

LEGISLACIÓN SOBRE CUSTODIA COMPARTIDA EN ESPAÑA: SITUACIÓN ACTUAL

Raúl LÓPEZ MARTÍNEZ

Estudiante de Grado en Ciencias Políticas y Sociología de la UNED

Resumen: El presente documento trata de analizar la situación actual en la que se encuentra la normativa sobre custodia compartida en el Derecho español. La no aprobación hasta la fecha de una Ley aplicable en el ámbito del Derecho común y la aparición de diversas leyes autonómicas, ha propiciado agravios comparativos de unos ciudadanos sobre otros, por lo que ha sido la jurisprudencia la que ha tratado de sentar las bases a que los Jueces y Tribunales tendrán que adaptarse a la hora de conocer de estos asuntos.

Palabras clave: Custodia compartida. Crisis matrimoniales. Menores de edad. Derecho civil general. Derecho civil especial.

Abstract: This document seeks to analyse the current situation in which the rules on joint custody in Spanish law are right now. The failure to approve an applicable law in the field of common law and the appearance of various regional laws has led of unfair treatment of some citizens compared with others, and it has been the jurisprudence that has tried to lay the foundations to which the Judges and Tribunals will have to adapt when it comes to these matters.

Keywords: Joint custody. Marriage in crisis. Minors. General civil law. Special civil law.

A. INTRODUCCIÓN

Poner fin a una relación es siempre complicado, cuando menos traumático, máxime si existen hijos de por medio. En ocasiones, lo que comienza siendo un civilizado proceso de distanciamiento se ve enturbiado hasta degenerar en una lucha sin cuartel en la que los contendientes utilizan todas las armas a su alcance para imponer sus pretensiones, sobre todo cuando llega el momento de decidir con quién vivirán los niños.

Los poderes públicos, garantes de la protección de la familia, no pueden desentenderse de una realidad desgraciadamente cada vez más frecuente y han de asumir su cuota de responsabilidad. Dentro de ellos, el Derecho, y concretamente el Derecho de familia, juega un papel básico, ya que incide directamente en el ciclo vital de las personas y debe articular un marco jurídico que minimice las consecuencias negativas que en esos casos se pueden derivar para los menores y observando el principio general del interés superior de los mismos.

Dicho principio es observado en Derecho internacional y ya la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, Tratado internacional firmado el 20 de noviembre de 1989 y ratificado por España el 30 de noviembre de 1990, obligaba a los Estados a velar para que el niño no fuera separado de sus padres contra la voluntad de estos, así como a respetar el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño. A los efectos de garantizar y promover los derechos enunciados en la mencionada Convención, los Estados parte quedaban obligados a facilitar la asistencia apropiada a los padres y a los representantes legales para el desempeño de sus funciones en lo que respecta a la crianza del niño y velar por la creación de instituciones, instalaciones y servicios para su cuidado.

Hasta tiempos muy recientes, lo habitual es que fuera la madre quien se quedara con la custodia de los menores, quedando al progenitor paterno un papel meramente residual. La costumbre de los Tribunales españoles de conceder e imponer la guarda y custodia monoparental era perjudicial y discriminatoria tanto para los niños, al desequilibrar la relación con sus padres, como para los progenitores, ya que al no custodiar se le impedía ejercer su función y al custodiar se le responsabilizaba del cuidado y educación de los hijos. Con ello, se estaba conculcando el derecho del menor al cuidado y a la educación de ambos progenitores y, por supuesto, se impedía un reparto equilibrado de derechos y deberes tanto del padre como de la madre. Sin embargo, actualmente el rol del padre tanto en la familia como en la sociedad es muy distinto al que tenía hace unas décadas y por ello numerosas voces reclaman la igualdad a la hora de repartir el cuidado de los hijos cuando la pareja se rompe. Por ello, y al objeto de intentar acabar con este rígido sistema monoparental, surgió la custodia compartida a fin de que los niños pudieran disfrutar por igual de ambos padres y decidiendo el Juez, en cada caso, qué era lo que convenía más al menor y qué régimen de convivencia se establecía para con ambos padres.

En sus comienzos, y debido a la disparidad de criterios existente, bajo la denominación de “custodia compartida” podían encontrar cobijo diversas situaciones de convivencia de los hijos con sus progenitores - partida, repartida, rotativa, alterna, conjunta - que supusieran un reparto no necesariamente equitativo del tiempo de convivencia con cada uno de ellos y/o las tareas o funciones que en relación con su cuidado diario cada uno se obligara a asumir, y ello teniendo en cuenta diferentes factores, tales como la edad, la comodidad y confort de los menores, su aprovechamiento escolar, sus problemas evolutivos particulares o la posibilidad de los padres de conciliar su vida laboral con la familiar.

No obstante, y aunque su adopción fue haciéndose cada vez más frecuente, ello no vino acompañado de una regulación general a nivel estatal que impusiese una uniformidad de criterios y mayor claridad a una figura que se encontraba en un incipiente estado de aplicación. Hubieron de ser las Comunidades Autónomas las que dieron el primer paso en este aspecto y comenzaron a legislar la materia. En consecuencia, en territorios como Aragón, Cataluña o Navarra la práctica habitual empezó a ser la adopción de la custodia compartida. En el resto, esta sólo se con-

cedía en caso de acuerdo entre los padres; de no haberlo, los menores quedaban al cuidado de uno de los progenitores, casi siempre la madre, y es que, a pesar de los avances en igualdad, culturalmente seguía prevaleciendo la convicción de que los hijos eran más de ellas, fiel reflejo de una cultura machista basada en épocas en las que las mujeres no trabajaban fuera de casa. Sin embargo, en el ámbito del Derecho común o general, y pese a la reforma operada por la Ley 15/2005, de 8 de julio, no se estableció este sistema como preferente, lo que producía distinto tratamiento de unos ciudadanos con respecto a otros. El Gobierno trató de paliar esta laguna con la aprobación del Anteproyecto de Ley de custodia compartida, sin embargo a día de la fecha este no ha sido aprobado, por lo que ha tenido que ser la jurisprudencia la que se haya pronunciado al respecto para tratar de adaptarse a las nuevas demandas sociales y familiares. Por todo ello, a lo largo de estas páginas trataremos de situar la posición actual en la que se encuentra la figura de la custodia compartida.

B. CONCEPTO DE CUSTODIA COMPARTIDA

Pese a tratarse de un término polisémico (Ibáñez, 2004), podemos definir de una manera genérica la custodia compartida como la situación legal que se genera cuando, producida una separación o divorcio, ambos progenitores tienen la custodia legal de sus hijos menores de edad con las mismas condiciones y derechos.

Dentro de ella caben diversas opciones, ya que pueden convivir con los menores por años, por semestres, por quincenas, en días alternos... si bien los expertos recomiendan, siempre y cuando sea posible, que los pequeños continúen en el mismo centro de enseñanza, mantengan su círculo de amistades y de afectividad, a fin que la separación, que siempre es traumática, lo sea lo menos posible y que, por supuesto, que los hermanos siempre estén juntos.

Se trata, pues, de que, tras la ruptura de pareja, los progenitores sigan siendo “socios” a la hora de educar y criar a sus hijos, a pesar de no vivir juntos. Es la corresponsabilidad parental de la que habla Lathrop (2009). Ambos padres tienen derecho a acordar la forma de aplicación de dichos derechos y obligaciones de mutuo acuerdo, siempre que sea favorable al interés de su hijo. Al lado de esa corresponsabilidad parental, se configuran otros ejes básicos en relación con el sistema de custodia compartida, como son la igualdad parental o el derecho del hijo a la coparentalidad, esto es, a mantener un contacto directo y regular con ambos progenitores.

Planteadas de esta manera, y como norma general, ante la falta de acuerdo entre los progenitores, no debería haber impedimento alguno para aplicar la guarda y custodia compartida, siempre adaptándola a las circunstancias de cada caso concreto. Por ello, *a sensu contrario*, en los casos excepcionales en que no se aplicara, la resolución debería argumentar y justificar expresamente el motivo que incapacita al progenitor excluido o, en su caso, a los dos.

Los beneficios que la custodia compartida puede tener para el menor son numerosos, ya que este sistema favorece la continuidad de su vida familiar, reduce el fracaso escolar y mitiga el posible sentimiento de culpabilidad que en ocasiones puede causar en los hijos la separación. Ahora bien, como contrapeso a lo manifestado, no

debe existir la creencia de que la adopción de la custodia compartida debe erigirse en una meta a alcanzar en todos los casos de ruptura de la vida marital. Como hemos apuntado, habrá que atender a las circunstancias que rodeen a cada supuesto y es ahí donde la labor del Juez, así como del Ministerio Fiscal y de los servicios adscritos a los Juzgados cuya intervención sea necesaria, adquiere especial relevancia. Supuestos como el que uno de los progenitores esté incurso en procesos penales por haber atentado contra la vida, integridad física o moral o libertad sexual del otro o de los hijos que convivan con ambos, darán lugar a su denegación.

En todo caso, y volviendo a la argumentación general apuntada, se debe evitar al menor el mínimo perjuicio o alteración posible en su vida diaria y garantizar su estabilidad personal, afectiva, familiar y escolar, como corolario del interés superior que se trata de proteger.

Además, y en el orden puramente técnico-jurídico, la custodia compartida elimina conceptos tradicionalmente manejados en Derecho de familia, como el régimen de visitas, la atribución exclusiva del uso y disfrute del domicilio familiar o la pensión alimenticia.

Como hemos indicado, la asunción de este sistema no ha venido acompañada hasta la fecha de una regulación específica en la materia a nivel estatal, por lo que han sido las Comunidades Autónomas las que han ido estableciendo su propia legislación al respecto, muchas veces tomando como modelo, al margen de sus peculiaridades históricas, las leyes ya existentes en el contexto internacional. A unas y otras nos referiremos brevemente en los siguientes epígrafes.

C. DERECHO COMPARADO

Aunque el fenómeno de la globalización ha motivado que las diferencias culturales entre los llamados países del llamado “primer mundo” se hayan reducido ostensiblemente, sigue vigente la tradicional distinción entre el sistema jurídico del *common law*, propio de países de tradición anglosajona, y los que siguen el sistema de Derecho civil y la misma incide, entre otros aspectos, también en el Derecho de familia, en concreto, en el tema de la custodia compartida

En legislaciones como la estadounidense, y pese a que su sistema federal hace que haya multiplicidad de criterios según el Estado donde se conozca de la causa, existe una querencia hacia la cultura de la mediación y conciliación previa, de manera que se exonere a las partes de la necesidad de tener que acudir a instancias judiciales para solucionar estos conflictos. Por otro lado, uno de los mayores avances en la legislación de divorcios con hijos en los últimos años es la implantación del “plan parental o de crianza de los hijos”, que será necesario en algunos Estados federales a la hora de presentar una demanda de esas características y que contiene aspectos tales como la organización del cuidado y atención diaria de los hijos o la forma en que se llevarán a cabo las atenciones a nivel educativo, económico, de salud o las actividades extraescolares. En la misma línea, Canadá o el Reino Unido abogan por la implantación de la custodia compartida como norma general, de forma que la prioridad del Juez será salvaguardar el interés del menor, con la particularidad de

que para adoptar esta clase de decisiones estará asesorado por un asistente social que escuchará a los padres y al menor, sobre todo si este es mayor de doce años.

En Europa, destaca la normativa en favor de la custodia compartida implantada en los países nórdicos, cuya tradicional apuesta por el Estado de bienestar y la igualdad efectiva de derechos entre el hombre y la mujer tiene también su reflejo en esta materia. Por su parte, dentro del ámbito del *civil law*, naciones como Italia, Alemania o Francia el régimen habitual es el de custodia compartida, correspondiendo a los Jueces determinar la misma en el caso de que los progenitores no llegasen a un acuerdo tras su separación. Esta fórmula fue acogida, como veremos, por la legislación aragonesa.

Concretamente, en Alemania y países de su entorno, como Austria o Suiza, se distingue entre los padres casados y los que no lo están. Por defecto, se declara la custodia compartida como régimen habitual cuando de los hijos hayan nacido dentro del matrimonio; por contra, si la pareja no está casada, la Ley establece que el padre sólo tendrá derecho a la obtención de la custodia con el consentimiento de la madre. La legislación italiana, para el caso de que no haya acuerdo, prevé como norma general el régimen de custodia compartida. El menor vivirá de forma prevalente en casa de uno de los dos cónyuges, y el otro tendrá derecho a visitarles durante la semana escolar y a llevárselos a su casa la mitad de los fines de semana y las vacaciones.

D. LA LEGISLACIÓN DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS SOBRE CUSTODIA COMPARTIDA. ESPECIAL REFERENCIA A LA NORMATIVA ARAGONESA

Como hemos indicado *ad supra*, ante la ausencia de una legislación estatal que marque la unificación de criterios en la materia, han sido las Comunidades Autónomas quienes han asumido el papel de afrontar la solución jurídica a una realidad cada vez más frecuente en nuestra sociedad.

En la actualidad, cinco Comunidades Autónomas cuentan con su propia Ley de Custodia Compartida, siendo Aragón la primera que, haciendo uso de sus competencias, legisló sobre ello. Tras ella, le siguieron por orden cronológico Cataluña, Navarra, Valencia y País Vasco. En muchas otras Comunidades no han faltado voces solicitando al Gobierno central la conveniencia de la aprobación de una Ley que regule esta figura.

Pasamos a examinar brevemente dichas Leyes para terminar con un análisis más exhaustivo de la normativa aragonesa.

Cataluña. Rige la Ley 25/2010, de 29 de julio, del Libro II del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia, que entró en vigor el 1 de enero de 2011, preveía que la custodia compartida de los hijos se otorgase como régimen preferencial y no como una segunda opción. En el caso de que no hubiese acuerdo entre los padres, sería el Juez quien tomase la decisión, debiendo valorar el llamado “plan de parentalidad”.

La norma catalana recoge que la autoridad judicial, caso de no existir acuerdo o si este no se ha aprobado, debe determinar la forma de ejercer la guarda, atenién-

dose al carácter conjunto de las responsabilidades parentales, aunque también podrá disponerse que la guarda se ejerza de modo individual si conviene más al interés del hijo. Así pues, en Cataluña la custodia compartida no se otorga de forma automática, sino tras valorarse conjuntamente todas las circunstancias atinentes al caso y estimar que con la adopción de dicho régimen quedan más protegidos los intereses de los menores.

Como se ha indicado, la Ley catalana concede protagonismo al llamado “plan de parentalidad”, que es un documento que debe elaborar cada progenitor tras la separación y en el que precisa a qué se compromete en adelante con respecto a la cría de sus hijos y el modo en que pretende llevarla a cabo. Ello obliga a cada una de las partes a precisar aspectos como las características del lugar de residencia, la forma del cambio de guardia, quién asumirá los costes que generen los desplazamientos, el tipo de educación que los menores recibirán y las actividades extraescolares que realizarán, lo que dará pie a una reflexión más profunda sobre las peticiones y ofrecimientos que efectuarán las partes.

Otro de los avances de la legislación catalana fue la regulación del uso de la vivienda, al establecer que, caso de desacuerdo, esta se atribuirá preferentemente al progenitor que tenga la guarda, mientras la posea, esto es, que se establece una limitación temporal. Además, en determinadas circunstancias, como cuando la situación económica de quien disfrute la custodia sea desahogada, el inmueble también podría ser otorgado a la otra parte. Asimismo, por primera vez, la atribución del uso del domicilio se cuantificó a efectos de la prestación compensatoria. Otra norma revolucionaria de la Ley catalana fue que, en caso de custodia compartida, los hijos pudieran seguir viviendo en el domicilio familiar y que fueran los padres quienes rotaran, lo que dejaba al arbitrio judicial la última palabra sobre la adopción de este sistema. Sin embargo, a la hora de llevar a la práctica esta disposición surgían problemas y cortapisas, fundamentalmente por la falta de medios personales y materiales de los que adolecían los Juzgados, al carecer de los servicios necesarios, como psicólogos adscritos, lo que motivaba que los procedimientos se dilatasen en el tiempo y ello lesionaba el interés supremo que, precisamente, se trataba de proteger, el del menor, lo que constituía una paradoja.

Navarra. La Comunidad Foral aprobó la Ley 3/2011, de 17 de marzo, sobre custodia de los hijos en los casos de ruptura de la convivencia de los padres, que establece para el caso de ruptura de la convivencia, que cada uno de los padres por separado o ambos de común acuerdo, puedan solicitar al Juez que la guarda y custodia de los hijos menores o incapacitados sea ejercida por ambos o por uno de ellos.

Recae nuevamente en el Juzgador la responsabilidad de decidir el caso atendidas las circunstancias aplicables al mismo, tales como el arraigo, la edad o los medios económicos. Si se fija la custodia compartida, el Juez establecerá un régimen de convivencia de cada uno de los padres con los hijos que se adapte a las circunstancias de la situación familiar y garantice a los progenitores el ejercicio de sus derechos y obligaciones en situación de equidad. Si, por el contrario, opta por la custodia individual, el Juez fijará un régimen de comunicación, estancias o visitas con el otro progenitor que le garantice el ejercicio de las facultades y deberes propios de la patria potestad.

No se establece, pues, una preferencia legal por el régimen de custodia compartida, sino que se deja cierta discrecionalidad para ir resolviendo caso por caso atendidas las circunstancias de cada uno de los supuestos.

Valencia. En la Comunidad Valenciana, la Ley 5/2011, de 1 de abril de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven, establece como regla general la atribución a ambos progenitores, de manera compartida, del régimen de convivencia con los hijos menores de edad, sin que sea obstáculo para ello la oposición de uno de los progenitores o las malas relaciones entre ellos, prevaleciendo en todo caso el interés superior del menor por encima de cualquier otro, incluido el de sus progenitores. La Ley valenciana, pues, establece, pues, la custodia compartida como regla general y automática en la decisión judicial y que el régimen de convivencia individual se entienda como excepcional.

La citada Ley ha suscitado polémica, ya que no faltan voces que abogan por su modificación en el sentido de que se elimine el automatismo de imponer la custodia compartida en todos los casos y como regla general sustituyéndolo por una mayor libertad del órgano judicial a la hora de enjuiciar individualmente las circunstancias de cada caso.

Recordar también, y aunque su análisis excedería del ámbito de estas páginas, que esta Ley fue objeto de un recurso de inconstitucionalidad, después de que el Consejo de Ministros decidiera interponerlo por considerar que la norma valenciana vulneraba la competencia estatal sobre legislación civil, ya que el artículo 149,1,8 de la Constitución reservaba al Estado la competencia exclusiva sobre esta normativa, “sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan”, expresión esta última que dio origen a controversia al entender que esa norma no podía encontrar amparo en la competencia exclusiva que reconoce el Estatuto de Autonomía, dado que no desarrolla ninguna disposición del Derecho civil de la Comunidad Autónoma. El Gobierno español adujo que el ejercicio de la competencia autonómica requiere que el derecho que vaya a ser objeto de conservación, modificación y desarrollo tenga una necesaria vigencia, sin que pueda ampliarse ilimitadamente a cualquier materia objeto de una regulación pretérita. Por contra, la Comunidad Valenciana sostuvo que su Estatuto de Autonomía le reconocía competencia para recuperar los Fueros abolidos en 1707 por los Decretos de Nueva Planta. El recurso se resolvió en noviembre de 2016, en el sentido de anular la Ley valenciana de custodia compartida.

País Vasco. En el País Vasco rige la Ley 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores, que siguiendo la tendencia dominante recoge como modelo preferente el de custodia compartida.

Además de apostar por la mediación familiar como instrumento preponderante para la resolución extrajudicial de estos supuestos, la Ley otorga al Juez un papel decisivo a la hora de adoptar la custodia compartida, ya que deja a su criterio la concesión de la misma cuando lo solicite una de las partes pero siempre teniendo en cuenta el superior interés del menor y atendiendo a las circunstancias del caso en cuestión. Mencionar también que ninguno de los progenitores podrá parapetarse en

su mala relación con el otro ni en su negativa para que no se pueda adoptar la custodia compartida. Esa exclusión del veto de los cónyuges es consecuencia del efecto dinamizador que pretende la normativa.

Respecto al uso del domicilio, y para los casos en que la guarda y custodia sea concedida únicamente a uno sólo de los progenitores, la tendencia es que el que ejerza la custodia del menor sea también beneficiario del uso de la vivienda, con las excepciones fijadas por la Ley, ya que también se recoge la posibilidad de otorgar el uso al otro progenitor cuando objetivamente tenga mayores dificultades de acceso a otra vivienda, si el otro goza de medios suficientes para cubrir la necesidad de vivienda de los menores y todo ello es compatible con el interés superior de estos. Cuando se fija la custodia compartida, lo usual es que el uso del domicilio se atribuya por periodos alternos a ambos progenitores.

Asimismo, la Ley vasca hace gala de un espíritu eminentemente práctico al prever aspectos menores que se dan con frecuencia en estos casos, tales como el abono de los gastos de comunidad de la vivienda o el que esta no fuera propiedad de los progenitores, sino de alguno de sus padres, de forma que estos la cedieron a la pareja de manera gratuita y sin mediar contrato alguno.

Aragón. El Derecho aragonés, demostrando su vocación de ser un ordenamiento vivo, moderno y acorde con los nuevos tiempos, superó la tradicional rigidez del Derecho civil común y fue pionero en la materia. Así, las Cortes aragonesas, haciendo uso de la competencia exclusiva que le atribuía su Estatuto de Autonomía para conservar, modificar y desarrollar su Derecho civil foral, aprobaron la Ley 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres, conocida a nivel popular como “Ley de custodia compartida”. Dicha Ley implicó un enorme cambio respecto del esquema tradicional que fijaba la custodia individual como norma preferente en los supuestos de ruptura de la convivencia entre los padres, al establecer la custodia compartida como régimen prioritario.

Un año después, la Ley de 2010 se refundió con las restantes leyes civiles aragonesas en el llamado Código del Derecho Foral de Aragón, aprobado por Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, de manera que la legislación en la materia pasó a recogerse en los artículos 75 a 84, sin que variase en lo sustancial la misma.

La legislación aragonesa se inspira fundamentalmente en el principio del interés superior de los menores, en consonancia con lo ya recogido en el artículo 39 de la Constitución española y en diversas normas internacionales, y presupone, de un lado, la previa situación de convivencia, sea matrimonial o extramatrimonial, esta última no necesariamente institucionalizada a través de la constitución de una pareja estable no casada y, de otro, la existencia de hijos comunes a cargo (López, 2015). A este respecto, cabe señalar que el criterio decisivo para aplicar la regulación aragonesa sobre custodia compartida es la vecindad civil de los hijos, esto es, el que los hijos a cargo tengan vecindad civil aragonesa o se desconozca su vecindad, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 9,4 del Código Civil, si residen en Aragón, y ello con independencia de la vecindad de los padres (Bayod, 2011). Así se ha pronunciado la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 13 de julio de 2011.

En aras con el superior interés de los hijos, se alinean tanto el derecho de los padres a mantener un contacto continuado con ellos - que entronca con el principio de igualdad (Serrano, 2013) -, como el respeto a la tradicional libertad de pacto del Derecho foral aragonés¹, que tiene su reflejo en el artículo 77 del Código Foral y cuyo contenido es prácticamente coincidente con el del artículo 97 del Código Civil, relativo al convenio regulador. Dicho precepto recoge el llamado “pacto de relaciones familiares”, de forma que en las situaciones de ruptura de la convivencia se atribuye prioridad a los acuerdos a que puedan llegar los padres, tanto en su relación personal con los hijos como en el orden económico, haciéndose referencia igualmente a un aspecto importante, como es la relación de los hijos con los hermanos, abuelos y otros parientes y allegados, siguiendo en este punto la tradición del Derecho histórico aragonés acerca de la protección a la familia.

Un aspecto destacable de la regulación aragonesa fue la referencia a la mediación familiar, para que los padres pudieran resolver extrajudicialmente las discrepancias derivadas de la ruptura, al objeto de reducir la litigiosidad. En defecto de acuerdo entre los padres y fracasado, en su caso, el proceso de mediación familiar, las relaciones familiares que se deriven de la ruptura de la convivencia deberán regirse por lo que decida el Juez.

No establece la normativa aragonesa la custodia compartida como automática, sino que partiendo de que se trata de un régimen preferente, aboga por el análisis de cada caso concreto. Así, la principal medida que se observa es considerar la custodia compartida como el régimen de custodia que el Juez adoptará de forma preferente en interés de los hijos menores a falta de pacto, salvo en los supuestos en que la custodia individual fuere lo más conveniente (Martínez de Aguirre, 2011). El Juez deberá motivar su decisión teniendo en cuenta el plan de relaciones familiares y factores como la edad de los hijos, el arraigo social y familiar de los hijos, la opinión de los hijos, la aptitud y la voluntad de los progenitores para asegurar la estabilidad de los hijos o las posibilidades de los padres de conciliar su vida familiar y laboral. Además, se recoge que, salvo circunstancias excepcionales, no se separará a los hermanos.

La finalidad de la custodia compartida supone un reparto efectivo de los derechos y responsabilidades de los padres, fomentando las relaciones afectivas y continuadas de convivencia con los hijos y la participación directa en su desarrollo y educación. La custodia compartida, así configurada, no implica necesariamente una alternancia de la residencia de los hijos con sus progenitores en periodos iguales, pero sí en un tiempo adecuado para el cumplimiento de la finalidad de la custodia compartida.

Por otra parte, una de las causas que expresamente se prevén 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.

1. Principio *standum est chartae*, recogido en el artículo 3 del Código de Derecho Foral de Aragón y reflejo del principio de libertad de pacto que rige en ese ordenamiento: “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”

Se seguía la línea marcada en este aspecto por resoluciones como la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 31 de julio de 2008, que establecía que “la conveniencia de este sistema es discutible en los casos de conflictividad extrema entre los progenitores, especialmente siempre que existan malos tratos a causa de la continua exposición del niño al enfrentamiento (...) en cuyo caso la ponderación de los intereses en juego, en especial los del niño, debe ser extremadamente cuidadosa y subordinada a la protección jurídica de la persona y de los derechos de personalidad de los menores afectados”².

Siguiendo con la legislación aragonesa, y respecto a las reglas que deben regir la atribución del uso de la vivienda familiar, se parte de la distinción entre los supuestos de custodia compartida de los hijos y los de custodia individual. En la primera, el criterio de atribución del uso de la vivienda es a favor del progenitor más necesitado, dado el criterio de igualdad que debe prevalecer en este régimen de custodia. En los casos de custodia individual se atribuye el uso con carácter general a favor del progenitor que ostente la custodia, a menos que el mejor interés para las relaciones familiares aconseje su atribución al otro progenitor. En todo caso, la atribución del uso de la vivienda familiar a uno de los progenitores tendrá una limitación temporal. Una posibilidad que admite la normativa foral es que el Juez acuerde la venta de la vivienda familiar cuando ello fuera necesario para unas adecuadas relaciones familiares.

Igualmente, la normativa aragonesa preveía los gastos de asistencia de los hijos con el deber de los padres de contribuir proporcionalmente a sus recursos, así como a la posibilidad de que uno de ellos solicitara al otro una asignación económica destinada a compensar la desigualdad económica que le produzca la ruptura de la convivencia. Esta asignación compensatoria, temporal o indefinida, deberá determinarse por el Juez atendiendo a determinados criterios.

Finalmente, también se contemplaban las medidas que pueden adoptarse judicialmente antes de dictarse la resolución definitiva que apruebe el pacto de relaciones familiares o las medidas judiciales aplicables. Para la solicitud de estas medidas, de carácter provisional, se legítima no sólo a los padres, sino también a los hijos a cargo mayores de catorce años y al Ministerio Fiscal en su función de protección de los menores.

Se puede concluir que en Aragón se ha consolidado la jurisprudencia de que el régimen preferente es el de la custodia compartida, predeterminado por el legislador, con la salvedad de que, al tener por encima el interés del menor, los Jueces pueden asignar el cuidado a uno de los progenitores cuando así lo exija dicho interés.

2. Sorprende, por el contrario, que la legislación valenciana establece que, pese a la existencia de episodios de violencia doméstica, el Tribunal podrá valorar la adopción del régimen de custodia compartida. Sin embargo, en la práctica, los Juzgados de Violencia de Género de Valencia se apartan de ese criterio y siguen el del Código Civil, cuyo artículo 92,7 establece que “no procederá la guarda conjunta cuando cualquiera de los padres esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos. Tampoco procederá cuando el juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica”. Así pues, en los Juzgados de Violencia de Género sólo se plantea la custodia compartida cuando ya ha habido sentencia absolutoria en la causa penal.

E. LEGISLACIÓN SOBRE CUSTODIA COMPARTIDA EN EL ÁMBITO ESTATAL: SITUACIÓN ACTUAL

En 2013, el Consejo de Ministros aprobó el Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio, que eliminaba la excepcionalidad sobre la aplicación de la custodia compartida y no otorgaba carácter preferente a la custodia de uno de los progenitores ni tampoco a la compartida, permitiendo decidir al Juez en base al principio del interés superior del menor. Entre los aspectos que el Juzgador debía valorar a la hora de optar por un régimen u otro, se encontraba el hecho de que entre los progenitores existiera una comunicación fluida, su grado de implicación o la cercanía del domicilio al centro escolar.

Al Anteproyecto se le achacaron desatinos, tales como el hecho de poder acordar la custodia compartida incluso aunque ninguno de los progenitores la hubiera solicitado, lo que contradecía en cierta manera la jurisprudencia del Tribunal Supremo al respecto, o que dejara fuera de su regulación las relaciones paterno-filiales de los hijos no matrimoniales, lo que suponía negar una evidente realidad social. Pero también se le atribuyeron aciertos, como el empleo de una terminología moderna y acorde a los nuevos tiempos, de manera que expresiones como “régimen de estancias”, “períodos de convivencia” o “coparentalidad” sustitúan a otras decimonónicas como “régimen de visitas” o “progenitor custodio”, el establecimiento de la obligatoriedad de presentar un plan de corresponsabilidad parental, que ayudaba a los progenitores a concienciarse acerca de la importancia de pactar por el bien del menor o el tener en cuenta la edad del menor a la hora de implantar la compartida siendo coherente con la realidad de los menores que todavía no han alcanzado la edad de seis años y que por ese motivo necesitan el contacto permanente con la figura materna.

Por lo demás, y al objeto de intentar paliar en la medida de lo posible el agravio comparativo de unos ciudadanos sobre otros en territorio español, se seguían los criterios ya recogidos en diversas leyes autonómicas que ya habían legislado en la materia acerca del uso y atribución del domicilio, la introducción de la mediación familiar o el no otorgamiento de la guarda y custodia, ni individual ni compartida, cuando existiera resolución judicial firme por atentar contra la vida, integridad física, libertad, integridad moral o libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos hasta la extinción de la responsabilidad penal.

Situación actual. Debido a la no aprobación del Anteproyecto, ha sido la jurisprudencia la que ha tratado de sentar las bases a que deberán ajustarse las resoluciones de los Tribunales en estos casos.

Desde la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de abril de 2013 se ha impuesto el criterio de que la custodia compartida no debe considerarse una medida excepcional, sino una medida normal que puede ser adoptada por el Juez valoradas las circunstancias concretas de cada caso. Por su parte, la Sentencia del Alto Tribunal de 3 de marzo de 2016 establece que los progenitores que en sus demandas sobre separación, divorcio o medidas paterno filiales interesen la adopción de la custodia compartida, deben presentar junto a la solicitud de la misma un plan contradictorio debidamente desarrollado, ajustándose a la disponibilidad de las partes implicadas y

basado en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida que se deba acordar. Dicho plan incluirá, entre otros, aspectos como la educación, la salud o el cuidado de los menores o los períodos de convivencia de cada progenitor. Asimismo, la Sentencia de 29 de marzo de 2016 determina que “siempre que se den los requisitos necesarios para la adopción de un régimen de custodia compartida hay que acordarlo por cuanto es la mejor manera de proteger el interés superior del menor”, destacando la necesidad de que las Audiencias Provinciales respeten su doctrina en aras de la seguridad jurídica, por estar ante un sistema necesitado de una solución homogénea por parte de los Tribunales en los asuntos familiares. Otras resoluciones del Tribunal Supremo, como la Sentencia de 30 de octubre de 2014, excluía el régimen de custodia compartida en situaciones de grave conflictividad entre los progenitores y así lo aconsejara el interés del menor, pues en otro caso, y aun existiendo enfrentamiento, sí podría acogerse dicha medida.

En definitiva, tal y como señala nuestra más reciente jurisprudencia, para la fijación de la custodia compartida no basta sólo con solicitarla, sino que es necesario un complejo desarrollo de cómo se va a desarrollar la vida de los menores a partir de entonces. La determinación de ese régimen conlleva como premisa la necesidad de que entre los padres exista una relación de mutuo respeto que permita la adopción de medidas que beneficien al menor, que no perturben su desarrollo emocional y que, pese a la ruptura afectiva de sus progenitores, se mantenga un marco familiar de referencia que sustente un crecimiento armónico de su personalidad.

F. CONCLUSIONES

Todo lo expuesto nos lleva a preguntarnos en qué punto nos encontramos en el ámbito de la materia de la custodia compartida y hacia dónde se dirige la tendencia legislativa en la misma.

Es innegable el hecho de la existencia de una conciencia social en favor de la implantación del sistema de custodia compartida con carácter preferente, pero no lo es menos que la diversidad normativa de nuestro país y la constante histórica de la contraposición entre el Derecho del territorio más extenso – Derecho común o general - y la de aquellos territorios con personalidad jurídica propia – Derechos especiales o forales - puede llegar a confundir al ciudadano medio, cuando no a crearle cierto sentimiento de discriminación e indefensión, pues por el simple hecho de residir en uno u otro punto de España podrá optar o no por el sistema de custodia compartida.

En el ámbito de Derecho común, la Ley 15/2005, de 8 de julio, modificó el artículo 92 del Código Civil contemplando de forma expresa y por vez primera el régimen de custodia compartida en nuestra legislación, lo que supuso un avance cualitativo en la materia que parecía poner fin al inveterado sistema de custodia individual que hasta entonces era preferente.

Algunas Comunidades Autónomas, con un claro afán modernizador y adaptándose a la realidad social, dieron un paso más y se adelantaron al Estado central al aprobar diversas leyes que afrontaban el problema y configuraban la custodia compartida como régimen preferente. Asimismo, la jurisprudencia no fue ajena a esta

realidad. La Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de abril de 2013 supuso un punto de inflexión al pronunciarse a favor de la custodia compartida, superando la excepcionalidad de este régimen, con la clara intención de sentar las bases en la materia, estableciendo que “la guarda y custodia compartida no es una medida excepcional, sino que 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”.

Sin embargo, se echaba en falta una Ley nacional de custodia compartida que, de una vez por todas, unificara criterios y ello pareció alcanzarse con la aprobación del Anteproyecto de Ley de corresponsabilidad parental en los procesos de nulidad, separación y divorcio. Empero, la no cristalización de dicho Anteproyecto

De todos modos, es evidente que cualquier novedad legislativa no será realmente efectiva si no se ve acompañada de la dotación de los recursos necesarios para llevarla a la práctica. Ello exige reforzar los medios materiales y humanos de los que disponen los Juzgados a fin de que, realmente, cada Juzgador pueda examinar el caso concreto y adoptar de esa manera las medidas que mejor se adapten a las circunstancias de cada entorno familiar y, sobre todo, de los menores. En este aspecto adquieren especial relevancia los servicios psicosociales adscritos a los Juzgados, ya que a ellos les corresponderá valorar, en un primer momento, las circunstancias del caso y recoger la opinión y habilidades de los menores para comprobar si quieren permanecer bajo la custodia de uno u otro progenitor. La mencionada Sentencia de 29 de abril de 2013 ya destacaba la necesidad de probar y justificar la conveniencia de la guarda y custodia compartida, sobre todo a través de los dictámenes de los equipos psicosociales. El hecho de que en numerosas resoluciones de las que se dictan en nuestro país la fórmula más usual de custodia compartida sea la semanal - esto es, que el menor resida por semanas alternas con cada progenitor que se computarán generalmente de lunes a lunes y con entrega y recogida en el centro escolar -, no implica que este régimen haya de ser siempre el adecuado, pudiendo caerse en el riesgo de un automatismo tal que desemboque en situaciones tan injustas como las que tenían lugar, en el extremo opuesto, antes de la implantación de la guarda y custodia compartida como régimen preferente, cuando se adoptaba de manera mecánica el régimen de custodia individual fundamentalmente a favor de la madre. A fin de no caer en estereotipos, deberá estudiarse exhaustivamente cada familia y sus características, ya que tan absurdo es negar la custodia compartida como tenerla siempre como la más idónea.

El ordenamiento jurídico cumple una importante función social, en especial, el Derecho de familia, que debe acomodarse a los nuevos tiempos mediante la implementación de un marco jurídico flexible que sea congruente con los cambios sociales y jurídicos que se vayan produciendo. Urge, pues, una regulación sobre custodia compartida que unifique los criterios ya existentes, evite los agravios comparativos para los ciudadanos sometidos al Derecho común y haga uso de un lenguaje más acorde a la actualidad de las relaciones paternofiliales. Se trata, en definitiva, de valorar el modelo de custodia compartida como el más adecuado entre personas que, aunque habiendo devenido en ex pareja, todavía ostentan su condición de socios parentales en beneficio de sus hijos.

BIBLIOGRAFÍA

BAYOD LÓPEZ, C. Algunas cuestiones prácticas en materia de Derecho civil aragonés. Gobierno de Aragón, 2011.

IBÁÑEZ VALVERDE, V. El laberinto de la custodia compartida. Claroscuros de un solo nombre con varios significados (I y II). *Boletín de Derecho de Familia*, 4, 2004.

LATHROP F., “Custodia compartida y corresponsabilidad parental. Aproximaciones jurídicas y sociológicas”. Diario La Ley. Madrid, 2009.

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”. *Revista Boliviana de Derecho* n° 19, 2015, pp. 206-235.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, 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*”. *Actas de los Vigésimos Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*. Zaragoza (2011): El Justicia de Aragón, pp. 133-176.

SERRANO GARCÍA, J. A., “La custodia compartida aragonesa en la primera jurisprudencia”, en *Actas de los XXII Encuentros del Foro de Derecho aragonés*. Zaragoza (2013): El Justicia de Aragón, pp. 181-294.