidad Valenciana, territorios que no dan preferencia a ninguno de los modelos de custodia, como Navarra, o regiones que no establecen literalmente una preferencia por la guarda y custodia compartida, como en Cataluña, donde las responsabilidades mantienen, después de la ruptura, el carácter compartido y corresponde a la autoridad judicial determinar, si no existe acuerdo de los progenitores, cómo deben ejercerse las responsabilidades parentales y, en particular, la guarda del menor, ateniéndose al carácter conjunto de estas y al interés superior del menor⁷⁰.

2. DERECHO ARAGONÉS

El Derecho aragonés fue pionero en cuanto a la implantación de una custodia compartida preferente mediante la Ley 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres, que más tarde fue refundida en el Código de Derecho Foral de Aragón. La citada ley regula las relaciones

⁶⁹ STC 93/2013, de 23 de abril, en su fundamento jurídico octavo

⁷⁰ Anteproyecto de Ley sobre el Ejercicio de la Corresponsabilidad Parental en Caso de Nulidad, Separación y Divorcio, de 19 de julio de 2013, p. 5

familiares «en los casos de ruptura de la convivencia de los padres con hijos a cargo, incluidos los supuestos de separación, nulidad y divorcio y los procesos que versen sobre guarda y custodia de los hijos no matrimoniales»⁷¹. Como explica MARTÍNEZ DE AGUIRRE⁷² aquí se incluyen a los hijos comunes a cargo, ya sean menores de edad, incapacitados, o mayores no incapacitados que no hayan finalizado su formación profesional, no aplicándose la custodia a los hijos mayores de edad no incapacitados al no estar sujetos a la autoridad familiar. Asimismo, SERRANO GARCÍA⁷³ puntualiza que no es necesario que exista una convivencia previa de los padres para poder aplicar estos preceptos sobre la guarda y custodia, como ya señaló el Tribunal Superior de Justicia de Aragón en marzo de 2013⁷⁴. Una característica del Derecho aragonés es la referencia a los deberes de crianza y autoridad familiar⁷⁵, en lugar de darse la patria potestad como en el Derecho Común español —debido a que *de consuetudini regni non habemus patriam potestatem*, que constituye un principio tradicional del Derecho aragonés—.

Para determinar el sistema de guarda y custodia que se debe dar, en primer lugar se tendrá en cuenta el pacto de relaciones familiares en el cual los padres hayan plasmado un acuerdo sobre el régimen de convivencia o de visitas, así como otros aspectos de las relaciones familiares⁷⁶. Esta es una clara manifestación del principio *standum est chartae*, muy característico del Derecho aragonés y recogido en el artículo tercero del CDFFA⁷⁷. En defecto de dicho pacto o de no ser aprobado, se atenderá a las peticiones que realicen los progenitores individual o conjuntamente de aplicación de custodia compartida o individual⁷⁸, aunque el juez no está vinculado por estas peticiones y debe regirse por el artículo 80.2 del CDFFA⁷⁹, pudiendo aplicar una custodia compartida incluso cuando ambos padres hayan pedido la custodia individual para uno de ellos o para ambos. Para realizar estas peticiones, fallecidos los padres estarán legitimados los

⁷¹ Art. 75.1 Código de Derecho Foral de Aragón

⁷² MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., «La regulación de la custodia compartida en la Ley de Igualdad de las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres», en *Actas de los Vigésimos Encuentros del Foro del Derecho Aragonés*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2011, pp. 133-176

⁷³ SERRANO, J.A., «Guarda y custodia de los hijos y regimen de visitas en Aragón», en *Relaciones entre padres e hijos en Aragón: ¿Un modelo a exportar?*, BAYOD *et al.* (Coord.), Zaragoza, 2014, pp. 16 y ss.

⁷⁴ STSJA 18/2013, de 25 de marzo

⁷⁵ Capítulo II del Título II del CDFFA, Cfr. TENA PIAZUELO, I., «Custodia compartida en Aragón (Ley 2/2010)... *Cit.*, p. 82

⁷⁶ Art. 77 CDFFA

⁷⁷ «Conforme al principio *standum est chartae*, se estará, en juicio y fuera de él, a la voluntad de los otorgantes, expresada en pactos o disposiciones, siempre que no resulte de imposible cumplimiento o sea contraria a la Constitución o a las normas imperativas del Derecho aragonés»

⁷⁸ Art. 80.1 CDFFA

⁷⁹ SERRANO, J.A., «Guarda y custodia... *cit.*», p. 34

CUSTODIA COMPARTIDA DE LOS HIJOS TRAS LA SEPARACIÓN O EL DIVORCIO:
COMPARACIÓN DE LA SITUACIÓN EN REINO UNIDO Y EN ESPAÑA

abuelos con los que mejor relación tenga el hijo⁸⁰, o los hermanos mayores de edad si aquellos también faltaran⁸¹.

En caso de que no haya peticiones de esta clase, el juez determinará las medidas judiciales que deban regir las relaciones familiares⁸², pudiendo acordarse a petición de parte⁸³ que se aprueben definitivamente aquellas medidas que ya se apliquen de forma provisional durante el transcurso del procedimiento judicial. Esto puede hacerse también de oficio, si así lo considera el juez, en defecto de petición de las partes⁸⁴. Aunque no se presente un pacto de relaciones familiares, constituye un trámite obligatorio redactar un plan de relaciones familiares⁸⁵ en el que se espera que cada padre proponga una organización de las relaciones de los hijos con los progenitores y deberá ser tomado en consideración por el juez a la hora de establecer la custodia compartida⁸⁶.

Como ya se ha dicho, el artículo 80.2 del CDFFA establece que, en caso de no haber acuerdo o pacto de relaciones familiares, el juez adoptará de forma preferente la custodia compartida frente a la individual, salvo que la última sea más conveniente. Para determinar si es necesaria la custodia individual, se atenderá al plan de relaciones familiares y a una serie de criterios enumerados en el citado artículo, a saber: la edad de los hijos, el arraigo social y familiar de los hijos, la opinión de los hijos —siempre que tengan suficiente juicio y, en todo caso, si son mayores de doce años, especialmente si son mayores de catorce años—, la aptitud y voluntad de los progenitores para asegurar la estabilidad de los hijos, las posibilidades de conciliación de la vida familiar y laboral de los padres, y cualquier otra circunstancia relevante. De haber motivos suficientes e instaurarse la 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 familiar⁸⁷. Debe intentar conseguirse mediante dicho régimen una situación de igualdad en la convivencia con los hijos entre los padres separados, aunque no es

⁸⁰ Art. 86 CDFFA y SAPZ, Secc. 2.^a, 364/2011, de 21 de junio

⁸¹ Art. 87 CDFFA

⁸² Art 79.1 CDFFA

⁸³ Art. 84 CDFFA

⁸⁴ Art. 773.2 Lec.

⁸⁵ DDAA 2.^a.3 y 3.^a CDFFA

⁸⁶ Art. 80.2 CDFFA y STSJA 8/2011, de 13 de Julio.

⁸⁷ Art. 80.1 CDFFA

preciso que la igualdad sea absoluta sino que tendrá que elegirse el que mejor se adapte a las circunstancias de la situación familiar⁸⁸. Para ello, el régimen de visitas tiene una importancia esencial, especialmente cuanto más largos sean los períodos de custodia con cada padres, aunque nada se dice sobre esto en la legislación⁸⁹

Sabiendo esto, podemos ver que el régimen de custodia individual se trata de una opción excepcional. Únicamente puede darse este sistema cuando el juez estime la custodia exclusiva más conveniente para el interés de los hijos (artículo 80.2 CDFa) o cuando uno de los progenitores sea excluido de la custodia —independientemente de su clase— por incurrir en violencia doméstica o de género⁹⁰. Esta última posibilidad se encuentra recogida en el artículo 80.6 del CDFa e incluye dos situaciones distintas inspirándose en el art. 92.7 del Código Civil:

- «Que exista proceso penal en trámite por violencia intrafamiliar (en concreto, por atentar contra la vida, integridad física o moral, libertad o indemnidad sexual del otro progenitor o de los hijos), en el que la autoridad judicial penal resuelva motivadamente la constatación de indicios fundados y racionales de criminalidad derivada de los hechos enjuiciados»;
- «Que, aun no existiendo proceso penal en tramitación, el Juez civil valore la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género»⁹¹.

Como se explica en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 2 de julio de 2013, esta regulación es meramente preventiva, a falta de sentencia firme en la jurisdicción penal que conozca de los hechos que aparecen como indiciariamente delictivos. Una vez se emita un pronunciamiento de la jurisdicción penal sobre si existe un delito, ya no será aplicable el artículo 80.6 del CDFa. En caso de sentencia firme absolutoria, la Disposición Adicional 4ª del CDFa prevé que la medida de custodia adoptada anteriormente pueda ser revisada. Por otro lado, en caso de sentencia firme condenatoria, se aplicará el artículo 153.1 y 2 del Código Penal, en virtud del cual el juez, si lo estimara adecuado al interés del menor, podrá imponer adicionalmente al progenitor condenado una pena de inhabilitación total o parcial para el ejercicio de la autoridad familiar o custodia.

⁸⁸ Preámbulo CDFa

⁸⁹ SERRANO, J.A., «Guarda y custodia... *cit.*», p. 38

⁹⁰ Art. 80.6 CDFa

⁹¹ STSJ Aragón 28/2013, de 2 julio

CUSTODIA COMPARTIDA DE LOS HIJOS TRAS LA SEPARACIÓN O EL DIVORCIO:
COMPARACIÓN DE LA SITUACIÓN EN REINO UNIDO Y EN ESPAÑA

Finalmente, el juez deberá adoptar una serie de medidas que acompañen al régimen de custodia, a través de las cuales se pueda garantizar la continuidad y efectividad del mantenimiento de los vínculos con ambos progenitores; garantizar la relación con los hermanos, abuelos, parientes y allegados; evitar la sustracción de los hijos menores por alguno de los progenitores o por terceros; y evitar a los hijos perturbaciones dañosas en caso de cambio de régimen de custodia⁹². Estas medidas podrán ser modificadas cuando concurren causas o circunstancias relevantes⁹³, lo cual ha sido interpretado por la jurisprudencia menor como una alteración de las circunstancias «trascendentes y no de escasa o relativa importancia, que se trate de una modificación permanente o duradera y no aleatoria o coyuntural, que no sea imputable a la propia voluntad de quien solicita la modificación ni preconstituida y que sea anterior y no haya sido prevista por los cónyuges o el Juzgador en el momento en que las medidas fueran establecidas»⁹⁴. Adicionalmente, añade el artículo 79.5 CDFA *in fine* que, cuando se hubiera acordado una custodia individual, este régimen podrá revisarse —cuando ocurra una alteración sustancial de circunstancias⁹⁵—.

⁹² Art. 79.2 CDFA

⁹³ Art. 79.5 CDFA

⁹⁴ SAPZ 140/2012, de 20 de marzo, en su fundamento de derecho segundo

⁹⁵ STSJA 42/2013, de 3 octubre, en su fundamento de derecho segundo, en virtud del art. 775 Lec.

IV. CONCLUSIONES

Gracias a mi estancia como estudiante Erasmus en Belfast he podido tener una primera experiencia con el Derecho anglosajón a través de los recursos que me ha proporcionado la Universidad de Queen's. Esto me ha permitido ver el funcionamiento de este sistema, tan diferente al nuestro, y apreciar algunos de sus matices, así como algunos aspectos de cierto interés jurídico. A pesar de lo que pueda parecer a primera vista, el Derecho inglés y el español guardan más similitudes entre sí de las que pudiéramos pensar. Ambos Derechos, pese a basarse en sistemas jurídicos distintos, se encuentran influenciados por marco legal común dictado por Unión Europea. Esta armonización del Derecho de los países europeos posibilita que haya una serie de puntos en los que ambos ordenamientos jurídicos coincidan, como hemos podido ver. También he podido comprobar que existe una marcada tendencia hacia la ruptura de las relaciones familiares hoy en día que se remonta décadas atrás, la cual constituye una realidad social ante la que el Derecho no puede quedar indiferente y que debe resolverse de mejor manera posible⁹⁶.

En lo respectivo al tratamiento de las parejas de hecho, en ambos países son reconocidas y se contemplan los casos de ruptura de las relaciones familiares en las mismas de igual manera que en las matrimoniales, pudiendo resolver los jueces sobre la custodia de los hijos cuando ambos padres tengan la responsabilidad parental. Por otra parte, ambos ordenamientos elevan el interés del menor a la categoría de bien supremo, en claro detrimento de los intereses de los padres o de terceros, lo cual se ve reflejado en las decisiones judiciales, la doctrina y la legislación. En Inglaterra y España se fomenta la adopción de acuerdos extrajudiciales a fin de que la ruptura tenga un impacto mínimo en los menores implicados y de que la relación entre los padres no sea conflictiva, mediante la mediación⁹⁷, los acuerdos entre los progenitores —antes del procedimiento o durante el transcurso del mismo⁹⁸— o convenio regulador⁹⁹. Es conveniente apuntar que España aún no dispone de una Ley general de mediación familiar, a pesar de que fuera anunciada en la Ley 15/2005 en su Disposición Final 3ª, aunque algunas

⁹⁶ Cfr. TENA PIAZUELO, I., «La guarda compartida y las nuevas relaciones de familia... *Cit.*, pp. 26-41

⁹⁷ CFA 2014, sección 10

⁹⁸ Art. 91 Cc.

⁹⁹ Art. 90 Cc.

Comunidades Autónomas sí que han legislado en este campo¹⁰⁰. Con el Anteproyecto de reforma del Código Civil español se conseguiría una situación similar a la inglesa en el sentido de que el poder de decisión del juez en el procedimiento se vería sustancialmente incrementado, pudiendo incluso imponer la custodia compartida cuando cada uno de los padres pidiera la custodia individual para sí.

No obstante, también podemos encontrar claras diferencias jurídicas. En el Derecho común español —sin perjuicio de lo previsto en algunos ordenamientos territoriales—, la custodia compartida debe ser solicitada actualmente al menos por uno de los padres para que el juez pueda aplicarla, mientras que en Inglaterra la decisión corresponde al tribunal que enjuicia el caso, tomando como criterio principal el bienestar del menor —lo cual suele traducirse en dar continuidad a la situación en la que se encontraba el menor antes de la ruptura familiar—. Igualmente, en Aragón se promueve que las relaciones de los padres con los hijos continúen mediante una participación responsable, compartida e igualitaria en su crianza y educación en el ejercicio de su autoridad familiar —aunque esto se intenta lograr dando preferencia a la custodia compartida—, manteniéndose también las relaciones de los menores con sus hermanos, abuelos y otros parientes y personas allegadas¹⁰¹. Asimismo, mientras que los tribunales ingleses se muestran reticentes a aplicar la custodia compartida como norma¹⁰², el Tribunal Supremo ha declarado que la custodia alterna constituye no solo una situación usual, sino que además resulta deseable¹⁰³. En este aspecto, el Derecho aragonés ha ido más allá, otorgando preferencia a la custodia compartida frente a la exclusiva a falta de pacto de relaciones familiares¹⁰⁴ —el cual cumple una función similar al convenio regulador del Derecho nacional, aunque ampliada—, siempre y cuando el modelo de guarda y custodia alterna resulte más ventajoso para el menor.

¹⁰⁰ Como la Ley 9/2011, de 24 de marzo, de mediación familiar de Aragón, la Ley catalana 15/2009, de 22 de julio, de mediación en el ámbito del Derecho privado y su Reglamento correspondiente, *et. al.* Cfr. página web del CGPJ, en Temas, en la categoría de mediación, sección de normativa y jurisprudencia, en Leyes Autonómicas, fecha de consulta 8 de mayo de 2015:
<http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Mediacion/Normativa-y-jurisprudencia/Leyes-Autonomicas>

¹⁰¹ Art. 75.2 CDFFA, Cfr. TENA PIAZUELO, I., «Custodia compartida en Aragón (Ley 2/2010)... *Cit.*, p. 83

¹⁰² T v T (*Shared Residence*) [2010] EWCA Civ 1366

¹⁰³ STS 20/2013, de 29 de abril

¹⁰⁴ Art. 80.2 CDFFA

En lo referente al tratamiento de los hijos nacidos de parejas de hecho, en el Derecho inglés se equipara a los hijos matrimoniales y se dictamina que les sean aplicadas las mismas leyes que a los hijos nacidos en matrimonio, con el fin de garantizar su protección (*bonus filii*)¹⁰⁵. En España las diferencias jurídicas entre los hijos matrimoniales y los no matrimoniales han sido eliminadas en el Código Civil¹⁰⁶, por lo que la jurisprudencia viene realizando una aplicación analógica de los preceptos legales existentes sobre los hijos matrimoniales a los hijos nacidos fuera del matrimonio.

Si nos centramos en las medidas que el juez puede tomar en los procesos familiares, veremos que en el Derecho español estas se ven recogidas de manera un tanto ambigua¹⁰⁷, dejando al juez una gran libertad de movimiento en este campo. En cambio, el Derecho inglés recoge algo más taxativamente las medidas que pueden tomarse en aquellos procesos de familia en los que hay menores, pudiendo adoptar unas decisiones tasadas en las órdenes de la sección 8 (entre otras de menor importancia¹⁰⁸).

Para concluir, tras haber estudiado las diversas opiniones y regulaciones aquí expuestas sobre tan extensa y compleja materia, he podido conformar una opinión personal al respecto. Desde mi punto de vista, creo que sería sensato no imponer a los jueces una preferencia determinada que pudiera influir en su juicio y, en su lugar, dar plena libertad a los mismos para juzgar cada caso individualmente, sin descuidar una debida protección a los progenitores y a los hijos. Del mismo modo, tal vez constituiría una mejora evitar que los padres percibieran la existencia de «vencedores y vencidos», siempre que esto fuera posible, así como precisar el ambiguo principio del supremo interés del menor para que no pudiera ser utilizado precisamente en detrimento de quien pretende proteger.

¹⁰⁵ Sección 1(1) FLRA 1987

¹⁰⁶ Art. 108.2 Cc.

¹⁰⁷ Art. 774.4 Lec.

¹⁰⁸ CA 1989, sección 4 (*parental responsibility orders*), sección 5 (*order appointing a guardian of a child*), sección 7 (*order for a welfare report*), et al. Cfr. STANDLEY, K. y DAVIES, P., *Family Law...* cit., p. 274 a 277

V. BIBLIOGRAFÍA Y REFERENCIAS DOCUMENTALES

1. LIBROS

- HERRING, J., *Family Law*, 6ª edic., Pearson, Harlow (Reino Unido), 2013.
- HERRING, PROBERT y GILMORE, *Great Debates in Family Law*, Palgrave Macmillan, Oxford, 2012, pp. 76 a 97
- JUSTICE COMMITTEE OF THE HOUSE OF COMMONS, *Pre-legislative scrutiny of the Children and Families Bill: Fourth Report of sesión 2012-2013, Vol. I*, House of Commons, London: Stationery Office, 2012, incisos 129 y 130
- LÓPEZ Y LÓPEZ y VALPUESTA FERNÁNDEZ (Editores), *Derecho de Familia*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015, p. 87 a 91
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., *Curso de Derecho Civil, Vol. IV*, 4ª edic., Colex, Madrid, 2013, pp. 182 a 185
- STANDLEY y DAVIES, *Family Law*, 8ª edic., Palgrave Macmillan, Hampshire, 2013, p. 264, 272

2. CAPÍTULOS DE LIBROS O COLABORACIONES EN OBRAS COLECTIVAS DIRIGIDAS O COORDINADAS

- MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., «La regulación de la custodia compartida en la Ley de Igualdad de las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres», en *Actas de los Vigésimos Encuentros del Foro del Derecho Aragonés*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2011, pp. 133-176
- SERRANO, J.A., «Guarda y custodia de los hijos y régimen de visitas en Aragón», en *Relaciones entre padres e hijos en Aragón: ¿Un modelo a exportar?*, BAYOD et al. (Coord.), Zaragoza, 2014, pp. 16 a 39

3. REVISTAS

- CARRASCO PERERA, A., «Custodia compartida», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 648 parte Tribuna, Aranzadi, Pamplona, 2004
- FAHLBERG, B., SMYTH, B., MACLEAN, M., y ROBERTS, C., «Legislating for Shared Time Parenting After Separation: A Research Review», en *International Journal of Law, Policy and the Family*, 2011, pp. 321 – 322

CUSTODIA COMPARTIDA DE LOS HIJOS TRAS LA SEPARACIÓN O EL DIVORCIO:
COMPARACIÓN DE LA SITUACIÓN EN REINO UNIDO Y EN ESPAÑA

- FORTIN, J., «Children's rights - substance or spin?» en *Family Law*, nº 36, 2006, pp. 759 – 766
- FREEMAN, M.D., «The next Children's Act», en *Family Law*, nº 28, 1998, p. 341
- LÓPEZ AZCONA, A., «El tratamiento en Derecho español de la custodia de los hijos menores en las crisis de pareja: la novedosa opción del legislador aragonés por la custodia compartida», en *Revista boliviana de derecho*, nº 19, 2015, pp. 206 a 235
- MNOOKIN, R., «Child-custody Adjudication: Judicial Functions in the Face of Indeterminacy», en *Law and Contemporary Problems*, 226, 1975, inciso 39(3)
- PEJOVIC, C., «Civil Law and Common Law: Two Different Paths Leading to the Same Goal», en *Victoria University of Wellington Law Review*, v. 32, no. 3, 2001, p. 817-841.
- SEISDEDOS MUIÑO, A., «Las medidas relativas a los hijos en los procesos de divorcio y separación matrimonial, primera aproximación al nuevo texto del código civil», en *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, num. 22/2005, parte Estudio, Aranzadi, Pamplona, 2006, en su Título VI
- TENA PIAZUELO, I., «Custodia compartida en Aragón (Ley 2/2010): ¿niños 'de primera'?», en *Aranzadi Civil-Mercantil*, 1/2011, pp. 79-98
- TENA PIAZUELO, I., «La guarda compartida y las nuevas relaciones de familia», en *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, 18/2006, pp. 26-41
- TOWNEND, J., «The Children and Families Act 2014: how does it affect family practitioners?», en *Family Law*, 44(jun), 2014, pp. 874-877.
- TRINDER, L., «Shared Residence: A Review of Recent Research Evidence», en *Child and Family Law Quarterly*, Vol 22, No 4, 2010, p. 495

4. LEGISLACIÓN

- Anteproyecto de Ley sobre el Ejercicio de la Corresponsabilidad Parental en Caso de Nulidad, Separación y Divorcio, de 19 de julio de 2013, p. 5 y artículo primero, cuarto.
- *Children Act 1989*, secciones 1(1) a 1(3), 2(3), 8(1), 9, 12(2), *et al.*
- *Children and Family Act 2014*, secciones 8(1) y 10
- Código Civil, arts. 90 y ss., 108
- Código Penal, arts. 153.1 y 2

CUSTODIA COMPARTIDA DE LOS HIJOS TRAS LA SEPARACIÓN O EL DIVORCIO:
COMPARACIÓN DE LA SITUACIÓN EN REINO UNIDO Y EN ESPAÑA

- Código de Derecho Foral de Aragón, Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, arts. 3, 75, 79, 80, DDAA 2ª.3 y 3ª
- Constitución Española, arts. 39 y 117.3
- Convenio de las Naciones Unidas de 1989 sobre los Derechos del Niño, art. 2.1
- Convenio Europeo de Derechos Humanos, art. 8
- Convenio Europeo de 1975 sobre el Estatuto Jurídico de los Niños nacidos fuera del Matrimonio
- *Family Law Reform Act 1987*, sección 1(1)
- Ley de Enjuiciamiento Civil, arts. 774.4, 775 y 776.3º
- Ley 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres, art. 6.2
- Ley 5/2011, de 1 de abril, de la Generalitat Valenciana, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven, art. 5
- *Matrimonial Causes Act 1973*, sección 41ª

5. JURISPRUDENCIA

- *A v A (Minors) (Shared Residence Order)* [1994] 1 FLR 669, en 678
- *D v D (Shared Residence Order)*, [2001] 1 FLR 495
- Dictamen del Consejo de Estado sobre el Anteproyecto de Ley de corresponsabilidad parental, BOE documento CE-D-2014-438
- *Holmes-Moorhouse v Richmond upon Thames LBC* [2009] UKHL 7
- Informe del CGPJ sobre el Anteproyecto de Ley de corresponsabilidad parental de 29 de septiembre de 2013
- *Re A (Joint Residence: Parental Responsibility)* [2008] EWCA Civ 867, [2008] 2 FLR 1563
- *Re K (Shared Residence Order)* [2008] 2 FLR 380
- SAPZ, Secc. 2.ª, 364/2011, de 21 de junio
- SAPZ 140/2012, de 20 de marzo, en su fundamento jurídico segundo
- STC 185/2012, de 17 de octubre
- STC 93/2013, de 23 de abril, en su fundamento jurídico octavo
- STS 728/2002, de 11 de julio, en su fundamento de derecho segundo
- STS 623/2009, de 8 de octubre
- STS 576/2010, de 1 de octubre
- STS 84/2011, de 21 febrero

CUSTODIA COMPARTIDA DE LOS HIJOS TRAS LA SEPARACIÓN O EL DIVORCIO:
COMPARACIÓN DE LA SITUACIÓN EN REINO UNIDO Y EN ESPAÑA

- STS 496/2011, de 7 de julio
- STS 579/2011, de 22 de julio
- STS 745/2012, de 10 de diciembre
- STS 257/2013, de 29 de abril
- STS 370/2013, de 7 de junio
- STS 757/2013, de 29 de noviembre
- STS 96/2015, de 16 de febrero
- STSJA 18/2013, de 25 de marzo
- STSJA 42/2013, de 3 octubre, en su fundamento de derecho segundo
- STSJA 28/2013, de 2 julio
- T v T (*Shared Residence*) [2010] EWCA Civ 1366
- WALL LJ (*Lord Justice*) en Re P (*Children*) (*Shared Residence Order*) [2005] EWCA Civ 1639, [2006] 2 FLR 347

6. RECURSOS DE INTERNET

- HEENAN, A., *The Children and Families Act 2014 – Private Law Proceedings: what practitioners need to know*, en Family Law Week, 2014, fecha de consulta 24 de abril de 2015: <http://www.familylawweek.co.uk/site.aspx?i=ed128374>
- Portal del Poder Judicial, dentro de Temas, en la categoría de mediación, sección de normativa y jurisprudencia, en Leyes Autonómicas, fecha de consulta 8 de mayo de 2015: <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Mediacion/Normativa-y-jurisprudencia/Leyes-Autonomicas>