



Universidad
Zaragoza

TRABAJO FIN DE GRADO

**ESTUDIO SOBRE LA CUSTODIA COMPARTIDA.
EN ESPECIAL LA MODIFICACIÓN DE LA LEY
FORAL ARAGONESA**

Autor:

Víctor M. García Genal

Directora:

MARIA MARTINEZ MARTINEZ

Curso y grupo:

4º de Grado, grupo 443

RESUMEN

El presente trabajo trata de dar al lector la información suficiente para entender qué es el régimen de guarda y custodia de los hijos tras la ruptura de pareja, y su evolución tras los avances legislativos y jurisprudenciales posteriores a la aprobación de la Constitución Española del año 1978. Dando mayor protagonismo a la Legislación Aragonesa tras las últimas modificaciones de Ley acontecidas en fechas tan recientes.

Palabras clave: Custodia, Compartida, Modificación, Menor, Corresponsabilidad.

ABSTRACT

The present work tries to give the reader enough information to understand what is the guardianship and joint custody regime of the children after the couple break up, and its evolution after the legislative and jurisprudential advances after the approval of the Spanish Constitution of the year 1978. Giving greater prominence to the Aragonese Legislation after the last modifications of Law happened in so recent dates.

Keywords: Custody, Shared, Modification, Minor, Joint responsibility.

ABREVIATURAS

Art.	Artículo
Arts.	Artículos
BOCA	Boletín Oficial de las Cortes de Aragón
BOE	Boletín Oficial del Estado
CC	Código Civil
CDFA	Compilación Derecho Foral Aragonés
C's	Ciudadanos (partido político)
Ed.	Edición
Núm.	Número
Págs.	Páginas
PAR	Partido Aragonés (partido político)
ss.	Siguientes
STC	Sentencia Tribunal Constitucional
STS	Sentencia Tribunal Supremo
STSJ	Sentencia Tribunal Superior de Justicia
SAP	Sentencia Audiencia Provincial
TS	Tribunal Supremo
Vid.	Véase

INDICE

ABREVIATURAS	3
I. INTRODUCCIÓN.....	5
II. ASPECTOS GENERALES	6
1. Patria potestad o guarda y custodia.....	6
2. Tipos de Custodia.....	7
III. REGULACIÓN DE LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA	8
1. Antecedentes y regulación anterior a la Ley 15/2005 de 8 de julio.....	8
2. 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	9
3. Principales modificaciones a destacar de la Ley 15/2005 de 8 de julio.....	10
IV. LA CUSTODIA COMPARTIDA SEGÚN LA LEY ARAGONESA 2/2010 ANTES DE LA REFORMA DE LEY	12
V. LEY 6/2019, DE 21 DE MARZO, DE MODIFICACIÓN DEL DECRETO LEGISLATIVO 1/2011, DE 22 DE MARZO, DEL GOBIERNO DE ARAGÓN, POR EL QUE SE APRUEBA, CON EL TÍTULO DE “CÓDIGO DEL DERECHO FORAL DE ARAGÓN”, EL TEXTO REFUNDIDO DE LAS LEYES CIVILES ARAGONESAS EN MATERIA DE CUSTODIA.	16
VI. ENMIENDAS Y OPINIONES CONTRARIAS AL CAMBIO DE LEY POR PARTE DE LOS GRUPOS PARLAMENTARIOS.....	19
VII. INFORME EN CONTRA DE LA REFORMA DEL JUSTICIA DE ARAGÓN	22
VIII. CONCLUSIONES.....	25
ANEXO	28
1. Bibliografía	28
2. Páginas de interés	29
3. Jurisprudencia	29

I. INTRODUCCIÓN

El avance de nuestra sociedad desde la aprobación de la Constitución de 1978 hasta nuestros días, ha sido un salto evolutivo muy importante a nivel legislativo y jurisprudencial en pro de la libertad e igualdades entre los ciudadanos. Uno de esos cambios se manifiesta en la forma de abordar las situaciones acontecidas en los casos de rupturas de parejas y todo lo relacionado con la nueva situación familiar que derivan de ellas.

Es en estos casos cuando la situación familiar pasa a otra dimensión, en la cual hay que tomar una serie de decisiones que no solo afectan a los cónyuges, sino a todo el conjunto que forma la unidad familiar y en consecuencia, cualquier cambio puede tener influencias positivas o negativas en las relaciones entre sus miembros.

Una de las grandes decisiones que se han de adoptar en los casos de ruptura matrimonial o de pareja por parte de los progenitores, se produce cuando hay hijos comunes de por medio y más aún si estos son menores de edad, y no es otra que la elección de qué sistema de guarda y custodia adoptar en función de la nueva situación personal y familiar.

Con carácter general, nuestro ordenamiento da varias opciones para la elección del régimen que mejor se adapte a la nueva situación, uno de ellos sería la opción de exclusividad a favor de uno de los progenitores con los consiguientes derechos de visita y comunicación aplicados según el convenio adoptado y en beneficio del otro progenitor, o establecer un régimen de custodia compartida entre ambos con todas las obligaciones y derechos por igual, siempre y cuando teniendo en cuenta el interés superior del menor.

La atribución de la guarda y custodia de los hijos de forma exclusiva, anteriormente era la práctica habitual que se concediera a la madre, pero con el paso del tiempo y la evolución social, ha traído consigo que la figura de la mujer haya pasado a formar parte de un plano más activo en el mercado laboral dejando de lado el rol de ama de casa tradicional, dejando también lugar para que el hombre sea considerado como un sujeto apto para el cuidado de los hijos y el hogar, lo que hace más viable la postura de adoptar como algo común un régimen de custodia compartida e incluso que no sea algo extraño el ceder la custodia a favor del padre.

Nuestro ordenamiento hace posible que sean los propios padres quienes decidan qué

régimen o sistema de custodia elegir de forma más apropiada a la nueva situación personal y familiar, pero en caso de que no se llegue a un acuerdo común o este no se ajuste a la necesidades apropiadas para la concesión, podrá el Juez siempre buscando el mejor interés del menor y tras recabar el informe de Ministerio Fiscal e incluso si procede tras oír a los propios menores, decidir qué tipo de régimen se ha de aplicar, siempre bajo la premisa de aplicación del artículo 92 del Código Civil.

Es precisamente esta potestad judicial de decisión la que ha suscitado tanta discusión en el régimen jurídico aragonés, pues anteriormente antes de la Ley 6/2019 aprobada de modificación del Decreto Legislativo 1/2011 de 22 de marzo del Gobierno de Aragón, el Juez tenía la potestad de aplicar el régimen de custodia compartida de forma “preferente” ante el desacuerdo de los progenitores y de forma directa, por supuesto atendiendo en todo caso a los intereses del menor y las circunstancias de estos, pero a pesar de ser reflejo de legislaciones europeas relativas a la responsabilidad parental como medidas de salvaguarda de los intereses del menor, o ser referente para promover reformas del Código Civil para conseguir que la opción preferente sea la guarda y custodia compartida dejando de ser una opción excepcional, no han bastado ocho años de consolidación jurídica ni los consejos de los expertos para conseguir el apoyo de todos los grupos parlamentarios provocando su revocación.

II. ASPECTOS GENERALES

1. Patria potestad o guarda y custodia

En primer lugar hay que hacer una distinción importante sobre un término que se tiende a confundir o comparar con la guarda y custodia, y es la patria potestad.

Para entender La patria potestad, debemos focalizar la idea que nuestro ordenamiento nos ofrece, concretamente el artículo 39.3 de la Constitución Española pues nos cita que: *“Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en los que legalmente proceda”*. Por tanto, la principal idea de este concepto es la protección del menor y por ello si acudimos al Código Civil, concretamente a su artículo 156, este nos indica que *“La patria potestad se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores o por uno solo con el consentimiento expreso o tácito del otro”*.

De esto se desprende la idea de que son los dos progenitores los responsables y titulares de la Patria Potestad, pues a pesar de que exista separación, nulidad o sentencia de divorcio, esta no exime a ninguno de los progenitores de sus obligaciones para con sus hijos, salvo que en la sentencia, el Juez al cargo tenga que acordar cualquier medida que requiera la privación de la Patria Potestad por causa revelada en el proceso¹.

Es por esto que en cierto modo la decisión de determinar la Guarda y Custodia nace a posteriori con el proceso de separación o divorcio donde se ha de determinar la convivencia del menor o menores con sus progenitores, pues en una relación familiar estable la Guarda y Custodia va implícita con la patria potestad pues esta consiste en que los hijos vivan y se formen con alguien, bajo su control y responsabilidad, esto es uno de los atributos de la patria potestad, pero ésta comprende también la obligación de velar y prestar alimentos, la representación legal y la asunción de las responsabilidades y decisiones más trascendentes respecto de los hijos menores o incapacitados².

2. Tipos de Custodia

El régimen de custodia puede darse o bien en exclusiva a uno de los progenitores o de forma compartida entre ambos, igualmente el Juez podrá optar por entregar la custodia a un tercero en los casos que no sea viable el acuerdo entre los progenitores, por ello su Señoría tiene la potestad que le otorga el CC en cuanto a que admitida la demanda y a falta de acuerdo de ambos cónyuges y de forma excepcional en favor de los menores, estos podrán ser encomendados a los abuelos, parientes u otras personas que así lo consintieren, y en su defecto a una institución idónea, confiriéndoles las funciones de tutela³.

Definiendo la custodia exclusiva, unilateral o monoparental, decir que es aquella que asigna la guarda y custodia a un único progenitor, conviviendo este con el menor de forma habitual e instaurándose un régimen de visitas a favor del progenitor no custodio para evitar la pérdida de relación y el desapego, aunque por lo común, en la mayoría de los supuestos en los que se establezca esta modalidad de guarda y custodia, salvo

¹ Código Civil (vid. Art. 92)

² RAGEL SÁNCHEZ, L.F., "La guarda y custodia de los hijos" en Derecho Privado y Constitución, Núm. 15, 2001, pp. 285 y 286)

³ Código Civil (Vid. Art. 103.1ª) « [...] Excepcionalmente, los hijos podrán ser encomendados a los abuelos, parientes u otras personas que así lo consintieren y, de no haberlos, a una institución idónea, confiriéndoseles las funciones tutelares que ejercerán bajo la autoridad del juez.»

contadas excepciones, ambos progenitores suelen mantener la patria potestad de los hijos.

El caso de la custodia compartida es aquella que se caracteriza por atribuir la guarda y custodia del menor a ambos progenitores por igual. Encargándose el uno y el otro de la educación, cuidado y atención del menor durante un tiempo concreto por periodos alternos, dependiendo de lo establecido en el convenio regulador o de lo prescrito por el juez en la correspondiente sentencia.

III. REGULACIÓN DE LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA

1. Antecedentes y regulación anterior a la Ley 15/2005 de 8 de julio

El Derecho de Familia en nuestro ordenamiento jurídico ha experimentado la necesidad de adaptarse a los nuevos tiempos, ya que hasta no hace mucho conservaba la redacción originaria del Código Civil del año 1889, lo cual se vio en la necesidad de actualizarse con la aprobación de los nuevos postulados de la Constitución Española del año 1978.

El origen del Derecho Común de los países Europeos hasta las codificaciones modernas, tomaban de base el Derecho Romano, concretamente El Corpus Iuris Civilis o Código de Justiniano. Es aquí donde encontramos la norma de que en caso de divorcio los hijos quedaban al cargo del cónyuge inocente salvo que en apreciación del Juez, este considerase más conveniente la atribución del cuidado de los hijos al otro cónyuge u otra tercera persona, siempre en virtud del interés del menor⁴. Esta regla de atribución de la guarda no se contemplaba como una sanción hacia el cónyuge afecto, sino más bien era la presunción de que el cónyuge inocente se hallaba en mejor condición para conducir la educación de los menores al cargo que el cónyuge culpable de no cumplir con las obligaciones derivadas del matrimonio.

Nuestro Código Civil que recibe la inspiración tanto del Derecho Romano como de la Constitución de 1876, parte de la idea de un modelo familiar de carácter patriarcal. Sobre esta idea en base a la patria potestad, DÍEZ PICAZO Y GULLÓN, se refieren a la redacción que el Código Civil tiene desde el año 1889 hasta la reforma del año 1981 como paradójicamente poco coincidentes con la realidad del tiempo en que dicho Código se puso en vigor, pues la patria potestad le correspondía al padre y de forma

⁴ Capítulo VII de la Novela CXVII del Corpus Iuris Civilis

subsidiaria pasaba a la madre. Es en la reforma de 1981 donde se introducen notables modificaciones sobre este precepto, concretamente en la Ley 30/1981, se alteró sustancialmente el criterio determinante de la atribución de la guarda y custodia de los hijos menores siempre primando el interés de estos y el mantenimiento de la unidad familiar, al margen de la buena o mala fe de los cónyuges o de la culpabilidad o inocencia, así como las causas de la ruptura matrimonial, dando preferencia a la madre para los menores de 7 años y la guarda exclusiva para el cónyuge más idóneo.

Dicha preferencia para la madre en caso de menores de 7 años se suprimió con la Ley 11/1990 de 15 de octubre, la cual se centró principalmente en el interés superior del menor, que debía de concretar el juzgador en atención de las circunstancias concurrentes en cada caso. Por ello se aplicaba una atribución exclusiva a uno de los progenitores y al otro un régimen de comunicación y estancia fijado de común acuerdo entre ellos o adjudicado por la autoridad judicial.

2. 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

Desde la entrada en vigor de la Ley 15/2005 de 8 de julio, se produce nuevamente la modificación de la regulación sobre la guarda y custodia de los hijos menores habidos dentro del matrimonio cuando se producen procesos de nulidad, separación y divorcio, concretamente en el artículo 92 del Código Civil. Ya en comparación con los preceptos anteriores, con su aprobación sí que se ve un cambio en la adaptación de la Ley a los tiempos modernos y la evolución de la sociedad, logrando que los progenitores inmersos en un procedimiento de separación o divorcio tengan la posibilidad de seguir teniendo los mismos derechos y obligaciones para con los hijos del mismo modo que antes de la ruptura matrimonial. Esta Ley dio pie a establecer la guarda y custodia compartida a los progenitores tanto mediante el acuerdo llegado en el convenio regulador solicitado por ambos, siendo preceptivo el informe del Ministerio Fiscal aunque este no sea vinculante para el Juez en caso de mutuo acuerdo, y debiendo ser oídos los menores si así se considere necesario, y también como por imposición judicial.

Esta imposición judicial fue una de las principales novedades de la citada ley, ya que da la posibilidad a que sea el propio juez el que decida la concesión en los casos de separación o divorcio contencioso, donde solo uno de los progenitores fuese el

solicitante de la guarda y custodia compartida, tras recabar los informes pertinentes *favorables*⁵ del Ministerio Fiscal e incluso informes de profesionales debidamente cualificados, y obviamente siempre que el progenitor solicitante no se háyase incurrido en ningún procedimiento 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.

3. Principales modificaciones a destacar de la Ley 15/2005 de 8 de julio

La Ley 15/2005, de 8 de julio trajo consigo modificaciones del Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, derogando en su momento disposiciones que habían estado en vigor durante casi un cuarto de siglo, incluyendo en la citada materia importantes modificaciones que actualmente merece la pena recordar por su relación con el estudio:

- **Demanda de divorcio:** Cualquiera de los esposos puede demandar el divorcio sin que el demandado pueda oponerse a la petición por motivos materiales, y sin que el juez pueda rechazar la petición, salvo por motivos procesales simplemente con el requisito de que hayan transcurrido tres meses desde la celebración del matrimonio. Desaparecen así los listados de causas de separación y de divorcio y no existe necesidad de alegar justa causa.
- **Sin necesidad de separación previa:** Posibilidad de disolución del matrimonio por divorcio sin necesidad de la previa separación de hecho o judicial. No obstante, se mantiene la separación judicial, para aquellos casos en los que los cónyuges, decidan no optar por la disolución de su matrimonio.
- **Libertad de decisión de los padres respecto del ejercicio de la patria potestad:** En este sentido, se prevé expresamente que puedan acordar en el convenio regulador que el ejercicio se atribuya exclusivamente a uno de ellos, o bien a ambos de forma compartida. También el Juez, en los procesos incoados a instancia de uno solo de los cónyuges, y en atención a lo solicitado por las partes, puede adoptar una decisión en este sentido.
- **Guardia y custodia:** Los padres deberán decidir si se ejercerá sólo por uno de

⁵ Código Civil (Vid. Art. 92.8) «Téngase en cuenta la STC 185/2012, de 17 de octubre que declara inconstitucional el inciso “*favorable*” contenido en el apartado 8 de este precepto

ellos o bien por ambos de forma compartida. Para no perjudicar a los hijos, cualquier medida que imponga trabas o dificultades a la relación de un progenitor con sus descendientes debe encontrarse amparada en serios motivos, tratándose de superar así las consecuencias indeseables para los hijos de los casos de separación-sanción que se daban con la anterior regulación. Se desarrolla ampliamente la posibilidad de la guardia y custodia compartida.

- **Mediación:** Se establece la mediación como un recurso voluntario alternativo de solución de los litigios familiares por vía de mutuo acuerdo con la intervención de un mediador, imparcial y neutral. Las partes pueden pedir en cualquier momento al Juez la suspensión de las actuaciones judiciales para acudir a la mediación familiar y tratar de alcanzar una solución consensuada en los temas objeto de litigio. Se anuncia un proyecto de ley sobre mediación.
- **Intervención judicial solo cuando haya sido imposible el pacto:** La intervención judicial debe reservarse para cuando haya sido imposible el pacto, o el contenido de las propuestas sea lesivo para los intereses de los hijos menores o incapacitados, o uno de los cónyuges, y las partes no hayan atendido a sus requerimientos de modificación. Sólo en estos casos deberá dictar una resolución en la que imponga las medidas que sean precisas.
- **Obligaciones de los cónyuges:** Se desarrollan las obligaciones de los cónyuges, incluyendo las responsabilidades domésticas y el cuidado y atención de personas dependientes.
- **Reconocimiento de la reconciliación:** Para reconocerse la reconciliación será preciso que ambos cónyuges, por separado, se lo comuniquen al juez.
- **Convenio regulador:** Se potencia el contenido del mismo.
- **Compensación al cónyuge:** La compensación al cónyuge al que la separación o el divorcio produzca un desequilibrio económico, alternativamente a de una pensión, podrá consistir en una prestación única.
- **Derechos sucesorios del cónyuge separado:** Tras la nueva regulación, el cónyuge separado de hecho sólo tendrá derechos sucesorios si está incluido en el testamento.

IV. LA CUSTODIA COMPARTIDA SEGÚN LA LEY ARAGONESA 2/2010 ANTES DE LA REFORMA DE LEY

La Ley aragonesa 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las Relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres, pero que es más conocida coloquialmente como “Ley de custodia compartida”. Esta Ley no hace más que atender una importante demanda social que ha supuesto un cambio del tradicional esquema de reparto de potestades en cuanto a lo referente a la Custodia compartida, pasando de la habitual custodia individual a la aplicación de forma preferente de la custodia compartida en los supuestos de ruptura de la convivencia entre los padres y en ausencia de pacto de relaciones familiares. Siempre tratando de favorecer el mejor interés de los hijos y promover la igualdad entre los progenitores.

Lo que fundamenta la custodia compartida es la conjunción de dos derechos básicos que son importante tener en cuenta, por un lado tenemos el Derecho de los hijos a mantener una relación equilibrada, sana y continuada con ambos padres, y por otro el Derecho o más bien Deber de los padres a la crianza y educación de los hijos en el ejercicio de la autoridad familiar, conservando de ese modo unos lazos afectivos que ayudarán, tanto al menor o menores atrapados en medio del trance que supone una ruptura familiar como recíprocamente a sus padres, ayudando al conjunto a aceptar de mejor forma la nueva situación familiar y personal, pues la cercanía de los progenitores implicándose de manera efectiva en todos los aspectos de la educación y desarrollo de los hijos, no solo atenúa la gravedad del asunto sino que reduce la litigiosidad entre las partes pues se minimiza la desigualdad que supone el otorgamiento individual de la custodia a uno solo de los progenitores.

No hay que dejar de lado lo que ha sido una constante en todas las Democracias de países desarrollados, y no es otra que la preocupación por la protección del menor y de la familia. En nuestra Constitución de 1978, este principio se reconoce en el artículo 39, y en el Estatuto de Autonomía de Aragón, lo tenemos reflejado en su artículo 24 donde impone a los poderes públicos aragoneses adoptar políticas que garanticen la protección de las relaciones familiares y la igualdad entre el hombre y la mujer. Igualmente, la Convención sobre los Derechos del Niño, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y ratificada por España el 30 de noviembre de 1990, obliga a los Estados a respetar el derecho del niño a mantener

relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo que fuera contrario al interés superior del niño.⁶

Hoy día en el contexto de una sociedad civilmente más avanzada, la cual promueve y demanda una igualdad entre ambos sexos más efectiva en todos los sectores, debido al cambio en el desarrollo profesional de la mujer y el deseo de los hombres de una mejor y mayor implicación en la vida y desarrollo familiar, este hecho demanda un cambio en el esquema tradicional en cuanto a la atribución en exclusiva a la madre, siendo la opción más progresista la de custodia compartida y la más favorable para fomentar la corresponsabilidad de los padres en el ejercicio de la autoridad familiar de forma que acrecienta y favorece la distribución igualitaria de los roles sociales e igualmente en el marco del hogar entre hombres y mujeres.

Definitivamente, la motivación principal de la presente Ley no es otra que los importantes cambios que se han ido produciendo en la sociedad aragonesa en las últimas décadas como consecuencia de la incorporación de la mujer al mundo laboral, circunstancia que ha generado unas nuevas condiciones familiares que se ajustan más al modelo de custodia compartida que al modelo de custodia individual. Es por ello que a pesar de que aún queda mucho para conseguir una igualdad de género efectiva, esta ley lo que pretende conseguir es un avance hacia la igualdad sociológica entre mujeres y hombres.

Como idea principal, la Ley adopta la custodia compartida como cuestión preferente en cuanto al régimen de custodia que el Juez adopta en interés de los hijos menores a falta de pacto entre los progenitores, salvo claro está, en los supuestos en que la custodia individual fuere lo más conveniente para los menores, este asunto queda plasmado en su articulado concretamente en su artículo 6⁷ que posteriormente se incorporó íntegramente

⁶ Ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño. adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989. Artículo 9. 3. « Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño».

⁷ Artículo 6 Guarda y custodia de los hijos:

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

al artículo 80.2 del Código del Derecho Foral de Aragón, aprobado por Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo. Obviamente poco cabe decir sobre la decisión del Juez, ya que esta ha de estar motivada teniendo en cuenta el plan de relaciones familiares y los factores a los que se refiere la propia Ley, como son la edad de los hijos, su arraigo social y familiar de los hijos, se tendrá en cuenta su opinión, la aptitud y voluntad de los progenitores para garantizar la estabilidad de los hijos y las posibilidades de estos para conciliar su vida familiar y laboral. Contempla la Ley igualmente, que en todo acuerdo de custodia, salvo circunstancias excepcionales, nunca se han de separar a los hermanos. Es por ello que la finalidad de la custodia compartida no es otra que el reparto efectivo de los derechos y responsabilidades que tienen los padres, manteniendo unas relaciones continuadas de afecto gracias a la convivencia y a una participación directa en su desarrollo y educación.

Esto último no implica necesariamente que la residencia habitual del menor o menores implicados se vea envuelta en una alternancia de ellos con sus progenitores en periodos

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.

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.

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.

4. Salvo circunstancias que lo justifiquen específicamente, no se adoptarán soluciones que supongan la separación de los hermanos.

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.

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 o hijas, 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.

iguales, sino que implica un uso de tiempo adecuado para el desarrollo y cumplimiento de la finalidad de la custodia compartida, por ello la propia Ley propone un marco flexible para que el propio Juez pueda valorar y estudiar todas las circunstancias que concurran en cada caso concreto pudiendo decidir para cada caso el régimen de convivencia más adecuado para cada situación en interés de la relación familiar más efectiva.

Por otra parte, una de las causas que expresamente prevé la ley para no otorgar la custodia, ni individual ni compartida, es la violencia doméstica o de género, en línea con el compromiso asumido por los poderes públicos para prevenir, erradicar y castigar la violencia doméstica en todos los ámbitos de la sociedad.

En la Ley también se contempla la regulación y reglas que han de regir la atribución del uso de la vivienda familiar, haciendo por supuesto distinción en función al régimen de custodia establecido. En el caso de la custodia individual, la atribución del domicilio familiar se atribuye con carácter general al progenitor que ostente la custodia, siempre y cuando no afecte el interés de sostenimiento de las relaciones familiares, lo cual si es más aconsejable, se atribuirá en favor al otro progenitor. Pero en el caso de custodia compartida, el criterio a seguir será el de la atribución en favor del progenitor más necesitado en base al criterio de igualdad que prevalece en este tipo de régimen de custodia.

De todos modos, en cualquiera de los casos, el uso y disfrute así como la atribución de la vivienda familiar y su ajuar a uno de los progenitores tendrá un carácter temporal, pudiéndose dar el caso, admitido en la propia Ley, de que el propio Juez acuerde la venta de la vivienda familiar cuando ello sea necesario o aconsejable para el sustento y la armonía de unas adecuadas relaciones familiares.

V. LEY 6/2019, DE 21 DE MARZO, DE MODIFICACIÓN DEL DECRETO LEGISLATIVO 1/2011, DE 22 DE MARZO, DEL GOBIERNO DE ARAGÓN, POR EL QUE SE APRUEBA, CON EL TÍTULO DE “CÓDIGO DEL DERECHO FORAL DE ARAGÓN”, EL TEXTO REFUNDIDO DE LAS LEYES CIVILES ARAGONESAS EN MATERIA DE CUSTODIA.

En sesión celebrada los días 21 y 22 de marzo de 2019, El Pleno de las Cortes de Aragón, Siendo su presidenta Doña Violeta Barba Borderías, se aprobó la Proposición de Ley de modificación del Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba con el título de «Código del Derecho Foral de Aragón», el Texto Refundido de las leyes civiles aragonesas, en materia de custodia, enmienda presentada por los Grupos Parlamentarios Socialista y Podemos Aragón, y las Agrupaciones Parlamentarias Chunta Aragonesista e Izquierda Unida de Aragón⁸.

La base que sustenta la modificación de la Ley no es otra que el legítimo interés del menor, hecho contemplado en el artículo 76.2 del Código de Derecho Foral de Aragón⁹ que sigue la coherencia de la Ley 12/2001 de 3 de julio, de la infancia y la adolescencia en Aragón, así como en las Convenciones de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, la Carta Europea del Parlamento Europeo sobre los Derechos del Niño, la Ley Orgánica de Protección Jurídica del menor (modificada por la Ley de 26/2015, de 28 de julio) y en la sentencia del Tribunal Constitucional del 29 de mayo de 2000¹⁰.

Por razonamiento de lo anteriormente citado, la Ley alude que en caso de ruptura de la convivencia de los progenitores y a falta de acuerdo entre ellos sobre la custodia de sus descendientes, la decisión que han de tomar los tribunales debe hacerse atendiendo única y exclusivamente al beneficio de los intereses del menor, sin que sea conveniente que los legisladores con carácter general o preferente establezcan el régimen de custodia.

De hecho, en las legislaciones actuales y vigentes en el territorio español, ninguna preestablece la custodia compartida como la individual generalizada o prejuzga qué clase de custodia ha de adoptarse de forma preferente, claro está salvo las excepciones que por Ley se estiman en función del caso y siempre en pro de lo más beneficioso para

⁸ BOCA núm. 310, de 21 de enero de 2019.

⁹ Artículo 76. Derechos y principios. 2. Toda decisión, resolución o medida que afecte a los hijos menores de edad se adoptará en atención al beneficio e interés de los mismos. (CDFA)

¹⁰ STC 141/2000 de 29 de mayo (BOE núm. 156, de 30 de junio de 2000) “Vulneración del derecho a la libertad de creencias: restricción de los derechos de visita de un padre, miembro del Movimiento Gnóstico Cristiano Universal de España, justificada únicamente por su pertenencia a un movimiento espiritual, sin prueba alguna sobre riesgos o perjuicios para sus hijos menores de edad.”

el menor.

La propia Ley reconoce lo incierto que supone el concepto jurídico del interés del menor, para lo cual se apoya en la Ley de Protección Jurídica del Menor, modificada por la Ley 26/2015, concretamente en su artículo 2¹¹ donde se establecen unos criterios

¹¹ **Artículo 2 Interés superior del menor**

1. Todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado. En la aplicación de la presente ley y demás normas que le afecten, así como en las medidas concernientes a los menores que adopten las instituciones, públicas o privadas, los Tribunales, o los órganos legislativos primará el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir. Las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva y, en todo caso, siempre en el interés superior del menor.

2. A efectos de la interpretación y aplicación en cada caso del interés superior del menor, se tendrán en cuenta los siguientes criterios generales, sin perjuicio de los establecidos en la legislación específica aplicable, así como de aquellos otros que puedan estimarse adecuados atendiendo a las circunstancias concretas del supuesto:

a) La protección del derecho a la vida, supervivencia y desarrollo del menor y la satisfacción de sus necesidades básicas, tanto materiales, físicas y educativas como emocionales y afectivas.

b) La consideración de los deseos, sentimientos y opiniones del menor, así como su derecho a participar progresivamente, en función de su edad, madurez, desarrollo y evolución personal, en el proceso de determinación de su interés superior.

c) La conveniencia de que su vida y desarrollo tenga lugar en un entorno familiar adecuado y libre de violencia. Se priorizará la permanencia en su familia de origen y se preservará el mantenimiento de sus relaciones familiares, siempre que sea posible y positivo para el menor. En caso de acordarse una medida de protección, se priorizará el acogimiento familiar frente al residencial. Cuando el menor hubiera sido separado de su núcleo familiar, se valorarán las posibilidades y conveniencia de su retorno, teniendo en cuenta la evolución de la familia desde que se adoptó la medida protectora y primando siempre el interés y las necesidades del menor sobre las de la familia.

d) La preservación de la identidad, cultura, religión, convicciones, orientación e identidad sexual o idioma del menor, así como la no discriminación del mismo por éstas o cualesquiera otras condiciones, incluida la discapacidad, garantizando el desarrollo armónico de su personalidad.

3. Estos criterios se ponderarán teniendo en cuenta los siguientes elementos generales:

a) La edad y madurez del menor.

b) La necesidad de garantizar su igualdad y no discriminación por su especial vulnerabilidad, ya sea por la carencia de entorno familiar, sufrir maltrato, su discapacidad, su orientación e identidad sexual, su condición de refugiado, solicitante de asilo o protección subsidiaria, su pertenencia a una minoría étnica, o cualquier otra característica o circunstancia relevante.

c) El irreversible efecto del transcurso del tiempo en su desarrollo.

d) La necesidad de estabilidad de las soluciones que se adopten para promover la efectiva integración y desarrollo del menor en la sociedad, así como de minimizar los riesgos que cualquier cambio de situación material o emocional pueda ocasionar en su personalidad y desarrollo futuro.

e) La preparación del tránsito a la edad adulta e independiente, de acuerdo con sus capacidades y circunstancias personales.

f) Aquellos otros elementos de ponderación que, en el supuesto concreto, sean considerados pertinentes y respeten los derechos de los menores.

Los anteriores elementos deberán ser valorados conjuntamente, conforme a los principios de necesidad y proporcionalidad, de forma que la medida que se adopte en el interés superior del menor no restrinja o limite más derechos que los que ampara.

4. En caso de concurrir cualquier otro interés legítimo junto al interés superior del menor deberán priorizarse las medidas que, respondiendo a este interés, respeten también los otros intereses legítimos presentes.

En caso de que no puedan respetarse todos los intereses legítimos concurrentes, deberá primar el

generales que deben tenerse en cuenta sin menoscabar la discrecionalidad de los Tribunales y en beneficio del menor en función del desarrollo de cada caso concreto. Igualmente se ampara en el encuentro de Jueces y Abogados de Familia que tuvo lugar en Madrid en octubre de 2015, organizado por el Consejo General del Poder Judicial, en el cual se concluyó que: *“La guarda y custodia compartida se otorgará en función del interés del menor en cada caso concreto. Ninguna forma de custodia debe ser preferente”*.

Es por ello que el propósito de esta Ley sea la modificación del artículo 80.2 de la Ley 2/2010 de 26 de mayo, el cual se integró en el Código del Derecho Foral Aragonés aprobado por el Decreto Legislativo 1/2011 de 22 de marzo, habiendo sido la Comunidad Aragonesa pionera en esta materia adoptando con carácter preferente el régimen de custodia compartida en caso de ruptura y en el supuesto de desacuerdo de los progenitores al respecto, quedando tras la modificación el artículo del siguiente modo:

“Artículo único. Modificación del Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de “Código del Derecho Foral de Aragón”, el texto refundido de las Leyes civiles aragonesas. Se introducen las siguientes modificaciones en el artículo 80.2 del Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de “Código del

interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir.

Las decisiones y medidas adoptadas en interés superior del menor deberán valorar en todo caso los derechos fundamentales de otras personas que pudieran verse afectados.

5. Toda medida en el interés superior del menor deberá ser adoptada respetando las debidas garantías del proceso y, en particular:

- a) Los derechos del menor a ser informado, oído y escuchado, y a participar en el proceso de acuerdo con la normativa vigente.
- b) La intervención en el proceso de profesionales cualificados o expertos. En caso necesario, estos profesionales han de contar con la formación suficiente para determinar las específicas necesidades de los niños con discapacidad. En las decisiones especialmente relevantes que afecten al menor se contará con el informe colegiado de un grupo técnico y multidisciplinar especializado en los ámbitos adecuados.
- c) La participación de progenitores, tutores o representantes legales del menor o de un defensor judicial si hubiera conflicto o discrepancia con ellos y del Ministerio Fiscal en el proceso en defensa de sus intereses.
- d) La adopción de una decisión que incluya en su motivación los criterios utilizados, los elementos aplicados al ponderar los criterios entre sí y con otros intereses presentes y futuros, y las garantías procesales respetadas.
- e) La existencia de recursos que permitan revisar la decisión adoptada que no haya considerado el interés superior del menor como primordial o en el caso en que el propio desarrollo del menor o cambios significativos en las circunstancias que motivaron dicha decisión hagan necesario revisarla. Los menores gozarán del derecho a la asistencia jurídica gratuita en los casos legalmente previstos.»

Derecho Foral de Aragón”, el texto refundido de las Leyes civiles aragonesas, que queda redactado como sigue: “2. El Juez adoptará la custodia compartida o individual de los hijos e hijas menores atendiendo a su interés, 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) La dedicación de cada progenitor/a al cuidado de los hijos e hijas durante el periodo de convivencia. g) Cualquier otra circunstancia de especial relevancia para el régimen de convivencia”¹²

VI. ENMIENDAS Y OPINIONES CONTRARIAS AL CAMBIO DE LEY POR PARTE DE LOS GRUPOS PARLAMENTARIOS

Con fecha 13 de marzo de 2019, celebrada la sesión por la Mesa de las Cortes de Aragón, se aprueban el insertar las enmiendas presentadas por los integrantes de los partidos políticos que se muestran contrarios a la Proposición de Ley de modificación del Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba con el título de «Código del Derecho Foral de Aragón», el Texto Refundido de las leyes civiles aragonesas, en materia de custodia, potestad que confiere a los componentes del Gobierno el Reglamento de la Cortes de Aragón en virtud de los artículos 181.6¹³ en relación con el artículo 164¹⁴.

¹² Núm. 66 Boletín Oficial de Aragón 04/04/2019

¹³ **Artículo 181. Debate sobre la toma en consideración.** 6. Una vez concluido el plazo de propuesta de audiencias legislativas o celebradas estas, la Mesa de la Comisión procederá a la apertura del correspondiente plazo de presentación de enmiendas, que solo podrán ser parciales al articulado.

¹⁴ **Artículo 164. Requisitos y clases de enmiendas.** 1. Concluido el plazo para proponer las audiencias legislativas señaladas en el artículo anterior o sustanciadas las mismas, la Mesa de las Cortes acordará la apertura de un plazo de quince días para la presentación de enmiendas al proyecto de ley por los Diputados y los grupos parlamentarios, mediante escrito dirigido a la Mesa de la Comisión. 2. El escrito de enmienda deberá llevar la firma del proponente y la del Portavoz del grupo parlamentario a que pertenezca, a los meros efectos de conocimiento. La ausencia de esta última firma determinará la no asunción de la enmienda por el grupo parlamentario de que se trate, pero no impedirá su tramitación. 3. Las enmiendas podrán ser a la totalidad con texto alternativo o parcial al articulado. 4. Serán enmiendas a la totalidad con texto alternativo las que propongan un texto completo alternativo al proyecto presentado por el Gobierno de Aragón. Solo podrán ser presentadas por los grupos parlamentarios. 5. Las enmiendas al articulado podrán ser de supresión, modificación o adición. En los

Por un lado D.^a Susana Gaspar Martínez, Diputada del Grupo Parlamentario Ciudadanos-Partido de la Ciudadanía (C's) sugiere una enmienda de supresión sobre el artículo único de la Proposición de Ley anteriormente citada por considerar que es lo más conveniente, para ello sugiere una enmienda de modificación sobre dicho artículo el cual bajo su criterio o de su grupo parlamentario debiera quedar de la siguiente forma: “«2. *En todo caso, el Juez decidirá, de manera preferente y en atención al interés superior del menor, que su custodia sea ejercida de forma conjunta por ambos progenitores, siempre que no concurren causas debidamente justificadas que aconsejen lo contrario, y con independencia de la existencia o no de acuerdo entre los progenitores.*»”. Igualmente hace hincapié en la adición de dos puntos más al articulado, añadiendo un punto 2 bis y otro 2 ter, los cuales guardan similitud con los apartados 2 y 6 del artículo 80 del Código de Derecho Foral de Aragón, el cual es precisamente el objeto de modificación de la Proposición de Ley.

No es de extrañar la oposición a la reforma por parte del Grupo Parlamentario de Ciudadanos ya que fueron ellos mismos lo precursores de una Proposición de Ley de impulso a la guardia y custodia compartida de los menores en los casos de ruptura de la convivencia de los progenitores¹⁵.

En dicha Proposición, en su exposición de motivos, el Grupo Parlamentario de Ciudadanos hace alusión a las Sentencias del Tribunal Supremo, concretamente alude a su sentencia de 29 de abril de 2013¹⁶, pionera en esta materia, donde señala que la redacción del artículo 92 del Código Civil «*no permite concluir que [la guarda y custodia compartida] se trate de una medida excepcional, sino que al contrario, habrá de considerarse normal e incluso deseable, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea*». Asimismo, en octubre de 2014 el Alto Tribunal estimó que «*la custodia compartida conlleva como premisa la necesidad de que entre los padres exista una relación de mutuo respeto que permita la de adopción de actitudes y conductas que beneficien al menor, que no perturben su*

dos últimos supuestos, la enmienda deberá contener el texto concreto que se proponga. 6. A todos los efectos del procedimiento legislativo, cada disposición adicional, transitoria, derogatoria o final tendrá la consideración de un artículo, al igual que el título de la ley, las rúbricas de las distintas partes en que esté sistematizado, la propia ordenación sistemática y la exposición de motivos.

¹⁵ BOLETÍN OFICIAL DE LAS CORTES GENERALES: CONGRESO DE LOS DIPUTADOS XII LEGISLATURA Serie B: PROPOSICIONES DE LEY 15 de octubre de 2018 Núm. 316-1 Pág. 1

¹⁶ STS de 29 de abril de 2013 (RJ 2013\3269)

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».

En la misma exposición, además de hacer alusión a nuestra comunidad, hace constar que a pesar de la falta de unidad de criterios por parte de las propias Comunidades Autónomas, la tendencia es que la aplicación de la Custodia compartida se está haciendo cada vez más extensiva en su aplicación para los casos de rupturas matrimoniales con menores al cargo, y es por ello que incluyen en su artículo primero la modificación del artículo 92 del Código Civil publicado por Real Decreto de 24 de julio de 1889, el cual como principal cambio es que en todo caso, el Juez decidirá, de manera preferente y en atención al interés superior del menor, que su guarda y custodia sea ejercida de forma conjunta por ambos progenitores, siempre que no concurran causas debidamente justificadas que aconsejen lo contrario, y con independencia de la existencia o no de acuerdo entre los progenitores.

Igualmente la representante del Partido Aragonés la Diputada D.^a María Herrero Herrero no solo aconsejan la supresión del artículo único de la Proposición de Ley sino que también la supresión de la exposición de motivos ya que lo consideran lo más adecuado. El Grupo Parlamentario Popular, al amparo de lo establecido en el artículo 207.2 del Reglamento de las Cortes de Aragón y a través de su portavoz M.^a Del Mar Vaquero Perriñez formula la enmienda de modificación al Artículo único, por el que se modifica el artículo 80.2 que quedaría redactado como sigue: *«2. El Juez adoptará de forma preferente la custodia compartida de ambos progenitores 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 su entender, la motivación es que como regla general ha de ser el Juez quien estudie de manera general y opte como primera opción por la posibilidad de una custodia compartida, salvo que criterios del caso concreto aconsejen fijar la custodia individual. El mismo Grupo Parlamentario expone que habría que suprimir del artículo único que modifica el artículo 80.2 el apartado f por entender que atenta contra la libertad de las familias de organizarse libremente durante el periodo de convivencia, sin que esa libertad pueda estar condicionada por una posible ruptura de la convivencia en el futuro.

VII. INFORME EN CONTRA DE LA REFORMA DEL JUSTICIA DE ARAGÓN

El Grupo Parlamentario del PAR mediante escrito presentado ante El Justicia de Aragón por su Portavoz D. Arturo Aliaga López en fecha 13 de febrero de 2019, siguiendo la línea de anteriores expedientes sobre la Propuesta de Ley de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres, que ya dio lugar a la Ley 10/2010 denominada de Custodia Compartida, solicitó a la Institución que diera su opinión sobre la modificación del artículo 80.2 del Código de Derecho Foral de Aragón en Proposición de Ley de 16 de enero de 2019, a lo cual su titular el Señor D. Ángel Dolado Pérez se dispuso a exponer una serie de ideas y razonamientos por las cuales procedería a no modificar la norma a debate.

Aclarar que las misiones del Justicia de Aragón recogidas en su Ley reguladora se encuentran la defensa de los derechos y libertades de los aragoneses, la defensa del Estatuto de Autonomía tutela del ordenamiento jurídico aragonés¹⁷. Igualmente la misma Ley permite a los Diputados de la Cortes de Aragón dirigirse al Justicia de Aragón¹⁸ para solicitar que actúe en relación a las quejas que se formulen, por ello cabe destacar que no es misión del Justicia de Aragón el interferir en la labor parlamentaria de la Cortes de Aragón ni supervisar de modo alguno la actuación legislativa, salvo en el residual supuesto contemplado en el artículo 28 de su Ley reguladora, por lo que adelanto que el informe que a posteriori paso a analizar pudo haber sido de valoración por los Grupos Parlamentarios en la medida que se estimase oportuno por lo que el citado informe en ningún caso podrá llevar a emisión de ninguna recomendación hacia los miembros y órganos de la Cámara.

El Justicia trata datos estadísticos extraídos de dos trabajos de 2012¹⁹ y 2017²⁰ de los cuales saca la conclusión de que aún sigue habiendo más custodias individuales que compartidas por acuerdos de sus progenitores o por declinación judicial al entorno

¹⁷ LEY 4/1985, DE 27 DE JUNIO, Reguladora del Justicia de Aragón, arts. 1,31 y 59

¹⁸ LEY 4/1985, DE 27 DE JUNIO, Reguladora del Justicia de Aragón, art. 12.1.b

¹⁹ SERRANO GARCÍA, MOLINS GARCÍA ATANCE Y FERRER ANDRÉS, “Custodia compartida en Aragón”, *Actas de los XXII Encuentros de Foro de Derecho Aragonés*, ed. El justicia de Aragón, 2012, págs. 295 y ss. [en particular págs. 313 a 322]

²⁰ MOSEÑE GRACIA, CHÁRLEZ ARÁN Y LAGUARDIA HERNANDO sobre “Experiencia práctica y balance de la custodia compartida”, en *Actas de XXVII Encuentros de Foro de Derecho Aragonés*, ed. El Justicia de Aragón, 2017, págs. 43 y ss.

materno, pero que la opción de compartir la custodia va en aumento, no porque sea la opción preferente del legislador, sino porque cada vez se está pactando este régimen entre los padres por ser más equitativo y siempre en atención del interés superior del menor.

A nivel sociológico, las nuevas tendencias recogidas en los principios europeos de Derecho de Familia afirman que existe un derecho a que los hijos convivan con sus dos progenitores y estos a su vez de tengan el deber de implicarse en la crianza y educación de ellos. Por ello la Ley aragonesa 2/2010 fue pionera en España al asumir estos principios estableciendo la custodia compartida de forma preferente a imagen de otros países europeos como fueron Francia e Italia, justificándose el legislador en beneficio del interés del menor y siendo la opción más igualitaria y respetuosa para los padres acorde a una sociedad moderna que demanda la corresponsabilidad parental tanto en la convivencia como en la ruptura. La ley aragonesa lo que ha conseguido durante su vigencia ha sido educar a la sociedad aragonesa en la igualdad de género, lo que ha llevado a un incremento progresivo de custodias compartidas sin necesidad de ejercer la preferencia el Juez e igualmente en las de régimen individual en favor del interés del menor acrecentar el régimen de visitas para el progenitor no custodio lo que ayuda a mantener mejores relaciones paterno filiales.

Otra virtud de la Ley de 2010 era la perspectiva de género, la cual antes de la entrada en vigor de dicha Ley se decantaba en favor de la mujer en casos de falta de acuerdos, por lo que los hijos se convertían en una buena herramienta de presión para conseguir mejores acuerdos económicos o de pactos, manteniendo a la mujer en un estado de dependencia económica del varón y de desventaja a la hora de la incorporación laboral. A esto la Ley modificó esta realidad en su origen, pues no daba ventaja a ningún progenitor a la hora de pacto dando pie a la igualdad y en caso de desacuerdo prevalecerá el interés del menor a convivir con sus progenitores en igualdad de condiciones, además visto desde otro prisma, el cambio de la monoparentalidad a la coparentalidad abre una nueva vía de escape para la mujer en favor de su integración al mercado laboral.

En base a la doctrina²¹ tenida en cuenta por el Justicia para la redacción de su informe

²¹ - BAYOD LÓPEZ, “Derecho Foral Aragonés, aplicación y posibles líneas de reforma” en Jornadas de Derecho Foral Aragonés. Derecho Aragonés, aplicación y análisis comparativo con otros Derechos Forales. Ed. Gobierno de Aragón, Zaragoza, 2013, págs. 9 a 65

- BAYOD LÓPEZ, CARMEN: *El Derecho Civil aragonés en el contexto europeo de Derecho Privado*.

se demuestra que la opción de la custodia compartida elegida por el legislador, así como la regulación de las relaciones entre padres e hijos, son claramente un modelo a exportar, de hecho tal regulación la encontramos reflejada en la reciente propuesta del nuevo Código Civil redactado por la asociación de profesores de Derecho Civil Aragonés. Igualmente recuerda que tras el tiempo de vigencia de la citada Ley, esta no ha ocasionado ningún problema de aplicación, más si cabe lo que se ha conseguido es dotar a una consolidada jurisprudencia de mayor seguridad en la aplicación de la ley.

A tenor del informe del Justicia se deduce que las modificaciones que se han realizado con la reforma de una regulación ya consolidada y con un buen funcionamiento como queda demostrado por los estudios referidos, no solo afecta a un articulado concreto, sino que afecta a toda la regulación pues si se modifica un aspecto esencial se produce un desequilibrio absoluto del resto de preceptos, lo cual puede generar un gran sentimiento de inseguridad e incluso modificaciones en situaciones familiares ya consolidadas al albor de esta reforma, ya que en sí misma la reforma no conlleva la resolución de ningún problema práctico, en cambio sí puede ocasionarlos al no tener en cuenta la sistemática conjunta del Código Foral.

En su informe, el Justicia hace una recomendación en virtud del interés del menor, haciendo referencia a la inclusión de la figura del coordinador de parentalidad como auxiliar del Juez para conocer la realidad de cada familia tras la ruptura conyugal, ya que según afirma, no siempre en los procedimientos contenciosos, se puede garantizar que se haya podido tener en cuenta todos los factores y realidades circunstanciales de cada caso particular.

La coordinación de parentalidad es un proceso centrado en los niños mediante profesionales con formación en mediación y psicología clínico-forense, los cuales asisten a los progenitores en aquellas situaciones de alta conflictividad provocadas en

(*Evolución histórica y relaciones con el Derecho Civil español*), ed. IFC, Zaragoza, 2019

- FERRER ANDRES, M. “*Algunas ideas procesales y sustantivas de las sentencias de primera instancia de Zaragoza en los dos primeros años de custodia compartida*” en XXII Encuentros de Foro de Derecho Aragonés, ed. El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2012, págs. 355 a 378.

- MOLINS GARCÍA ATANCE, E: “*La guarda y custodia tras la ruptura de la convivencia de los padres en el Derecho Foral Aragonés*” en Jornadas de Derecho Foral Aragonés. Derecho Aragonés, aplicación y análisis comparativo con otros Derechos Forales. Ed. Gobierno de Aragón, Zaragoza, 2013, págs. 106 a 142

- SERRANO Y BAYOD, *Lecciones de Derecho de Familia*, ed. Kronos, Zaragoza, 2016, págs. 145 y ss.

- SERRANO GARCÍA, José Antonio: “*El Derecho Civil Aragonés en el contexto español y europeo*”, ed. El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2018

los momentos de ruptura matrimonial o de convivencia marital, ayudando a estos a resolver oportunamente sus disputas, dando pautas de educación sobre las necesidades que surjan por y para los hijos, en la toma de decisiones conforme a las condiciones establecidas en las sentencias, todo ello bajo la supervisión y dirección del Juez de familia.

VIII. CONCLUSIONES

Observando en Derecho comparado tanto en Europa con los Principios de Derecho de familia relativos a la responsabilidad parental adoptados por la Commission on European Family Law, como por los Principales institutos de Derecho americanos (American Law Institute), todos ellos aceptan como medida para la salvaguarda del menor la opción de custodia compartida²². Factor determinante por ejemplo en legislaciones de países como Francia e Italia en los cuales se establece una fuerte presunción en favor de este régimen de custodia de los hijos, criterio que por cercanía encontramos en la Ley Vasca 7/2015 de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos²³ de separación o ruptura de los progenitores, e igualmente se hallaba en la

²² MARTINEZ DE AGUIRRE, "La regulación de la custodia compartida en la Ley de igualdad de las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres", Actas de los XX encuentros de Foro de Derecho aragonés, ed. El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2010, nota al pie 36, pág. 19

²³ Ley Vasca 7/2015 de 30 de junio (vid. Art. 9) « 1. Cada uno de los progenitores por separado, o de común acuerdo, podrá solicitar al juez, en interés de los menores, que la guarda y custodia de los hijos e hijas menores o incapacitados sea ejercida de forma compartida o por uno solo de ellos. Dicha solicitud deberá ir acompañada de una propuesta fundada del régimen de desarrollo de la custodia, incluyendo la determinación de los periodos de convivencia y relación, así como las formas de comunicación con el progenitor no custodio y, en su caso, con los demás parientes y allegados.

2. La oposición a la custodia compartida de uno de los progenitores o las malas relaciones entre ambos no serán obstáculo ni motivo suficiente para no otorgar la custodia compartida en interés del menor.

3. El juez, a petición de parte, adoptará la custodia compartida siempre que no sea perjudicial para el interés de los y las menores, y atendiendo en todo caso a las siguientes circunstancias:

a) La práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con los y las menores y sus actitudes personales, y la vinculación afectiva de los y las menores o incapacitados con cada uno de sus progenitores.

b) El número de hijos e hijas.

c) La edad de los hijos e hijas.

d) La opinión expresada por los hijos e hijas, siempre que tengan suficiente juicio y en todo caso si son mayores de 12 años.

e) El cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos e hijas y entre ellos, y el respeto mutuo en sus relaciones personales, así como su actitud para garantizar la relación de los hijos e hijas con ambos progenitores y con el resto de sus parientes y allegados.

f) El resultado de los informes a los que se refiere el apartado 4 de este artículo.

g) El arraigo social, escolar y familiar de los hijos e hijas.

h) Las posibilidades de conciliación de la vida laboral y familiar de cada progenitor, así como la actitud,

derogada Ley valenciana.

Las nuevas tendencias sociológicas insisten en señalar el derecho de los hijos a convivir con sus padres, y estos a ejercer una corresponsabilidad que implique la crianza y educación de ellos. Por ello, teniendo en cuenta la propuesta de un nuevo Código Civil redactado por la Asociación de profesores de Derecho Civil, no es de extrañar que se proponga el modelo aragonés como guía, pues ha sido abalado por el TS a través de la doctrina jurisprudencial de la Sala sobre la guarda y custodia compartida, no permitiendo concluir en la redacción del artículo 92 CC. De que se trate de una medida excepcional, sino que por el contrario, habrá que considerarse esta práctica como algo normal e incluso recomendable pues hace efectiva la relación y el derecho que tienen los hijos para relacionarse con ambos progenitores, obviamente siempre y cuando ello sea posible.

En cuanto a los alegatos formulados por los grupos parlamentarios, tanto en favor como en contra de la reforma de la Ley de custodia compartida, me llama en especial la atención la concebida por el Grupo Parlamentario Podemos, el cual haciendo honor a su afán contradictorio y con su juego de dualismo de género, deja entre ver enfoques que nada tienen que ver con una efectiva garantía de derechos e igualdades, véase por ejemplo citas como: “[...] *la afirmación de que “la custodia compartida trata de forma igualitaria a ambos progenitores”*. Sin embargo, esta afirmación abstracta de la igualdad ignora que existe, de facto, una fuerte desigualdad social entre mujeres y hombres en nuestra sociedad en lo que respecta a los cuidados de hijas e hijos. [...]” o

voluntad e implicación de cada uno de ellos para asumir sus deberes.

i) La ubicación de sus residencias habituales, así como los apoyos con los que cuenten.

j) Cualquier otra circunstancia concurrente en los progenitores o en los hijos e hijas que resulte relevante para el régimen de convivencia.

4. Antes de adoptar su decisión, las partes podrán aportar, o el juez, de oficio o a instancia de parte, recabar informes del servicio de mediación familiar, médicos, sociales o psicológicos de especialistas debidamente cualificados e independientes, relativos a la idoneidad del modo del ejercicio de la patria potestad y del régimen de custodia de los y las menores, y, en su caso, sobre la estancia, relación y comunicación de estos con el progenitor no conviviente u otras personas.

5. En los casos de custodia compartida, el juez fijará un régimen de convivencia de cada uno de los miembros de pareja con los hijos e hijas, adaptado a las circunstancias de la situación familiar, que garantice a ambos el ejercicio de sus derechos y obligaciones en igualdad.

6. El juez podrá otorgar a uno solo de los progenitores la guarda y custodia de la persona menor de edad cuando lo considere necesario para garantizar el interés superior del menor y a la vista de los informes sociales, médicos, psicológicos y demás que procedan. En este supuesto podrá fijar un régimen de comunicación, estancia o visitas con el otro progenitor que garantice las relaciones paterno filiales así como, en su caso, con la familia extensa.

7. Salvo circunstancias que los informes anteriores así justifiquen, no se adoptarán soluciones que supongan la separación de los hermanos y hermanas.»

“[...] *nuestra sociedad mantiene una carga desigual y discriminatoria de las tareas reproductivas y de cuidado, haciendo que estas recaigan mayoritariamente sobre las mujeres durante el matrimonio. Es por ello que resulta discriminatorio para las mujeres que cuando se rompe la unión se pretenda un trato igualitario ya que no eran iguales y estaban en situación de desventaja socioeconómica y cultural antes del divorcio.*”²⁴ Esto hace pensar si realmente los grupos que han hecho posible la aprobación de la reforma de Ley 6/2019 propuesta para la modificación del Decreto Legislativo 1/2011 de 22 de marzo del Gobierno de Aragón, lo han hecho, no solo pensando en la salvaguarda de los derechos de los menores, sino que hayan tratado de enmascarar una pugna por la supremacía de género invirtiendo roles del pasado, lo que de ser así, nos llevaría a una involución generacional y una vuelta atrás en la evolución y avance de una sociedad moderna.

A mi entender, la modificación de Ley entraña un detrimento en cuanto a los derechos del menor se refiere, pues pone en compromiso el interés del menor a convivir y disfrutar de la presencia de ambos progenitores para influir en su educación y desarrollo personal y afectivo. Igualmente en la debacle que supone una ruptura matrimonial, la anterior Ley pone a ambos litigantes en igualdad de condiciones a la hora de pactar acuerdos o de la atribución de la custodia, para que de ese modo este hecho no se convierta este asunto en un arma o moneda de cambio a la hora de litigar.

Por otro lado, al igual que argumenta el Sr. DOLADO, opino que la modificación puede afectar a la seguridad jurídica y conllevar consigo posibles cambios en acuerdos o situaciones ya consolidadas por parte de las familias a tenor de esta reforma, pues como bien señala “si se modifica un aspecto esencial se produce un desequilibrio absoluto del resto de los preceptos”

La figura del coordinador de parentalidad como auxiliar del juez para conocer la realidad de cada familia tras la ruptura de la pareja, me parece un hándicap muy aceptable para la consecución de un buen fin, ya que no siempre se puede conocer de primera mano la verdadera situación de una familia en situación de ruptura, por lo que a mi entender sería de gran ayuda, no solo para el juzgador, sino también para asegurar los intereses de los menores involucrados. Todo ello claro está desde un punto legal

²⁴ Web. Oficial de Podemos Aragón, “Modificamos la Ley de Custodia Compartida para primar la protección al menor”, Actualidad, Derechos sociales y libertades, Infancia Por Podemos Aragón 12 de febrero, 2019

admisible en Derecho y que no medie ninguna causa de exclusión o denegación de custodia de los recogidos en la Ley.

ANEXO

1. Bibliografía

- **BAYOD LÓPEZ**, “*Derecho Foral Aragonés, aplicación y posibles líneas de reforma*”, en Jornadas de Derecho Foral Aragonés. Derecho Aragonés, aplicación y análisis comparativo con otros Derechos Forales. Ed. Gobierno de Aragón, Zaragoza, 2013, págs. 9 a 65
- **BAYOD LÓPEZ, CARMEN**, “*El Derecho Civil aragonés en el contexto europeo de Derecho Privado*”. (Evolución histórica y relaciones con el Derecho Civil español), ed. IFC, Zaragoza, 2019
- **FERRER ANDRES, M.** “*Algunas ideas procesales y sustantivas de las sentencias de primera instancia de Zaragoza en los dos primeros años de custodia compartida*” en XXII Encuentros de Foro de Derecho Aragonés, ed. El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2012, págs. 355 a 378.
- **MARTINEZ DE AGUIRRE**, “*La regulación de la custodia compartida en la Ley de igualdad de las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres*”, Actas de los XX encuentros de Foro de Derecho aragonés, ed. El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2010, nota al pie 36, pág. 19
- **MOLINS GARCÍA ATANCE**, “*La guarda y custodia tras la ruptura de la convivencia de los padres en el Derecho Foral Aragonés*” en Jornadas de Derecho Foral Aragonés. Derecho Aragonés, aplicación y análisis comparativo con otros Derechos Forales. Ed. Gobierno de Aragón, Zaragoza, 2013, págs. 106 a 142
- **MOSEÑE GRACIA, CHÁRLEZ ARÁN Y LAGUARDIA HERNANDO** sobre “*Experiencia práctica y balance de la custodia compartida*”, en Actas de XXVII Encuentros de Foro de Derecho Aragonés, ed. El Justicia de Aragón, 2017, págs. 43 y ss.
- **RAGEL SÁNCHEZ, L.F.**, “*La guarda y custodia de los hijos*” en Derecho Privado y Constitución, Núm. 15, 2001, pp. 285 y 286)
- **SERRANO GARCÍA, José Antonio**, “*El Derecho Civil Aragonés en el*

contexto español y europeo”, ed. El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2018

- **SERRANO GARCÍA, José Antonio**, “*La custodia compartida aragonesa en la primera jurisprudencia*” Texto preparado en el marco del Grupo de Investigación consolidado 2011-S29 de la DGA, denominado Investigación y Desarrollo del Derecho Aragonés (I.D.D.A.), que cuenta con financiación de la UE (fondos FEDER) y cuyo investigador principal es el Prof. Delgado Echeverría. XXII Encuentros de Foro de Derecho Aragonés, ed. El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2012, págs.183 a 200.
- **SERRANO GARCÍA, MOLINS GARCÍA ATANCE Y FERRER ANDRÉS**, “*Custodia compartida en Aragón*”, *Actas de los XXII Encuentros de Foro de Derecho Aragonés*, ed. El justicia de Aragón, 2012, págs. 295 y ss. [en particular págs. 313 a 322]
- **SERRANO Y BAYOD**, “*Lecciones de Derecho de Familia*”, ed. Kronos, Zaragoza, 2016, págs. 145 y ss.

2. Páginas de interés

- ✓ Boletín Oficial del Estado: <http://www.boe.es/legislacion/legislacion.php>
- ✓ Jurisprudencia española: <http://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp>
<http://aranzadi.aranzadidigital.es/maf/app/search/template?stnew=true&stid=jurisprudencia>
- ✓ Boletín Oficial de las Cortes de Aragón: https://www.cortesaragon.es/Indice-BOCA.1568+M5452e590e83.0.html?tx_candocumen_pi1%5Bstart%5D=1.1.17

3. Jurisprudencia

- STC de 17 de octubre de 2012. Núm. 185/2012 (RTC 2012\185)
- STS de 7 de abril de 2011. Núm. 252/2011 (JUR 2011\3152)
- STS de 22 de julio de 2011 (RJ 2011\5676)
- STS de 10 de enero de 2012 (RJ 2012\3643)
- STS de 10 de enero de 2012 (RJ 2012\3642)
- STS de 17 de octubre de 2013 (RJ 2013\7255)
- STS de 25 de noviembre de 2013 (RJ 2013\7873)

- STS de 29 de noviembre de 2013 (RJ 2013\7449)
- STS de 17 de diciembre de 2013. Núm. 762/2012 (RJ 2015\74)
- STS de 11 de febrero de 2016. Núm. 51/2016 (RJ 2016\248)
- STS de 11 de febrero de 2016. Núm. 52/2016 (RJ 2016\524)
- STS de 11 de febrero de 2016. Núm. 55/2016 (RJ 2016\249)
- STS de 19 de febrero de 2016 (RJ 2016\582)
- STSJ de Aragón de 19 de marzo de 2014 (RJ 2014\1825)
- SAP de Zaragoza de 28 de enero de 2014 (JUR 2014\72049)