

Sesión III.

LA LEY 2/2010, DE 26 DE MAYO, DE IGUALDAD EN LAS RELACIONES FAMILIARES ANTE LA RUPTURA DE LA CONVIVENCIA DE LOS PADRES. REGULACIÓN DE LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA. LA MEDIACIÓN FAMILIAR

PONENTE:

D. Carlos Martínez de Aguirre Aldaz

PÁG.133

COPONENTES:

D. Javier Forcada Miranda

PÁG. 177

D.^a María José Balda Medarde

PÁG. 217

LA REGULACIÓN DE LA CUSTODIA COMPARTIDA EN LA LEY DE IGUALDAD DE LAS RELACIONES FAMILIARES ANTE LA RUPTURA DE LA CONVIVENCIA DE LOS PADRES^{1*}.

CARLOS MARTÍNEZ DE AGUIRRE

Catedrático de Derecho civil. Universidad de Zaragoza

SUMARIO: I. LA LEY DE IGUALDAD EN LAS RELACIONES FAMILIARES ANTE LA RUPTURA DE LOS PADRES: UNA APROXIMACIÓN INICIAL. 1. Objeto y campo de aplicación. A. El ámbito de aplicación de la LIRF. a) La previa situación de convivencia. b) La existencia de hijos a cargo. B. La LIRF como ley general reguladora de los efectos de la ruptura de la convivencia cuando hay hijos a cargo. C. La determinación del régimen legal aplicable a las rupturas de convivencia. 2. Derechos y principios. II. LAS REGLAS SOBRE GUARDA Y CUSTODIA DE LOS HIJOS MENORES EN LA LEY DE IGUALDAD EN LAS RELACIONES FAMILIARES. 1. El punto de partida: autoridad familiar y ruptura de la convivencia. 2. El establecimiento de las reglas sobre guarda y custodia, entre el pacto y las normas supletorias. 3. La opción legal: custodia compartida y custodia individual. 4. La preferencia legal por la custodia compartida. A. La preferencia legal y el principio de interés superior del menor: algunas consideraciones. B. Casos en los que la custodia individual puede ser procedente. C. La articulación del régimen de custodia compartida. a) Fuentes. b) Dos cuestiones sobre el contenido del régimen: los periodos de convivencia y la toma de decisiones. D. Las decisiones vinculadas. E. El papel de la mediación familiar. III. ALGUNAS REFLEXIONES A PARTIR DE LA REGULACIÓN DE LA CUSTODIA COMPARTIDA EN LA LIRF. 1. Sobre las novedades introducidas por la LIRF. A. El punto de partida: la situación precedente. B. Incidencia indirecta (pero importante) de la reforma: las posiciones negociadoras de las partes. 2. La custodia compartida y el Derecho de Familia: algunas reflexiones al hilo de la reforma legal. A. Sobre la relevancia legal de la procreación. B. Sobre la solución de los problemas que la ruptura de la convivencia de los padres ocasiona a los hijos menores.

¹ Para la elaboración de este trabajo ha sido especialmente útil una estancia de investigación en Washington, financiada por el Programa de Movilidad de Ministerio de Educación (PR2010-0554).

* Nota Previa. Con posterioridad a la redacción definitiva de esta ponencia se ha producido la aprobación y entrada en vigor (con fecha 23 de abril de 2011) del Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, mediante el que se aprueba, con el título de Código de Derecho Foral de Aragón, el texto refundido de las leyes civiles aragonesas. Una de las Leyes refundidas ha sido la Ley objeto de esta ponencia, por lo que parece oportuno hacer en esta Nota Previa una tabla de concordancias entre los artículos de la Ley, y sus correspondientes en el Código de Derecho foral. Conviene señalar que el contenido de los preceptos refundidos es el mismo que el de los artículos de la LIRF, con las adaptaciones derivadas de su integración en el texto Refundido.

La materia contenida en la LIRF queda ahora recogida en el Libro I (“Derecho de la Persona”), Título II (“De las relaciones entre ascendientes y descendientes”), Capítulo II (“Deber de crianza y autoridad familiar”), Sección 3ª (“Efectos de la ruptura de la convivencia de los padres con hijos a cargo”), del Código, con arreglo a la siguiente correspondencia (que incluye al final las disposiciones complementarias de la LIRF):

LIRF.	Código
Art. 1	Art. 75
Art. 2	Art. 76
Art. 3	Art. 77
Art. 4	Art. 78
Art. 5	Art. 79
Art. 6	Art. 80
Art. 7	Art. 81
Art. 8	Art. 82
Art. 9	Art. 83
Art. 10	Art. 84
D. Ad. 1ª	D. Ad. 1ª
D. Ad. 2ª	D. Ad. 2ª
D. Ad. 3ª	D. Ad. 3ª
D. Ad. 4ª	D. Ad. 4ª
D. Transitoria 1ª	D. Transitoria 6ª
D. Transitoria 2ª	D. Transitoria 7ª

Quedan en pie tanto la Disposición Derogatoria de la LIRF, como las Disposiciones Finales Primera (que modifica la Ley de Parejas Estables no Casadas, también refundida en el Código), y Tercera (relativa a la entrada en vigor de la LIRF). En cuanto a la Segunda, relativa al Proyecto de Ley de Mediación, se ha traducido ya en la promulgación de la ley 9/2011, de 24 de marzo, de Mediación Familiar de Aragón

El objeto genérico de esta ponencia es la regulación de la llamada *custodia compartida* en la Ley 2/2010, de Igualdad de las Relaciones Familiares ante la Ruptura de la convivencia de los padres (LIRF)². Aunque en su proyección mediática esta Ley, en Aragón y fuera de Aragón³, ha sido presentada como una ley de custodia compartida, la realidad es que su contenido y alcance van mucho más allá de eso, según veremos inmediatamente. Sin embargo, como he advertido, mi trabajo se va a centrar fundamentalmente en las reglas de dicha ley atinentes a la guarda y custodia de los hijos comunes, cuestión que es sin duda una de las más delicadas y complejas que plantea la ruptura de la convivencia entre los progenitores⁴.

El plan de esta exposición será el siguiente: i) en primer lugar, una somera explicación del alcance y contenido de la Ley, como marco general de la regulación de la custodia compartida, pero también como determinante de los presupuestos de aplicación de sus normas, y de algunas reglas específicas de interpretación; ii) en segundo lugar, un análisis predominantemente exegético y descriptivo (no exento de apuntes valorativos) de dicha regulación; iii) y, por último, en la parte más conceptual y abstracta, algunos interrogantes y reflexiones que plantea la Ley recientemente entrada en vigor.

I.- LA LEY DE IGUALDAD EN LAS RELACIONES FAMILIARES ANTE LA RUPTURA DE LOS PADRES: UNA APROXIMACIÓN INICIAL.

1. Objeto y campo de aplicación.

La LIRF es, en realidad, pese a su denominación, y pese a lo que ha sido resaltado en su presentación pública, una ley general reguladora de los efectos de la ruptura de la convivencia entre dos personas cuando tienen hijos comunes a su cargo⁵. Como puede observarse, el objeto de la ley es amplísimo, porque regula: i) no solo la guarda y custodia de los hijos menores de edad; ii) tampoco únicamente los efectos de la ruptura de la convivencia en relación con los hijos, puesto que incluye reglas que afectan únicamente a las relaciones entre los ex-convivientes; iii) y tampoco se refiere exclusivamente a la ruptura de convivencia matrimonial, o no matrimonial pero juridificada (es decir, sujeta a la Ley de Parejas Estables no casadas), sino a toda situación de convivencia, siempre que haya hijos comunes a cargo de la pareja. Veámoslo con mayor detalle.

A. El ámbito de aplicación de la LIRF.

De acuerdo con su art. 1, la Ley tiene por objeto “regular las relaciones familiares en los casos de ruptura de la convivencia de los padres con hijos a cargo”. Al hilo de este

² Por lo tanto, no la custodia compartida en general, sino únicamente su regulación en la LIRF.

³ En este sentido, se ha llegado a hablar de un “efecto dominó”, a partir de la aprobación de la LIRF, respecto a otras Comunidades Autónomas, pero también respecto al legislador estatal: *vid.* M. CASTILLA BAREA, “Notas sobre la guarda y custodia de los hijos a propósito de la aragonesa Ley de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres”, *Aranzadi Civil* 2010-7, p. 107.

⁴ Cfr., parecidamente, R. LEVY, “Custody Law and the ALI’s PRINCIPLES: a little history, a little policy, and some very tentative judgments”, en AA.VV, *Reconceiving the Family* (R.F. WILSON, ed., Cambridge University Press, New York, 2006), p. 67.

⁵ Así, C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, “La Ley de igualdad de las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres: una aproximación inicial”, *Actualidad del Derecho en Aragón* (octubre 2010), pp. 18 y 19. Parecidamente, M. CASTILLA BAREA, “Notas sobre la guarda y custodia...”, p. 108.

texto, cabe precisar el ámbito de aplicación de la ley en función de los presupuestos que derivan del precepto: la situación previa de convivencia, y la existencia de hijos a cargo.

A) LA PREVIA SITUACIÓN DE CONVIVENCIA.

El primer presupuesto de aplicación de la Ley es la ruptura de una situación previa de convivencia. Esta situación puede responder a diferentes grados de juridificación o institucionalización de la relación: i) en primer lugar, el matrimonio: nótese, a este respecto, que el art. 1.1 incluye expresamente los casos de separación (y aquí no distingue entre separación de hecho y de Derecho, por lo que hay que entender que afecta a las dos, en la medida en que ambas suponen cesación de la convivencia), nulidad y divorcio; ii) en segundo lugar, las parejas sujetas a la Ley 6/2009, de Parejas Estables no Casadas; iii) y en tercer lugar, a las que en otros trabajos he denominado parejas de mero hecho⁶, que son las que viven juntas sin estar casadas, ni estar sujetas a la ley 6/1999⁷. La sujeción a las reglas de la LIRF de estas tres situaciones no es una conclusión doctrinal más o menos razonable, sino que resulta de las propias previsiones de la Ley, ya que a ellas hacen referencia las Disposiciones Adicionales Segunda ("*Especialidades procesales en los casos de nulidad, separación o divorcio con hijos a cargo*") y Tercera ("*Especialidades procesales en los casos de ruptura de convivencia de parejas estables no casadas o parejas de hecho con hijos a cargo*")⁸.

¿*Quid* acerca de la regulación de las relaciones entre padres no convivientes, y sus hijos? Me refiero, por ejemplo, al caso de madre soltera y padre que ha reconocido la filiación, pero sin que padre y madre hayan convivido nunca. Conforme a lo que llevamos visto, parece claro que quedarían fuera del ámbito directo de aplicación de la LIRF, precisamente porque no hay ruptura de la convivencia: lo característico en este caso es que nunca ha habido convivencia. Por otro lado, es claro que también en este caso los hijos tienen derecho a relacionarse con ambos progenitores, y que sería aplicable el principio de igualdad entre los progenitores que, como veremos, es una de las finalidades de la ley. Una previsión aparentemente incidental del

6 C. Martínez de Aguirre, "Acuerdos entre convivientes more uxorio", RDP noviembre 2001, pp. 848 y s.

7 La existencia de estos tres niveles diferentes de juridificación de la relación es consecuencia necesaria de la opción asumida por el legislador aragonés en la Ley 6/1999, de 26 de marzo, de Parejas Estables no Casadas: cfr., ad rem, C. Martínez de Aguirre, "Nuevos modelos de familia: la respuesta legal", Revista española de Derecho canónico, vol. 64, nº 163 (Julio-diciembre 2007), p. 736.

8 Estas consideraciones suscitan una primera reflexión: la aplicabilidad del complejo y denso conjunto de normas incluidos en esta ley a las parejas de mero hecho –que son las no sujetas, por tanto, ni a la regulación legal del matrimonio, ni a la de las parejas de hecho juridificables– permite concluir que se produce una incipiente pero significativa juridificación de dicha relación, hasta el momento mantenida intencionalmente extramuros de las reglas específicas reguladoras de las situaciones juridificadas de convivencia (pero no extramuros del Derecho: cfr. sobre esto último C. Martínez de Aguirre, "Acuerdos...", p. 862, nota 10). También se dota de una novedosa intensidad jurídica a la separación de hecho, que queda igualmente sujeta a este conjunto de normas, y que por tanto puede tener consecuencias legales similares a la separación de Derecho, pero sin previo pronunciamiento judicial acerca de la separación en sí, lo que hace que la separación judicial acentúe así su carácter residual (ad rem, C. Martínez de Aguirre, "El nuevo matrimonio civil", en AA.VV. Novedades legislativas en materia matrimonial –col. Estudios de Derecho Judicial, vol. 130, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2008–, p. 52), y abre paso también, en el Derecho aragonés, a la posibilidad de solicitar la separación canónica y darle efectos civiles a través de las consecuencias legales de la separación de hecho, siempre y cuando haya hijos a cargo.

art. 1.1 podría conducir, reconozco que algo forzosamente, a aplicar a esa situación las reglas de la Ley: “la presente Ley tiene por objeto regular las relaciones familiares en los casos de ruptura de la convivencia de los padres con hijos a cargo, incluidos los supuestos de separación, nulidad y divorcio y [ahora viene lo que quiero subrayar] **los procesos que versen sobre guarda y custodia de los hijos menores**”, cuya previsión, interpretada aisladamente, podría permitir entender que siempre que se debata judicialmente sobre guarda y custodia de hijos menores la ley es aplicable, aunque no haya habido previa convivencia entre los padres; a parecidos resultados podríamos llegar empleando la analogía (art. 4.1 Cc.), entendiendo que hay identidad de razón entre el caso que ahora consideramos, y los regulados por la LIRF, al menos en lo que se refiere al derecho de los hijos a mantener relaciones con ambos progenitores, al principio de igualdad entre los progenitores, y a las plasma-ciones legales concretas de uno y otro en materia de guarda y custodia. En ambos casos, es igualmente claro que las previsiones de la ley no se agotan en las relaciones entre padres e hijos, sino que van mucho más allá, y que buena parte de sus reglas presuponen la convivencia previa de los progenitores: a partir de ahí, y a efectos de una eventual aplicación (análoga o no) de la ley al supuesto del que ahora estoy hablando, habría que distinguir entre las reglas de la LIRF cuyo *ratio iuris* es la relación padres-hijos, y aquellas otras cuya *ratio iuris* es la situación de convivencia: solo las primeras, y no las segundas, serían de aplicación al caso de padres no convivientes con hijos a cargo.

En este sentido, no está de más recordar que ya el art. 57 de la Ley 13/2006, de 27 de diciembre, de Derecho de la Persona (en adelante, LDPers.) establecía, genéricamente, el derecho del hijo “a relacionarse con ambos padres, aunque vivan separados” (art. 57.1), y facultaba al Juez para adoptar “las medidas necesarias con vistas a esa relación personal, especialmente cuando los padres vivan separados” (art. 57.3): el presupuesto de estos preceptos es, con todo, diferente de propio de la LIRF, puesto que no exigen previa convivencia de los progenitores, sino que vinculan el derecho a relacionarse con la filiación, y lo enfatizan en caso de que los padres vivan separados (lo que debe entenderse como mera ausencia de convivencia, y no como situación derivada de la ruptura de una convivencia previa).

B) LA EXISTENCIA DE HIJOS A CARGO.

El segundo presupuesto de aplicación es que quienes hayan roto su convivencia tengan “hijos a cargo”. Sobre este presupuesto cabe hacer algunas precisiones:

1) En primer lugar, aunque el precepto no lo pide expresamente, debe tratarse de hijos comunes a los convivientes: solo en tal caso se plantean las cuestiones relacionadas con su guarda y custodia. Así, las reglas de la LIRF no son aplicables cuando en el hogar común convivieran, antes de la ruptura, hijos de uno solo de los convivientes, aunque estuvieran “a cargo” de

ambos (art. 36.1 de la Ley 2/2003, de 12 de febrero, de Régimen Económico Matrimonial y Viudedad –en adelante, LREM–). Esta interpretación se ve reforzada por la reforma que la Disposición Final Primera introduce en el art. 7.1.b) de la Ley de Parejas Estables no Casadas: en efecto, en la redacción ahora derogada dicho artículo, referido a los efectos patrimoniales de la ruptura de la pareja, establecía la posibilidad de exigir una compensación económica “cuando el conviviente, sin retribución o con retribución insuficiente, se ha dedicado al hogar, o a los hijos comunes o del otro conviviente, o ha trabajado para éste”; la reforma operada en este precepto por la LIRF ha consistido en eliminar la alusión a los hijos comunes, porque si los hay la eventual compensación económica es la asignación contemplada por el art. 9 LIRF, mientras que si los hijos que convivían en el hogar común eran de uno solo de los convivientes, procedería la compensación económica del art. 7 de la Ley 6/1999.

En los casos de que venimos tratando, y a efectos de la LIRF, el conviviente no progenitor tendrá la consideración de allegado, y el derecho a relacionarse con los hijos de su cónyuge o pareja derivado de tal condición (art. 57 LDPers.). En cuanto al “cónyuge del único titular de la autoridad familiar sobre un menor que conviva con ambos” (art. 72 LDPers.), de acuerdo con el mismo art. 72 LDPers., comparte únicamente el ejercicio de la autoridad familiar, pero carece de la titularidad de tal potestad, que corresponde por hipótesis a quien el precepto denomina, significativamente, “único titular de la autoridad familiar”; por lo tanto, también en este caso su posición es exclusivamente la de allegado, en los términos del art. 57 LDPers., y no en los de la LIRF, cuyo presupuesto de aplicación es la cesación de la convivencia entre los progenitores, lo que no se da en este caso.

Por último, si conviven hijos comunes de los convivientes, con hijos no comunes: i) la presencia de hijos comunes determina la aplicabilidad genérica de la LIRF, ii) respecto a los hijos no comunes, el conviviente no progenitor tiene la misma condición de allegado, pero ahora en virtud de la Ley, y en sus propios términos (arts. 1.2 y concordantes).

2) En segundo lugar, debe tratarse de hijos “a cargo”. La expresión es especialmente significativa, porque su contenido es más amplio que la de hijos menores: de hecho, cuando la LIRF quiere referirse a hijos menores, lo hace expresamente (por ejemplo, en los arts. 1.1, 2.2, 2.3, 2.5, 5.2, o 6, entre otros). Genéricamente, podemos considerar “a cargo” en primer lugar los hijos menores de edad (art. 60 LDPers.), y en segundo lugar, a los hijos mayores de edad carentes de recursos económicos propios (art. 3.2.d LIRF), lo que incluye por un lado a aquellos que no han finalizado su formación profesional, en los términos del art. 66 LDPers., y por otro a los hijos mayores de edad afectados por alguna discapacidad, hayan visto o no modificada su capacidad de obrar por resolución judicial⁹. Llama la atención que el art. 6.1 LIRF

⁹ La LIRF sigue hablando de “hijos incapacitados”, sin adaptarse a la terminología (procedimientos de modificación de la capacidad de obrar) preconizada por la ley 1/2009, de 25 de marzo, en su Disposición Final Primera, a fin de adaptar el Ordenamiento español a las previsiones de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Disca-

contemple expresamente la presencia de hijos incapacitados (“*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*”), previsión que es especialmente relevante en los casos de prórroga o rehabilitación de la potestad de guarda (arts. 38 y ss. LDPers.); sin embargo, los incapacitados no son mencionados por la ley en relación con otras reglas relevantes, destacadamente cuando el art. 6.2 establece el carácter preferente de la custodia compartida, lo que permitiría entender que la preferencia legal no opera en tales casos, y que el Juez tiene mayor capacidad de maniobra a la hora de fijar el régimen de guarda y custodia de los mayores de edad incapacitados¹⁰.

Dicho cuanto antecede, es claro que los problemas de custodia no se plantean en relación con hijos mayores de edad no incapacitados, que ya no están sujetos a la autoridad familiar, aunque estén “*a cargo*” de sus progenitores: a partir de esta idea, la vinculación entre guarda y custodia y subsistencia de la autoridad familiar es relevante a efectos de aplicabilidad de las reglas del Código civil en esta materia, tal y como veremos más adelante; sin embargo, tales hijos mayores de edad no incapacitados sí pueden resultar afectados por otras previsiones de la LIRF relativas a la vivienda familiar, los gastos de asistencia o incluso, indirectamente, la asignación compensatoria.

Por lo demás, hecha esta advertencia genérica, centraré mi análisis a partir de ahora en la situación de los hijos menores, salvo que expresamente se indique otra cosa.

B. La LIRF como ley general reguladora de los efectos de la ruptura de la convivencia cuando hay hijos a cargo.

Como he indicado más arriba, la LIRF es una ley general reguladora de los efectos de la ruptura de la convivencia entre dos personas cuando tienen hijos comunes a su cargo. En efecto, su contenido va mucho más allá del establecimiento de las reglas sobre guarda y custodia, e incluso que las relaciones familiares (salvo si esta expresión es interpretada en un sentido amplísimo, cercano ya a lo impropio). Una lectura rápida de la ley evoca inevitablemente el conjunto de efectos previstos por el Código civil respecto a nulidad, separación y divorcio. Así:

1) Una de las piezas claves de la LIRF es el pacto de relaciones familiares¹¹, regulado en su art. 3 y dirigido (según dice literalmente el precepto) a fijar “*los términos de sus relaciones familiares con los hijos*”. El artículo establece los contenidos mínimos de ese pacto, que evocan los contenidos mínimos del convenio regulador del art. 90 Cc., aunque no se identifican con ellos: con todo, la equivalencia funcional entre este Pacto de Relaciones Familiares y el convenio regulador es clara, y queda también atestiguada por la Disposición Adicional Segunda, 2 de la

pacidad, adoptada por Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006.

¹⁰ La LIRF menciona también a los incapacitados en sus arts. 3.3 y 10, al referirse en ambos casos a la función que incumbe legalmente al Ministerio Fiscal como protector de menores e incapacitados.

¹¹ Sobre el pacto de relaciones familiares, recientemente, J.P. González del Pozo, “Comentarios sobre el ámbito de aplicación y el contenido del pacto de relaciones familiares en la Ley de Custodia Compartida de Aragón”, La Ley 2010, nº 7529.

Ley, cuando dispone que *“las referencias hechas al convenio regulador (en la Ley de Enjuiciamiento Civil) se entenderán hechas al pacto de relaciones familiares”*.

Por otro lado, la lectura de esos contenidos mínimos demuestra que la Ley regula algo más que las relaciones entre padres e hijos, puesto que el pacto debe extenderse también, como contenidos mínimos, por ejemplo, a la liquidación del régimen económico matrimonial (art. 3.2.e), o a la asignación compensatoria (arts. 3.2.f, y 9), que nada tienen que ver con las relaciones familiares entre padres e hijos.

2) La LIRF dedica su capítulo III (arts. 5 a 9) a establecer las medidas que deben regir las relaciones familiares tras la ruptura de la convivencia, a falta de pacto de relaciones familiares. También aquí hay un paralelismo claro entre esta regulación y la contenida en los arts. 91 y siguientes del Código civil; paralelismo, pero no identificación, porque hay algunas diferencias significativas. Así, el art. 5 contiene lo relativo a las medidas judiciales en general, y en particular a algunas dirigidas a evitar perjuicios a los hijos, el art. 6 se refiere a la guarda y custodia, el art. 7 a la atribución de la vivienda y ajuar familiar, el art. 8 a los gastos de asistencia a los hijos, y el art. 9 a la asignación compensatoria.

De estas previsiones quiero resaltar brevemente ahora la asignación compensatoria del art. 9, establecida en favor del *“progenitor al que la ruptura de la convivencia produzca un desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior”*. Lo llamativo de esta previsión, que evoca inevitablemente la compensación por desequilibrio del Código civil, es que la asignación se extiende aquí a toda situación de convivencia, institucionalizada o no, siempre que haya hijos a cargo: matrimonios, parejas estables no casadas, o parejas de hecho, en los términos que hemos visto antes. Por otro lado, es claro que esta asignación no se encuadra en el ámbito de las relaciones entre padres e hijos, sino en el de las relaciones de los convivientes entre sí: una muestra más de que esta Ley es mucho más que una ley para regular las relaciones entre padres e hijos una vez rota la convivencia de aquéllos; es, como vengo diciendo, una ley de efectos generales de la ruptura de la convivencia entre dos personas con hijos a cargo.

C. La determinación del régimen legal aplicable a las rupturas de convivencia.

Definido de esta manera su objeto, la LIRF introduce un cierto nivel de complejidad normativa respecto al que existía en la regulación anterior, lo que no es una buena noticia. Dicha complejidad deriva de dos opciones de política legislativa asumidas por el legislador aragonés, de las que ya he hablado, pero en alguna de cuyas consecuencias conviene detenerse ahora: la primera de esas opciones, es la consistente en hacer pivotar el ámbito de aplicación de la ley en la existencia de hijos comunes a cargo de la pareja, lo que obliga a distinguir, a efectos de aplicación de la ley, entre parejas con hijos comunes a cargo (a las que es aplicable la ley) y parejas sin hijos comunes a cargo (a las que no es aplicable la ley). La segunda opción es la consistente en unificar bajo el mismo régimen las

tres situaciones legalmente diferentes de que ya hemos hablado: matrimonios, parejas estables no casadas, y parejas de mero hecho.

A partir de aquí aparece la complejidad a la que antes me refería, puesto que a la hora de determinar el régimen legal aplicable a las situaciones de ruptura de la convivencia hay que diferenciar, primero, en función del estatuto legal de la convivencia, y después en función de si hay o no hijos a cargo. Ello ofrece el siguiente resultado (presuponiendo siempre que es aplicable la legislación aragonesa):

1) Si se trata de un matrimonio con hijos a cargo el que se separa o divorcia, o el que ha resultado ser nulo, se aplica esta Ley; pero si se trata de un matrimonio sin hijos a cargo, se aplican las reglas sobre efectos comunes de la nulidad, separación y el divorcio contenidas en el Código civil.

2) Si se trata de una pareja estable no casada, en el sentido legal de la expresión, con hijos a cargo, se aplica la LIRF; si no tiene hijos a cargo, se aplica la Ley de Parejas Estables no Casadas.

c) Si se trata de una pareja de mero hecho, y tiene hijos a cargo, se aplica esta Ley; si no tiene hijos, no hay reglas específicas, por lo que se aplicarán las generales.

En estos tres casos, y con referencia ahora específicamente a las reglas sobre guarda y custodia de hijos comunes, es claro que las reglas aplicables son siempre las de la LIRF, ya que es presupuesto de aplicación de las reglas sobre guarda y custodia la existencia de hijos comunes, que es, como hemos visto, el mismo presupuesto de aplicación de la LIRF. Eso quiere decir, en concreto, y diferenciando nuevamente los tres casos a los que acabo de referirme, que: i) si se trata de un matrimonio, las reglas sobre guarda y custodia contenidas en el Cc quedan desplazadas en todo caso por las de la LIRF, ya que no hay supuestos en los que, siendo aplicable el Derecho aragonés, no estén sometidos a la LIRF; ii) si se trata de una pareja estable no casada, el mismo efecto tiene lugar respecto a las previsiones de la Ley 6/1999 relativas a guarda y custodia de hijos comunes: en este caso, lo que ha hecho la LIRF es derogar expresamente tales normas (arts. 7.2 y 8 LPENC), que a falta de dicha derogación expresa tendrían que haber sido consideradas como derogadas tácitamente; iii) si se trata de parejas de mero hecho, la ausencia de regulación anterior directamente aplicable hace que no quepa hablar ni de desplazamiento ni de derogación, sino simplemente de aplicación de la única normativa legal específica existente.

2. Derechos y principios.

El art. 2 dedica su contenido a los *“derechos y principios”*. De él interesa destacar un principio y dos derechos, sobre los que se basa toda la arquitectura de la Ley. Su identificación es conveniente en cuanto proporcionan instrumentos útiles para la interpretación de la propia Ley.

Siguiendo su orden de aparición en el precepto, me referiré en primer lugar a los dos derechos de los que el Preámbulo afirma que son *“los dos derechos esenciales sobre los que se fundamenta toda la ley”*: el derecho de los hijos a un contacto directo

y regular con ambos padres, (art. 2.3.a), y el derecho de los padres respecto de sus hijos menores de edad, a la igualdad en sus relaciones familiares (art. 2.3.b). Ambos derechos responden a dos perspectivas distintas pero complementarias: la perspectiva del hijo (que es quien tiene derecho a relacionarse regularmente con ambos progenitores), y la de los padres (que son quienes tienen derecho a ser tratados con igualdad en sus relaciones familiares)¹². Ambos actúan no solo como derechos legalmente exigibles en los términos fijados por la propia Ley, sino también como principios inspiradores de las reglas legales, y por tanto orientadores de su interpretación¹³.

El principio básico al que me he referido, es el de interés superior del menor, recogido destacadamente en los arts. 2.2 (“*toda decisión, resolución o medida que afecte a los hijos menores de edad se adoptarán en atención al beneficio e interés de los mismos*”) y 3.5 (que impide al juez aprobar aquellos contenidos del pacto de relaciones familiares en los que no quede suficientemente preservado el interés de los hijos y las hijas). Como puede verse, este principio aparece como prevalente, en la medida en que todas las decisiones que afecten al menor deben tomarse en su beneficio¹⁴.

A partir de ahí, cabe obtener algunas conclusiones acerca de cómo interactúan entre sí los dos derechos y el principio del que vengo hablando:

1) El derecho de los hijos a relacionarse regularmente con ambos progenitores aparece como una concreción legal inicial de cuál es el interés del menor en caso de ruptura de la convivencia de sus padres: la regla es que es bueno para los hijos mantener una relación regular con su padre y con su madre, también después de la separación. Pero si en un caso concreto resulta que esa relación es contraria al interés específico de un menor en particular, el derecho a relacionarse debe ceder frente al interés del menor.

2) El principio de igualdad fija el criterio conforme al cual hay que organizar, como regla, el derecho de los hijos a relacionarse regularmente con sus padres, lo que encuentra una manifestación legal en la preferencia que la Ley concede a la custodia compartida (art. 6.2)¹⁵, de lo que hablaremos más adelante con mayor detalle.

3) Tanto el derecho a relacionarse con sus padres que corresponde al hijo, como el derecho a ser tratados con igualdad que corresponde a los progenitores, están sujetos en su aplicación al principio de interés superior del menor, que como ha

12 En el texto de la Ley se introduce, junto con el derecho de los hijos a relacionarse con sus padres, el derecho, que en la letra de la ley corresponde también a los hijos, de que ambos padres participen en la toma de las decisiones que les afecten. Sin embargo, este segundo derecho parece responder más bien a la perspectiva de los padres antes que a la de los hijos. Según esto, tendríamos por un lado el derecho de los hijos a relacionarse directamente con ambos progenitores, y por otro lado el derecho de los padres a ser tratados con igualdad, y a participar en la toma de decisiones que afecten a los hijos.

13 En esta misma línea, F. Lathrop Gómez (Custodia compartida de los hijos, –Madrid, La Ley, 2008–, p. 347) apunta como principios inspiradores de la custodia compartida la corresponsabilidad parental, la igualdad de los progenitores, y el derecho del hijo a seguir manteniendo un contacto directo y regular con ambos padres.

14 La prevalencia del interés de los hijos es un lugar común en la materia: por todos, Lathrop, Custodia compartida de los hijos, p. 351; y, fuera de nuestras fronteras, American Law Institute, Principles of the law of family dissolution: analysis and recommendations (Newark-San Francisco, Lexis Nexis, 2002) –en adelante, ALI’s Principles–, § 2.02.

15 Cfr. Lathrop, Custodia compartida..., p. 369, para quien el principio de igualdad entre los progenitores está en la base de la custodia compartida.

quedado dicho tiene carácter prevalente. Esta afirmación tiene particular importancia en relación con el principio de igualdad, de manera que la regla respecto a la forma de organizar las relaciones entre el hijo menor y sus progenitores es la igualdad de trato respecto de éstos, a menos que resulte acreditado que es más conveniente para el menor organizar esas relaciones de otra forma diferente: una manifestación legal de esta relación puede verse en el art. 6.2, cuando dispone que la custodia compartida tendrá carácter preferente “*salvo que la custodia individual sea más conveniente*”, se sobreentiende que para el menor ¹⁶.

II.- LAS REGLAS SOBRE GUARDA Y CUSTODIA DE LOS HIJOS MENORES EN LA LEY DE IGUALDAD EN LAS RELACIONES FAMILIARES.

Sin duda, el problema más importante que presentan las rupturas de la convivencia, cuando hay hijos comunes, es precisamente el de organizar la situación de tales hijos, y sus relaciones con ambos progenitores¹⁷, de manera que se minimicen en la medida de lo posible los efectos perjudiciales de dicha ruptura en relación con ellos; y es el más importante cualitativamente, por mucha que sea la importancia objetiva de los patrimonios eventualmente implicados (e incluso la importancia que subjetivamente atribuyan uno o los dos ex-convivientes a las cuestiones patrimoniales), puesto que es el único problema en que están implicadas personas dependientes, que son las primeras perjudicadas –en muchas ocasiones de forma grave– por la ruptura. De ahí la especial importancia de las decisiones convencionales o legales sobre esta cuestión, que deben estar presididas, en todo caso, por el principio de interés superior del menor.

1. El punto de partida: autoridad familiar y ruptura de la convivencia.

De acuerdo con el art. 2.1 LIRF, “*la ruptura de la convivencia de los progenitores no afectará a los derechos y obligaciones propios de la autoridad familiar*”. El punto de partida es, pues, el conjunto de reglas generales sobre titularidad, contenido y ejercicio de la autoridad familiar. En concreto: i) el art. 60 LDPers. cuando atribuye el deber de crianza y educación de los hijos menores, y la consecuente autoridad familiar, a ambos padres conjuntamente; ii) el art. 62 LDPers. en cuanto establece el conjunto de derechos y deberes ligados a la crianza y educación de los hijos: tenerlos en su compañía, proveer a sus necesidades, educarlos y corregirles proporcionada, razonable y moderadamente; iii) el art. 68 LDPers. cuando dispone que el ejercicio de la autoridad familiar corresponde a ambos padres, que podrán ejercitarlo separada o conjuntamente, en función de los pactos a que hayan llegado, las disposiciones legales aplicables y los usos sociales o familiares.

¹⁶ Por eso es más adecuado al espíritu de la Ley entender que la regla de igualdad se aplica salvo que otra cosa sea más conveniente para el menor, que entender que la regla de igualdad se aplica salvo que sea contraria al interés del menor: la diferencia entre una y otra forma de decir las cosas es que en el primer caso bastaría con probar que es más conveniente para el menor una organización no igualitaria (aunque la igualitaria no sea en sí misma perjudicial), mientras que en el segundo habría que probar que el tratamiento igualitario es perjudicial para el menor, y por tanto contrario a su interés.

¹⁷ R. Levy, “Custody Law and the ALI’s Principles...”, p. 76, lo califica con razón de verdadero rompecabezas legal, de difícil solución.

Esta es la delimitación básica de los derechos y deberes que, al decir del art. 2.1 LIRF, no se ven afectados por la ruptura de la convivencia¹⁸. La afirmación, con todo, tiene algo de exageración retórica, puesto que es evidente que la cesación de la convivencia afecta directamente al modo de ejercitar la autoridad familiar, e indirectamente a la consistencia de parte relevante de su contenido: en este sentido, es claro que el derecho/deber de tener a los hijos en su compañía ha de ejercitarse de forma diferente a partir de la ruptura, y lo mismo cabe decir de los derechos/deberes de educarles y corregirles, que se ejercerán con diferente intensidad en función de los periodos de convivencia de cada progenitor con sus hijos menores. Una afirmación como la que hace el art. 2.1, en realidad, lo que quiere decir es que no se deja de ser padre o madre como consecuencia de la ruptura de la convivencia, y que como tal se mantiene un conjunto de deberes y derechos en relación con los hijos menores reconducibles al contenido de la autoridad familiar tal y como resulta del art. 62 LDPers., pero modalizados en su ejercicio y en su consistencia por la cesación de la convivencia; lo que no puede querer decir esa expresión, ni debemos intentar hacerle decir, es que las cosas siguen como si no hubiera pasado nada en relación con los hijos, porque no es verdad, ni legal ni fácticamente¹⁹.

Lo fundamental de esa modalización viene determinado, precisamente, por las reglas sobre guarda y custodia de que vamos a tratar a continuación. Estas reglas se dirigen, pues, a adaptar el conjunto de derechos y obligaciones que constituyen el contenido básico de la autoridad familiar a la situación producida tras la ruptura de la convivencia.

Antes de seguir, una aclaración no solo terminológica: como ha señalado Tena Piazuelo, la expresión guarda y custodia hace referencia básicamente, en nuestro Derecho (tanto el aragonés, como el común), al cuidado personal del menor, ligado a la convivencia inmediata y directa con él²⁰: así resulta, para la LIRF, de la equivalencia funcional entre el contenido del pacto de relaciones familiares relativo a la convivencia con los hijos (art. 3.2.a) y las reglas previstas en defecto de tal pacto, que son precisamente las atinentes a la guarda y custodia (art. 6). Según

18 La comparación de las previsiones de este art. 2.1 LIRF con el art. 92.1 Cc (“la separación, la nulidad y el divorcio no eximen a los padres de sus obligaciones para con los hijos”) pone de relieve la mayor amplitud con que la regla es concebida en la LIRF, que la refiere no solo a las obligaciones de los progenitores, sino también a sus derechos: queda así nuevamente subrayada la importancia que tienen en la economía de la Ley los derechos de los progenitores.

19 Gráficamente I. Tena Piazuelo habla de “la ficción consistente en procurar el mantenimiento de una normalidad familiar que realmente se ha perdido (“Las rupturas de pareja con hijos: la opción por la custodia compartida”, en AA.VV., Factores y contenidos de la evolución del Derecho de familia, Montevideo, Universidad de Montevideo, 2008, p. 56); en la misma línea, M^a E. Lauroba Lacasa recuerda que “por mucho que nos empeñemos en proteger a los menores, la situación ligada a la convivencia de los progenitores y la postconvivencial son intrínsecamente diferentes” (“Comentario a la Sentencia de 8 de octubre de 2009”, CCJC 84/2010, p. 1.499). Conviene, efectivamente, no confundir el deseo de que los hijos no resulten afectados (incluso llegando a convertirlo en norma positiva) con la constatación fáctica y legal de que la ruptura de los padres les afecta, y mucho; y, como digo, les afecta no solo desde el punto de vista fáctico, sino también desde el punto de vista legal: en realidad, si no les afectara, no haría falta decidir nada sobre su guarda y custodia.

20 I. Tena Piazuelo, “Las rupturas de pareja con hijos...”, pp. 47 y s. En el mismo sentido, entre otros muchos, J. Delgado Martín, “La patria potestad compartida en los procedimientos matrimoniales”, en AA.VV. Novedades legislativas..., p. 162; F. Lathrop Gómez, Custodia compartida..., pp. 51 y 57 (quien vincula, a su vez, guarda y custodia con cuidado personal que, si los padres no viven juntos, solo puede realizarse por la persona con la que los hijos conviven); o C. Guilarte Martín-Calero, “La custodia compartida alternativa”, Indret 2/2008, p. 4 (disponible en la dirección electrónica http://www.indret.com/pdf/537_es.pdf: última consulta, 16 de febrero de 2011).

esto, producida la ruptura de la convivencia de una pareja con hijos comunes menores de edad a su cargo, como regla:

1) La titularidad de la autoridad familiar corresponde a ambos progenitores.

2) El ejercicio de la autoridad familiar compete a ambos, pero con modalidades importantes cuanto a su contenido y a su forma de llevarse a cabo, que precisan ser adaptados a la nueva situación. Esto quiere decir destacadamente que, en los términos que veremos, ambos deben participar en la toma de las decisiones que afecten de manera significativa a los hijos menores (así, expresamente, el art. 2.3.a LRIF): quiero señalar con ésto que la toma de estas decisiones más relevantes no está ligada a la atribución de la guarda y custodia, sino que corresponde a ambos progenitores porque conforme a las reglas generales (no alteradas a estos efectos por la cesación de la convivencia, de acuerdo con el art. 2.1 LRIF), a los dos progenitores incumbe ejercer la autoridad familiar, y la toma de esas decisiones forma parte relevante del ejercicio de dicha autoridad familiar: como digo, volveremos sobre ello más adelante

3) Es preciso fijar nuevas reglas relativas a la convivencia de los hijos menores con sus progenitores, convivencia a la que se liga en cada momento tanto el cuidado personal y directo de esos menores como la capacidad para la toma diaria de las decisiones menos relevantes, así como de las decisiones urgentes o que no admitan demora. Desde este punto de vista, no cabe duda de que la condición de progenitor custodio supone, frente al que ostenta meramente un derecho de visita, una mayor capacidad de decisión, tanto en la organización general del día a día –lo que cabría denominar “poder organizativo general de la vida diaria”–, como en las decisiones ordinarias de escasa importancia o en las urgentes; pero, por otro lado, esa mayor capacidad decisoria implica también mayor responsabilidad a cargo de quien toma las decisiones²¹.

2. El establecimiento de las reglas sobre guarda y custodia, entre el pacto y las normas supletorias.

La fijación de las reglas sobre guarda y custodia corresponde en primer lugar a los padres, de común acuerdo, a través del otorgamiento del pacto de relaciones familiares, de cuyo contenido mínimo deben formar parte los acuerdos sobre el régimen de convivencia o de visitas con los hijos (art. 3.2.a LRIF)²². Dicho pacto precisa aprobación judicial (art. 3.4), que podrá ser denegada bien por ser el pacto contrario a norma imperativa, bien por estimar el Juez que no queda suficientemente preservado el interés de los hijos e hijas (art. 3.5). A partir de ahí, parece claro que es a los ex-convivientes a quienes corresponde establecer el régimen

²¹ Como advierte J. Delgado Martín, la mayor intensidad del ejercicio de la patria potestad reside en el progenitor con quien convive el menor en cada momento, “lo que se fundamenta en la propia naturaleza de las cosas, por cuanto quien convive se encuentra en mejores condiciones para cuidar al menor” (“La patria potestad compartida...”, p. 160). Cfr., también, M^o E. Lauroba Lacasa, “Comentario...”, p. 1497. Por su parte, M. Castilla Barea sostiene, con argumentos razonables, que no hay diferencia relevante entre la guarda y custodia y el derecho de visita, por lo que se refiere a su naturaleza jurídica: “Notas sobre la guarda y custodia...”, p. 113, nota 22.

²² El art. 3.2 establece el contenido mínimo de este pacto de relaciones familiares. Sin embargo, no parece que haya problemas en que los ex-convivientes pacten únicamente lo relativo, por ejemplo, a la guarda y custodia, o a guarda y custodia, vivienda y pensión: podrá discutirse si tal acuerdo merece o no la denominación de pacto de relaciones familiares, pero entiendo que será válido y eficaz en los mismos términos que éste (con necesidad, por tanto, de la aprobación judicial a que se refiere el art. 3.5); en lo no pactado, corresponderá decidir al Juez, en los términos de los arts. 5 y ss LRIF.

que tengan por conveniente, sin que estén vinculados por la preferencia legal que concede a la custodia compartida el art. 6.2 (por más que sepan –y ello es relevante–, que a falta de pacto ese será el régimen que más previsiblemente se aplicará). El Juez, como queda dicho, solo puede rechazar el contenido del pacto por ser contrario a norma imperativa (y la preferencia por la custodia compartida no lo es, puesto que cabe acordar la custodia individual si es más beneficiosa para el menor: art. 6.2), o por no quedar suficientemente preservado el interés de los hijos: en mi opinión, el mero hecho de no pactar una custodia compartida no es, de suyo, contrario al interés de los hijos, y por tanto no puede justificar por sí solo, sin mayor motivación, el rechazo del Juez.

A falta de pacto –por no llegar a un acuerdo los progenitores, o por no aprobar el Juez el acuerdo inicial o el sucesivo, a los que hubieran llegado, en los términos del art. 3.4 y 5 LIRF– serán de aplicación las previsiones contenidas en los arts. 5 y ss. LIRF: destacadamente, cuando de lo que se trata es de la guarda y custodia, las del art. 6²³.

A este respecto, puede ser oportuno recordar la doble función de las normas dispositivas: por un lado, como supletorias de la voluntad de las partes (son las que se aplican a falta de pacto), y por otro como determinantes de la posición negociadora de las partes: el punto de partida de tales negociaciones está constituido por el conjunto de derechos y obligaciones que dichas reglas atribuyen a cada uno, que es lo que se aplicará si no llegan a un acuerdo (es lo que en la doctrina norteamericana se ha denominado, gráficamente, negociación a la sombra de la ley)²⁴; a partir de ahí, la parte que esté conforme con el resultado al que conduzca la aplicación de las normas dispositivas, o cuyas pretensiones se ajusten mejor a su contenido, tiene una posición negociadora más fuerte que la que no está conforme o cuyas pretensiones están más alejadas del contenido de las reglas dispositivas, puesto que sabe que en caso de no llegarse a un acuerdo se aplicarán unas reglas que considera suficientemente beneficiosas para él; la parte que quiera modificar ese resultado, deberá ceder en alguna de sus pretensiones, o de sus posiciones negociadoras, para conseguirlo: de ahí la importancia que tiene la preferencia que la ley otorga a la custodia compartida, algo sobre lo que habrá que volver más adelante²⁵.

23 Una consideración pormenorizada de las consecuencias de la actitud procesal de las partes en relación con la guarda y custodia, en la LIRE, en M. Castilla Barea, “Notas sobre la guarda y custodia...”, pp. 123 y ss., en las que analiza detalladamente las siguientes posibilidades: solicitud consensuada de un régimen de guarda y custodia, y acuerdo específico limitado al régimen de guarda y custodia (pp. 124 y ss.); solicitud coincidente de un concreto régimen de guarda y custodia sin acuerdo previo de los progenitores (pp. 128 y s.); y solicitudes contradictorias en relación con la guarda y custodia (pp. 129 y ss.), donde a su vez estudia cuatro hipótesis: 1) Que uno de los progenitores solicite compartir la guarda, en tanto que el otro solicita guarda exclusiva para sí mismo. 2) Que uno de los progenitores solicite compartir la guarda en tanto que el otro solicita el derecho de visitas, comunicación y estancia para sí mismo y la guarda exclusiva para el otro. 3) Que cada progenitor solicite para sí mismo la custodia individual. 4) Que cada progenitor solicite la custodia individual para el otro y el régimen de visitas, comunicación y estancia para sí mismo.

24 Cfr. C. M. Buchanan y P. L. Jahromi, “A Psychological perspective on shared custody arrangements”, *Wake Forest Law Review* 43 (Summer 2008), p. 434. La gráfica expresión, que ha hecho fortuna, procede de R. H. Mnookin y L. Kornhauser, “Bargaining in the Shadow of the Law: The Case of Divorce”, 88 *Yale Law Journal* (1979), pp. 950 y ss.

25 Sin embargo, esto puede provocar problemas de conductas estratégicas u oportunistas por parte de los ex-conviviendo: cfr., con un cierto detalle, S. Levmore, “Joint Custody and Strategic Behavior”, 73 *Indiana Law Journal* (1997-1998), pp. 429 y ss.

3. La opción legal: custodia compartida y custodia individual.

De acuerdo con el art. 6.1.I LIRF, “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 de ellos”. Cabe, por tanto, bien la llamada custodia compartida²⁶, bien la individual. La primera exige la fijación de 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” (art. 6.1.II); la segunda (custodia individual) exige que se fije “un régimen de comunicación, estancias o visitas con el otro progenitor que le garantice el ejercicio de las funciones propias de la autoridad familiar” (art. 6.1.III).

Llama la atención, en primer lugar, que estos preceptos adopten la perspectiva de los padres, preocupándose (al menos en la literalidad de las normas) más de garantizar los derechos de los progenitores, que de asegurar el derecho de los hijos a relacionarse regularmente con ellos, derecho que, siendo el de mayor peso, queda aparentemente relegado a un segundo plano.

Cabe plantearse en qué medida son equivalentes un régimen de visitas amplias y una custodia compartida, en su caso con limitaciones²⁷. En efecto, la calificación de un determinado régimen como custodia compartida, o como custodia individual con visitas amplias puede ser relevante: por un lado, porque la preferencia legal por la custodia compartida podría entenderse no satisfecha a través del establecimiento de una custodia individual con un amplio régimen de visitas; por otro lado (y esto es más importante) porque en éste último caso la posición legal de progenitor custodio es más fuerte que la del no custodio, lo que implica, en la línea apuntada más arriba, un mayor poder de decisión respecto al hijo²⁸, por más que en ambos casos exista un amplio ámbito de decisiones compartidas, ligadas no a la custodia (es decir, a la convivencia inmediata), sino a la autoridad familiar compartida²⁹. Por eso, más allá de logomaquias o de planteamientos puramente nominalistas, convendría establecer criterios útiles para distinguir una custodia compartida de una custodia individual con visitas amplias.

A tales efectos, un primer dato puede derivar de la exigencia legal de que en casos de custodia compartida se fije el régimen de convivencia de los hijos con cada progenitor (art. 6.1.II), lo que creo que ha de entenderse como inclusivo de pernoctas con ambos progenitores: en mi opinión, un régimen en el cual se acor-

²⁶ Daré en esta ponencia a la esta figura la denominación (custodia compartida) que recibe legalmente (cfr., por ejemplo, art 6.1.II, 6.2, o 6.4 entre otros, de la LIRF), y que he hecho fortuna en la opinión pública. No voy a entrar aquí, por tanto, en la cuestión terminológica; baste señalar que probablemente no es la denominación más adecuada para el régimen que establece: en la medida en que la clave de la guarda y custodia es la convivencia, y que ésta no se comparte –precisamente es presupuesto genérico de aplicación de la LIRF la ruptura de la convivencia entre los padres–, sería mejor hablar de custodia alterna o repartida. Sobre la cuestión terminológica, por todos, C. Guilarte Martín-Calero, “La custodia compartida alternativa”, p. 13 (el propio título del trabajo es indicativo de la opinión de la autora acerca de la terminología más adecuada), y M^a E. Lauroba Lacasa, “Comentario...”, pp. 1494 y ss.

²⁷ Ad rem, F. Lathrop, Custodia compartida de los hijos, p. 395.

²⁸ Cfr. M^a E. Lauroba, “Comentario...”, p. 1497; F. Lathrop, Custodia compartida de los hijos, p. 395.

²⁹ A este respecto, puede no estar de más apuntar que las decisiones relativas al día a día han de ser tomadas por el progenitor con el que en cada momento convive el menor, sea o no el progenitor custodio: desde este punto de vista, un progenitor no custodio con un amplio régimen de visitas tiene una capacidad decisoria más importante, puesto que los periodos de convivencia con el menor son significativos. La condición de custodio es, sin embargo, relevante en cuanto atribuye genéricamente a quien lo es la posibilidad de decidir acerca de la organización general del día a día.

dara una amplia relación diaria con ambos progenitores, pero pernoctando el menor solamente con uno de ellos no es propiamente de custodia compartida³⁰.

Desde el punto de vista cuantitativo, en Canadá se ha considerado que para hablar de custodia compartida el tiempo mínimo de convivencia debería ser del 40 %, cifra que ha sido estimada como excesiva³¹; en USA se ha manejado como tiempo mínimo de convivencia entre el 25 y el 33% del tiempo, según casos y Estados³². A partir de ahí, y como criterio puramente orientador, podría entenderse que por debajo del 25 % del tiempo de convivencia estaríamos ante una custodia individual, mientras que a partir del 40-45 % del tiempo de convivencia habría que entender que ante una custodia compartida; entre ambas proporciones habría una zona intermedia, en la que cabría calificar el régimen acordado como de custodia individual siempre que la opción explícita por ese régimen entrañara la atribución intencional, por causas justificadas, de un mayor poder decisorio y una posición jurídica más sólida al progenitor custodio³³.

Todavía otra cuestión al hilo de estos preceptos: la LIRF parece reservar el derecho de visita solo para los casos de custodia individual (art. 6.1.III), porque parece que tal derecho no tiene sentido en un sistema, como es la custodia compartida, que por su misma consistencia garantiza el mantenimiento de una relación regular entre el hijo y ambos progenitores. Sin embargo, también en la custodia compartida puede ser conveniente –e incluso venir exigido por ese derecho a mantener una relación regular con sus progenitores– fijar un régimen complementario de visitas, en función de la duración y distribución de los periodos de convivencia entre ambos progenitores³⁴. Pienso básicamente en las situaciones (propuestas doctrinalmente y conocidas en la práctica forense) en que la distribución de la convivencia se hace por periodos largos (años, cursos escolares, semestres, e incluso trimestres), en cuyo caso podría ser oportuno, como digo, establecer un régimen de visitas intermedias, recíprocas y atenuadas, en favor

30 Se ha alegado, en este sentido, la STS de 28 septiembre 2009, que aunque sea indirectamente parece situar la diferencia entre la custodia compartida y un régimen amplio de visitas en las pernoctas intrasemanales que se añadieron a las habituales de fin de semana y periodos vacacionales: así lo entienden A. Carrasco Perera, "La custodia compartida llega al Tribunal Supremo", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, num. 790/2009; y M. Ballesteros de los Ríos, "Comentario a la Sentencia de 11 de marzo de 2010", *CCJC 84 (2010)*, p. 1844. La Sentencia, sin embargo, no llega a hacer esa afirmación, que en realidad es una conclusión doctrinal de fundamentos poco claros, ya que la sentencia recurrida en casación lo que hizo fue establecer una custodia individual con un régimen amplio de visitas, pero sin pernocta intrasemanal, frente a la sentencia de primera instancia que fijó un régimen todavía más amplio de visitas, con pernocta intrasemanal: concluir a partir de ahí que el TS entiende que la clave para diferenciar la custodia compartida de un régimen de visitas amplio es la existencia de pernoctas intrasemanales parece algo forzado –sobre esta sentencia puede verse, también, el comentario de M. Gaffal, *CCJC 84 (2010)*, pp. 1461 y ss.–. Con todo, parece razonable seguir manteniendo la conclusión apuntada en el texto, en cuanto la no existencia de pernoctas supone menor intensidad en la convivencia, y sobre todo conduce a atribuir la capacidad para tomar las decisiones relativas a la organización general del día a día al progenitor con quien el menor pernocta durante toda la semana.

31 Cfr. M^a E. Lauroba Lacasa, "Comentario...", p. 1496.

32 Cfr. C. M. Buchanan y P. L. Jahromi, "A Psychological perspective...", p. 422.

33 Cabe plantearse si aún dentro de los límites cuantitativos fijados en el texto, cabría que el Tribunal estableciera uno u otro régimen, en función del poder decisorio que quisiera atribuir a cada progenitor. Sin embargo ello tropieza, a mi entender, con algunos obstáculos: en efecto, la capacidad de tomar decisiones deriva, en primer lugar, del hecho de compartir la autoridad familiar, y en segundo lugar de los tiempos de convivencia (mayores en el progenitor custodio, a quien además corresponde decidir la organización general del día a día, precisamente porque dicha organización depende directamente de sus circunstancias, y le afecta más intensamente a él); si esto es así, compartiendo ambos cónyuges la autoridad familiar, y conviviendo ambos durante periodos significativamente iguales con el menor o menores, no se ve cuál sería el fundamento último del mayor poder decisorio atribuido a uno de los progenitores.

34 Cfr., en esta línea, C. Guilarte Martín-Calero, "La custodia compartida alternativa", p. 9.

del progenitor que en cada momento no está ejerciendo la guarda y custodia: visitas intermedias, porque se establecen para los periodos en los que no tienen al menor en su compañía; recíprocas, porque deberían establecerse en favor de ambos progenitores; y atenuadas, porque no tienen por qué responder a los parámetros de fijación de las visitas habituales hasta ahora, ya que el mantenimiento de esa relación regular entre padres e hijos está garantizado primordialmente por la custodia compartida, de manera que la función de estas visitas intermedias es permitir el mantenimiento de la relación, evitando una total pérdida de contacto durante esos periodos largos.

4. La preferencia legal por la custodia compartida.

De acuerdo con el art. 6.2 LIRF, “el Juez adoptará de forma preferente la custodia compartida en interés de los hijos menores, salvo que la custodia individual sea más conveniente”. Esta preferencia legal por la custodia compartida es la novedad más publicitada de la Ley. Con ella, Aragón se sitúa decididamente, en el ámbito nacional, a la cabeza del movimiento de recepción de esta forma de organizar las relaciones entre padres e hijos tras el divorcio (en Derecho aragonés, tras la ruptura de la convivencia)³⁵, movimiento que también se está produciendo en el ámbito internacional³⁶, aunque con intensidades diferentes, y con variaciones significativas entre unas y otras formas de hacerlo³⁷. La regla es inicialmente simple: a falta de pacto, el Juez deberá acordar la custodia compartida, con las excepciones que veremos más adelante³⁸.

A. La preferencia legal y el principio de interés superior del menor: algunas consideraciones.

Estamos en este caso ante la concreción legal del principio de interés superior del menor³⁹, tal y como señala el propio texto del precepto (la custodia compar-

³⁵ Cfr. M. Castilla Barea, “Notas sobre la guarda y custodia...”, p. 107, especialmente notas 2, 3 y 4.

³⁶ Una visión general de la situación en el Derecho comparado, en F. Lathrop, *Custodia compartida de los hijos*, pp. 288 y ss. Una buena muestra de este movimiento puede ser la opción que hacen por la custodia compartida tanto los ALI’s Principles en los Estados Unidos (§ 2.08: p. 178), como a nivel europeo los Principios de Derecho europeo de familia relativos a la responsabilidad parental, adoptados por la “Commission on European Family Law” (disponibles en <http://www.ceflonline.net/Reports/Principles%20PR%20Spanish.pdf>; sobre dicha Comisión, vid. <http://www.ceflonline.net/>). Sobre la situación en Estados Unidos conviene hacer alguna observación: hablar de custodia compartida (“joint custody”) sin mayores matizaciones es equívoco, puesto que en el sistema americano incluye tanto la llamada “joint legal custody” (que equivale en realidad a nuestra patria potestad, o autoridad familiar compartida, ya que se refiere básicamente a la toma de decisiones) y la “joint physical custody” (que es la que equivaldría a lo que nosotros llamamos custodia compartida, puesto que incluye la convivencia y el cuidado diario); a partir de ahí, no es correcto entender sin más que toda referencia a la “joint custody” ha de ser entendida como hecha a lo que aquí llamamos custodia compartida, puesto que será preciso determinar si se trata de “joint legal custody” (que es la más común, y a la que más habitualmente se entienda hecha la referencia cuando la expresión inglesa no concreta más) o de “joint physical custody”. Ad rem, pueden verse R.E. Oliphant y N. Versteegh, *Family Law* (Aspen Publishers, New York, 2004), pp. 99 y ss.; ALI’s Principles, pp. 210 y ss.; M.K. Pruett y C. Baker, “Joint Custody: a judicious choice for families.- But how, when and why?”, en AA.VV. *The Scientific basis of child custody decisions* (R. Galatzer-L. Kraus-J. Galatzer-Levy, eds, 2ª ed., Wiley, New Jersey, 2009), pp. 417 y ss.

³⁷ Por citar un caso concreto, pueden verse la diferente intensidad con la que se contempla la custodia compartida en la LIRF, y en Derecho catalán, en el que el art. 233-10.1 y 2 del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia (ley 25/2010, de 29 de julio), dispone: “1. La guarda debe ejercerse de la forma convenida por los cónyuges en el plan de parentalidad, salvo que resulte perjudicial para los hijos. 2. La autoridad judicial, si no existe acuerdo o si este no se ha aprobado, debe determinar la forma de ejercer la guarda, ateniéndose al carácter conjunto de las responsabilidades parentales, de acuerdo con el artículo 233-8.1. Sin embargo, la autoridad judicial puede disponer que la guarda se ejerza de modo individual si conviene más al interés del hijo”.

³⁸ Detalladamente, sobre las consecuencias de la actitud procesal de las partes en relación con la guarda y custodia en la LIRF, M. Castilla Barea, “Notas sobre la guarda y custodia...”, pp. 123 y ss.

³⁹ Cfr. K. Kurki-Suonio, “Joint custody as an interpretation of the best interest of the child in critical and comparative

tida se acuerda precisamente *“en interés del menor”*, es decir, porque ése es su interés). Esta es una clara opción de política legislativa en favor de la custodia compartida, que se manifiesta también en otros preceptos de la LIRF, como su art. 5.5 (que permite la modificación de las medidas aprobadas judicialmente *“en particular, cuando se haya acordado la custodia individual en atención a la edad del hijo o hija menor”*, en cuyo caso *“se revisará el régimen de custodia en el plazo fijado en la propia Sentencia, a fin de plantear la conveniencia de un régimen de custodia compartida”*), o en su Disposición Transitoria Primera, 2 (*“la solicitud de custodia compartida por uno de los progenitores será causa de revisión de los convenios reguladores y de las medidas judiciales adoptadas bajo la legislación anterior durante un año desde la entrada en vigor de la presente Ley”*).

Por lo demás, ésta no es la única concreción legal del interés superior del menor en la Ley: lo es, también, la mucho menos conflictiva regla del art. 6.5, conforme a la cual *“salvo circunstancias que lo justifiquen específicamente, no se adoptarán soluciones que supongan la separación de los hermanos”*.

Sobre esta preferencia legal, cabe hacer algunas reflexiones:

a) La primera, que puede parecer ociosa, es que el legislador está legitimado para hacer esa concreción del interés superior del menor. Frente a ello, la función inicial del intérprete y del aplicador, en un sistema de división de poderes como el nuestro, no es corregirla, ni desviarla; no es convertir la solución dada por el legislador en una solución diferente, aunque formalmente sea amparada bajo la denominación de custodia compartida. Naturalmente, cabe el desacuerdo y la crítica desde diversas perspectivas, lo que quiere decir que no solo desde el punto de vista de su plasmación técnica, sino también desde el punto de vista de las opciones de política legislativa.

b) La segunda, es que no es una opción descabellada o irracional: está apoyada en una importante tendencia internacional que se mueve en esa dirección, y encuentra igualmente el soporte teórico de un número importante de trabajos procedentes de diversas áreas, entre las que destaca la Psicología, que reportan los beneficios que, al menos teóricamente, tiene este concreto modo de organizar las relaciones entre padres e hijos tras la ruptura. A estos beneficios hace referencia, por ejemplo, el Preámbulo de la LIRF: *“las ventajas de la custodia compartida son evidentes. Con ella, los hijos mantienen lazos de afectividad y una relación continuada con ambos padres, permite una mejor aceptación de la nueva situación familiar por parte de los hijos, ambos padres se implican de manera efectiva en todos los aspectos de la educación y desarrollo de los hijos y se reduce la litigiosidad entre los padres, dado que el otorgamiento de la custodia a uno solo de ellos en muchas ocasiones acrecienta los conflictos, debido a la desigualdad que se genera en el ámbito de las relaciones con los hijos. ... La custodia compartida favorece la distribución igualitaria de los roles sociales entre hombres y mujeres”*.⁴⁰

perspective”, *International Journal of Law, Policy and the Family*, 14 (2000), p. 184. En términos generales, que la ley concrete un concepto jurídico indeterminado como es el del interés superior del menor puede considerarse como beneficioso, ya que de esta forma las decisiones judiciales son más previsibles, y se desincentiva el conflicto: cfr. R.J. Levy, *“Custody Law and the ALI’s Principles...”*, p. 68.

40 Un resumen de las ventajas y desventajas de la custodia compartida en F. Lathrop, *Custodia compartida de los hijos*, pp. 473 y ss.; C. Guilarte Martín-Calero, *“La custodia compartida alternativa”*, pp. 13 y ss.; M. Castilla Barea, *“Notas*

Por otro lado, siendo legítima y racional, no es la única opción posible entre las racionalmente admisibles: hay otras soluciones que cuentan con soportes teóricos parecidos⁴¹. Ahora bien, si los planteamientos teóricos son abundantes, no cabe decir lo mismo sobre los estudios de campo que demuestren definitivamente la ventaja de un modelo sobre otro. Los que he podido consultar, procedentes básicamente de Estados Unidos⁴², reportan en términos generales resultados positivos a la custodia compartida, ligeramente más beneficiosos que otros modelos diferentes⁴³, pero no son decisivos⁴⁴. Sin embargo, tales conclusiones están lastradas por el hecho de que quienes se encuentran sujetos a esa forma de organizar las relaciones entre padres e hijos tras el divorcio, la han elegido voluntariamente (lo cual trasluce una actitud abierta y colaborativa)⁴⁵; ello introduce un sesgo relevante que permite dudar de su eficacia cuando ha sido impuesta a uno de los progenitores. Precisamente la regulación aragonesa, y la preferencia legal por la custodia compartida a falta de acuerdo introducida por el art. 6.2 LIRF, pueden fácilmente desembocar en la imposición del régimen contra la voluntad de uno de los progenitores, o incluso contra la de ambos (porque no han llegado a un acuerdo, o porque el Juez ha rechazado el acuerdo al que han llegado por considerar que no queda suficientemente preservado el interés de los hijos menores: art. 3.5 LIRF)⁴⁶. Esta imposición no es un factor pronóstico de resultados favorables de la custodia compartida: sin embargo, la ley prevé expresamente, como veremos *infra* con mayor detalle, que “la objeción a la custodia compartida de uno de

sobre la guarda y custodia...”, pp. 116 y ss. (y en las pp. 120 y ss. se detiene brevemente en las ventajas de la figura, tal y como resultan del Preámbulo de la LIRF). En la jurisprudencia de Audiencias ha hecho fortuna la relación de ventajas contenida en la SAP Barcelona (18^a) de 20 de Febrero de 2007.

41 De hecho, con excepción del primer estadio en la evolución de las relaciones entre padres e hijos tras las rupturas matrimoniales (atribución al padre, como titular único de la patria potestad), todos los demás modos de organizarlas que se han ido sucediendo, se han apoyado en consideraciones ligadas al interés del menor, desde diferentes puntos de vista, entre los que nuevamente destaca el psicológico: pueden verse las exposiciones de conjunto, parcialmente coincidentes, que hacen K. Kurki-Suonio, “Joint custody...”, pp. 185 y ss.; A. Goierena Lekue, “La custodia compartida: el interés del menor y la neutralidad de género”, *Aequalitas* 16/2005, pp. 53 y ss.; o F. Lathrop, *Custodia compartida de los hijos*, pp. 286 y ss.

42 Para cuya interpretación hay que recordar la terminología habitualmente usada en ese país (joint custody, joint legal custody, joint physical custody) y determinar a cuál de estas joint custodies se refiere el trabajo de que se trate.

43 Cfr., por ejemplo, C. M. Buchanan y P. L. Jahromi, “A Psychological perspective...”, p. 423, donde indican que la joint physical custody parece predecir una mejor adaptación de los hijos a la situación post-divorcio; similarmente, E. G. Marl, “Joint Physical custody: what we know”, *New Hampshire Bar Journal* 40/1999, p. 51; M.K. Pruett y C. Baker, “Joint Custody...”, p. 424 (aunque en las páginas precedentes los autores han puesto de relieve algunos aspectos negativos de la joint physical custody, como la menor duración y solidez de los acuerdos que la establecen, o la posibilidad de que se traduzcan en formas paralelas y descoordinadas de ejercer la paternidad).

En cuanto a España, cabe referirse al estudio de M. Arch Marin y A. Jarne Esparcia, “Opinión y valoración de los diferentes sistemas de guarda y custodia por psicólogos forenses y juristas españoles. Un estudio piloto”, *Revista de Derecho de Familia*, 41/2008, pp. 28 y ss.: se trata de un estudio sobre las opiniones y valoraciones de los profesionales consultados, y por tanto no sobre los resultados de cada tipo de custodia en sí mismos; llama, sin embargo, la atención, que mientras los psicólogos forenses manifiestan preferencia por la custodia exclusiva con un régimen de visitas amplio, cuando esos mismos profesionales son preguntados por los resultados de la custodia compartida responden mayoritariamente que son moderadamente buenos

44 Cfr. K. Kurki-Suonio, “Joint custody...”, p. 197; en este sentido, se ha afirmado que la elección de la joint physical custody como una opción en los acuerdos de divorcio ha ido mucho más lejos que los conocimientos empíricos acerca de su eficacia: M.K. Pruett y C. Baker, “Joint Custody...”, p. 417.

45 Cfr. C. M. Buchanan y P. L. Jahromi, “A Psychological perspective...”, pp. 425 y ss.

46 En este sentido, no parece razonable pasar de un hogar conflictivo a dos hogares en conflicto (cfr. L. Saphero, “The case against a joint custody presumption”, *Vermont Bar Journal*, 27/2001, p. 37). En la doctrina estadounidense se ha señalado que en familias conflictivas la joint physical custody no sirve para solucionar los problemas, y puede afectar negativamente al desarrollo posterior de los hijos: cfr. M.K. Pruett y C. Baker, “Joint Custody...”, p. 446; similarmente, R.E. Oliphant y N. Versteegh, *Family Law*, p. 99.

los progenitores que trate de obtener la custodia individual, no será base suficiente para considerar que la custodia compartida no coincide con el interés superior del menor” (art. 6.5 LIRF).

Esta suerte de equilibrio teórico entre las diferentes formas de organizar el cuidado de los menores y sus relaciones con ambos progenitores ha hecho que, estando de acuerdo en que es conveniente dar mayor concreción al principio de interés del menor por las razones a que inmediatamente aludiré, haya sido imposible fijar *standards* concretos que permitan realizar fácilmente dicha concreción. Por otro lado, la aparente igualdad entre los diferentes modelos en cuanto a sus resultados prácticos, ha llevado a afirmar, con mayor seriedad de lo que la sugerencia en sí aparenta, que produciría resultados prácticos muy similares, pero con mucho menor coste personal y social (en términos de negociación e inversión de tiempo y esfuerzos) decidir el régimen de relaciones entre padres e hijos tras el divorcio echando una moneda al aire, o usando cualquier otro mecanismo de elección aleatoria⁴⁷. Finalmente, empiezan a ser abundantes los estudios que sugieren que, de cara a la favorable adaptación del menor a la nueva situación, tiene mucha menos importancia el régimen de guarda y custodia que la relación no conflictiva y colaborativa de los progenitores entre sí, y con relación al hijo: es decir, la calidad de la concreta relación paterno (o materno)-filial⁴⁸.

Por lo demás, puede ser también significativo de la complejidad del problema que, junto a ese movimiento expansivo de la custodia compartida como sistema preferente (con variantes significativas, como he dicho), hay también otros en sentido contrario, o dirigidos cuando menos a atemperar esa preferencia⁴⁹: destaca aquí, por ejemplo, el caso de California, que introdujo, pioneramente en USA, la custodia compartida preferente en 1979, y en 1994 modificó sus leyes para aplicarla sólo cuando ambos progenitores estuvieran de acuerdo⁵⁰.

c) En una aproximación teórica, realizar una concreción legal de un concepto jurídico indeterminado tan amplio como el del interés del menor es beneficioso⁵¹. La indeterminación del concepto es una de sus ventajas, en cuanto permite la adaptación de la solución a las peculiaridades del caso concreto; pero es también un inconveniente importante en la medida en que hace más impredecible la decisión del Juez, lo que teóricamente se traduciría en un aumento de la litigiosidad⁵², puesto que ambos ex-convivientes pueden fácilmente pensar que sus argumentos son capaces de convencer a un Juez inicialmente no predispuesto en ninguna dirección, por lo que no se verían impulsados a negociar, ni a ceder en la negociación. Desde este punto de vista, teórico como digo, la opción del legislador aragonés puede ser valorada positivamente⁵³.

47 Cfr. R. J. Levy, “Custody Law and the ALI’s Principles...”, p. 69.

48 Cfr. E. G. Marl, “Joint Physical custody...”, p. 50; K. B. Cheney, “Joint Custody: the parent’s best interest are in the child’s best interest”, Vermont Bar Journal, 27/2001, p. 33; C. M. Buchanan y P. L. Jahromi, “A Psychological perspective...”, p. 423; M.K. Pruett y C. Baker, “Joint Custody...”, p. 423 (estos mismos autores advierten de que la joint physical custody no determina mayores niveles de colaboración entre los padres: p. 435).

49 Cfr. M. Garriga Gorina, “El criterio de la continuidad...”, p. 8; M^a E. Lauroba Lacasa, “Comentario...”, p. 1493.

50 Cfr. L. Saphero, “The case against a joint custody presumption”, p. 37.

51 Cfr. R. J. Levy, “Custody Law and the ALI’s Principles...”, p. 68.

52 Cfr. C. M. Buchanan y P. L. Jahromi, “A Psychological perspective...”, p. 434.

53 Late aquí la tensión entre previsibilidad de la decisión judicial y la necesidad de flexibilizar los instrumentos legales para permitir la adaptación a las circunstancias particulares de cada caso: cfr. S. Tamayo Haya, “El interés del menor

Lo que ocurre es que en una aproximación no solo teórica, sino fáctica, tal beneficio no se produce en realidad, porque la impredecibilidad de la decisión judicial, que es lo que se trataría de corregir, no existe aquí y ahora. Al contrario, los datos de que disponemos (y que son de dominio público) sobre atribución judicial de la guarda y custodia tras el divorcio, muestran que tanto en Aragón como en España en general hay una tendencia consolidada a atribuirla a la madre (entre el 85 y el 90 % de los casos)⁵⁴, lo que quiere decir que la decisión judicial era probablemente más predecible que lo que lo será ahora, tras la entrada en vigor de la LIRF. No es esa, por tanto, la finalidad de la ley, ni cabe justificarla acudiendo a este argumento; su finalidad es más bien cambiar esa tendencia e introducir decididamente la custodia compartida, por entender que es más beneficiosa para el interés del menor, y más respetuosa con los derechos de ambos progenitores.

B. Casos en los que la custodia individual puede ser procedente.

¿Cuándo procede la custodia individual, pese a la preferencia legal por la custodia compartida? Básicamente en tres casos:

a) Cuando lo hayan acordado los ex-convivientes y lo haya aprobado el Juez, quien podría no hacerlo si entiende que no queda suficientemente preservado el interés del menor (art. 3.5 LIRF). Como ya he indicado, el mero hecho de que los ex-convivientes acuerden la custodia individual no debe ser considerado como determinante de que el interés del menor no queda suficientemente preservado, por volver a emplear la expresión legal.

A la inversa, y como ya se ha indicado antes, dispone el art. 6.5 LIRF que *“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”*: a esta regla, que me limito ahora a recordar, dedicaré mi atención más adelante.

b) En segundo lugar, de acuerdo con el art. 6.6, *“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 intentar 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”*. El precepto tiene como finalidad evidente asumir para el Derecho aragonés la regla contenida en el art. 92.7 Cc, pero corregida en algunos aspectos significativos: i) la exigencia de que se haya dictado resolución judicial motivada en la que se constate la presencia de indicios racionales

como criterio de atribución de la custodia”, en AA.VV., *¿Crisis del sistema matrimonial? Sobre el futuro del matrimonio y la familia* (Madrid, CEU ediciones, 2009), p. 260. Hace hincapié en la necesidad de adaptar la solución al caso concreto (y, por tanto, muestra su desacuerdo con la preferencia legal en favor de la custodia compartida) F. Lathrop, *Custodia compartida de los hijos*, p. 401.

⁵⁴ Cfr. el completo estudio jurisprudencial realizado por la Fundación Themis, *Estudio de la jurisprudencia de los años 2006, 2007 y 2008 emanada de las Audiencias provinciales, relativa a la aplicación del artículo 9.8 del Código civil, tras la reforma llevada a cabo por la Ley 15/2005, de 8 de julio, que modifica el Código civil en materia de separación y divorcio* (Madrid, Fundación Themis, 2008), especialmente pp. 13 y ss. (y para Aragón, pp. 61 y 72).

de criminalidad, de manera que no bastan las simples denuncias para provocar la aplicación del precepto⁵⁵; ii) la previsión de que en tales casos no solo no procede la custodia compartida, sino tampoco la individual, a diferencia del Cc, que menciona únicamente la compartida, lo que ha sido criticado, con razón, por la doctrina⁵⁶; iii) la inclusión de la violencia de género, junto con la doméstica, a la hora de fijar las causas que pueden llevar al Juez a denegar la custodia, si considera que hay indicios fundados de su concurrencia.

Si el precepto es de aplicación a uno solo de los progenitores, el Juez deberá conceder la custodia individual al otro. Si es de aplicación a los dos, entonces ninguno de los progenitores deberá ostentar la guarda y custodia, y será el Juez quien deba acordar lo procedente, al amparo del art. 5 de la Ley.

Por último, la Disposición Adicional Cuarta establece que *“los casos de atribución de la guarda y custodia previstos en el artículo 6.6 de la presente Ley (que es de los que estamos hablando) serán revisables en los supuestos de sentencia firme absoluta”*.

c) En tercer y último lugar, cuando el Juez entienda que la custodia individual es más conveniente para el menor, en los términos que paso a exponer.

La primera consecuencia de que la custodia individual sea configurada como una excepción frente al régimen preferente de la custodia compartida es que el Juez, al acordarla, debe justificar su opción (a diferencia de la opción por la custodia compartida, en la que bastaría con alegar la preferencia legal contenida en el art. 6.2, ya que se entiende que ese es el régimen más beneficioso para el menor⁵⁷), explicitando los motivos por los que considera que dicha custodia individual es más beneficiosa para ese menor en concreto que la custodia compartida. A lo que entiendo, el Juez podría acordarla de oficio, ya que la LIRF en ningún momento exige previa solicitud, ni aportación de pruebas⁵⁸: el principio rector de estos procedimientos, y de las decisiones que han de tomarse en ellos (art. 2.2) es el del superior interés del menor, el cual es suficiente para que si el Juez, a la vista de los informes de que dispone (que puede encargar también de oficio: art. 6.3) concluye que es más beneficiosa la custodia individual, pueda acordarla.

¿*Quid* si ambos progenitores han solicitado la custodia compartida? La cuestión es más dudosa, pero entiendo que si el Juez puede no aprobar el acuerdo extrajudicial relativo a las reglas de convivencia entre el menor y sus progenitores por ser contrario al interés del menor (art. 3.5), también podrá, por los mismos motivos, no aprobar el acuerdo intraprocesal, o la solicitud coincidente de ambos padres; en la misma línea, la estructura interna del art. 6 LIRF parece desvincular la solicitud de los progenitores (que gramaticalmente se presenta como facultativa: *“podrán solicitar”*) a que se refiere el art. 6.1, de la decisión adoptada por el Juez, que no aparece relacionada directa ni indirectamente con dicha solicitud,

⁵⁵ Lo subraya M. Castilla Barea, “Notas sobre la guarda y custodia...”, p. 149.

⁵⁶ Cfr. A. Seisdedos Muiño, “Las medidas relativas a los hijos en los procesos de divorcio y de separación matrimonial: primera aproximación al nuevo texto del Código Civil (Ley 15/2005)”, *Aranzadi Civil 2005-III*, pp. 2408 y s.

⁵⁷ En el mismo sentido, M. Castilla Barea, “Notas sobre la guarda y custodia...”, pp. 132 y s.

⁵⁸ Cosa diferente es, naturalmente, que quien solicite la custodia individual despliegue en su escrito toda la panoplia probatoria y argumental de que disponga, si razonablemente quiere obtener una decisión en tal sentido. Pero como indico en el texto, tal decisión no depende estrictamente de las alegaciones o pruebas propuestas de parte.

sino con la preferencia legal por la custodia compartida, o el interés del menor para no fijarla. En todo caso, las razones y pruebas en que se base el Juez para justificar la custodia individual habrán de ser tanto más poderosas cuanto más deba hacer frente no solo a la preferencia legal, sino a la solicitud de uno de los progenitores, o de ambos⁵⁹.

Por otro lado, parece razonable entender, con M. Castilla Barea, que la custodia individual es la medida aconsejable “en aquellos casos en que solo uno de los progenitores manifiesta su deseo y voluntad de convivir habitualmente con los menores, no debiendo imponerse el régimen de custodia compartida a quien desde el primer momento –...– delega en el otro la responsabilidad de tener consigo a los hijos, educarlos y criarlos”⁶⁰.

El art. 6.2 LIRF ofrece un conjunto de factores que el Juez debe tener en cuenta a la hora de optar por el tipo de custodia (individual o compartida⁶¹), técnica que es relativamente habitual en este ámbito⁶². Se trata de una lista abierta, como atestigua el último de los factores mencionados: “*cualquier otra circunstancia de especial relevancia para el régimen de convivencia*”⁶³.

Con la única excepción del aparente mayor peso que se da al plan de relaciones familiares que debe presentar cada progenitor, la ley no contiene elementos que permitan concretar la importancia de cada uno de esos factores a la hora de decidir: esta indeterminación concede al Juez amplios poderes de decisión, y

59 Sobre la posibilidad inversa (acordar la custodia compartida cuando ambos progenitores solicitan la custodia individual), cfr. M. Castilla Barea, “Notas sobre la guarda y custodia...”, p. 136.

60 M. Castilla Barea, “Notas sobre la guarda y custodia...”, p. 122.

61 Pero en la economía de la LIRF, dado que la custodia compartida tiene a su favor la preferencia legal, recurso a tales factores tiene sentido básicamente cuando se trata de justificar la adopción de una custodia individual: en otro caso, como digo, basta inicialmente la preferencia legal.

62 Cfr., en ámbitos diversos, el art. 233.11.1 de la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia; el art. 373.2.10 Cc francés; o el § 2.08 de los *ALI's Principles of the Law of Family dissolution*. Por su parte, el TS, en su sentencia 623/2009 de 8 octubre, menciona los siguientes criterios (extraídos del Derecho comparado) a tener en cuenta por el Juzgador en este ámbito: “la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales y con otras personas que convivan en el hogar familiar; los acuerdos adoptados por los progenitores; la ubicación de sus respectivos domicilios, horarios y actividades de unos y otros; el resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada en una convivencia que forzadamente deberá ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven” (los menciona igualmente la STS de 1 de octubre de 2010).

63 Estas otras circunstancias pueden ser cualesquiera que el Juez considere relevantes en el caso concreto. No me resisto a hacer referencia aquí a una de ellas, que es objeto habitual de consideración en esta sede: me refiero al factor geográfico, es decir, a la distancia espacial entre los domicilios o lugares de residencia de ambos progenitores; este dato es considerado muchas veces como presupuesto de la custodia compartida, que no podría acordarse si la distancia geográfica es excesiva (cfr. M. Castilla Barea, “Notas sobre la guarda y custodia...”, p. 121); en este sentido, numerosas sentencias de Audiencia han entendido que la proximidad de domicilios es imprescindible, de manera que una excesiva lejanía podría justificar la exclusión de la custodia compartida (cfr. la relación de sentencias contenida en C. Guilarte Martín-Calero, “La custodia compartida alternativa”, p. 31). Efectivamente, tal circunstancia debe ser cuidadosamente valorada por el juzgador, pero quizá su eficacia, y más en un sistema como el de la LIRF, en el que es clara la preferencia legal por la custodia compartida, no deba reflejarse necesariamente en la exclusión de este sistema de guarda, si cabe una adaptación mediante la organización de los periodos de convivencia con uno y otro progenitor: es lo que ocurrió en la Sentencia de un Juzgado de Sevilla que decretó la custodia compartida cuando ambos progenitores vivían a casi mil kilómetros de distancia, para lo cual acordó que el padre tuviera consigo a la hija menor (cinco años de edad) los meses de vacaciones escolares y todos los puentes: pero también en este caso habría que valorar el diferente papel que se hace jugar a cada progenitor, puesto que uno de ellos tendría a la hija en los periodos vacacionales y festivos, y el otro en los periodos formativos y educativos, en principio más exigentes, lo que podría afectar a la imagen que la hija se formara de cada uno de ellos (esta solución se acerca bastante a la propuesta en USA por Ackerman: cfr. E.G. Mart, “Joint physical custody...”, p. 53). En todo caso, no cabe duda de que una distancia excesiva entre domicilios debe ser valorada cuidadosamente por el juzgador, antes de acordar la custodia compartida, y podría ser causa de fijación de una custodia individual.

dota al sistema de flexibilidad, lo que, como sabemos, es bueno para adaptar la solución al caso concreto, pero provoca un alto nivel de impredecibilidad de la resolución judicial, y por tanto puede ser factor pronóstico de mayor litigiosidad. En esta línea, la combinación del carácter abierto de la lista de factores a tener en cuenta, y de la falta de una concreción mínima del peso que cada uno de ellos ha de tener en la toma de decisiones, hace que su eficacia normativa sea limitada, y que en realidad sean más bien como una suerte de sugerencia que hace el legislador al Juez acerca de los factores en los que puede apoyar su decisión: pero si el Juez decide dar más importancia a unos que a otros, o recurrir a alguno no contemplado en la lista pero que le parece el más relevante en el caso concreto, puede hacerlo sin mayor problema⁶⁴.

De estos factores legales voy a detenerme, por su especial relevancia, en dos: el plan de relaciones familiares y la edad de los hijos.

1) De acuerdo con el art. 6.2, el Juez, a la hora de acordar la custodia individual, deberá tener en cuenta en primer lugar “*el plan de relaciones familiares que deberá presentar cada uno de los progenitores*”. Como he apuntado más arriba, este plan parece que debe tener mayor peso en la decisión del Juez que los demás factores, aunque este mayor peso tampoco se concreta de ninguna manera: así se deduce de la estructura interna del art. 6.2, que menciona en primer lugar dicho plan, dándole relevancia propia fuera de la lista de factores que ha de tener en cuenta el Juez, y que encabeza después dicha lista con el adverbio además, que trasluce una cierta mayor importancia de este plan.

En mi opinión, el contenido de este plan de relaciones familiares es reconducible al previsto por el art. 3 para el pacto de relaciones familiares, tanto por la identidad en su denominación, como por la referencia que más tarde hacen las Disposiciones Adicionales Segunda y Tercera al plan de relaciones familiares que deberá acompañar a la demanda o reconvención⁶⁵ (y que, a mi modo de ver, podrá también acompañar a la contestación a la demanda). Desde mi punto de vista, este plan, cuya exigencia aparece casi incidentalmente en un precepto destinado a la guarda y custodia de los hijos, poco ayudará al Juez a decidir acerca de la custodia individual, al menos si su contenido no va más allá de lo que exige el art. 3 respecto al pacto de relaciones familiares, puesto que no parece pedirse cosa distinta que la propuesta genérica del “*régimen de convivencia o de visitas con los hijos*” (es decir, el diseño general –custodia compartida, o individual con visitas–, con especificación en su caso de los periodos de convivencia o el régimen de visitas). Más útil habría sido incluir, como hace el Derecho catalán (arts. 233.2.2.a y 233.9 del Libro Segundo del Código civil de Cataluña –Ley 25/2010, de 29 de julio–), la exigencia de presentar un plan de parentalidad o plan de relaciones parentales⁶⁶: es decir, la propuesta acerca de la organización concreta de las re-

⁶⁴ Por otro lado, y como advierte M. Castilla Barea (“Notas sobre la guarda y custodia...”, p. 139), la aplicación del mismo criterio puede conducir a decisiones diferentes en casos distintos, precisamente en función de las peculiaridades y circunstancias concurrentes en cada caso: así, señala la autora que, por ejemplo, la consideración de las posibilidades de conciliación de la vida familiar y laboral unas veces llevará al Juez a decretar un régimen de custodia compartida, mientras que otras veces le disuadirá de hacerlo.

⁶⁵ Así, también, M. Castilla Barea, “Notas sobre la guarda y custodia...”, pp. 124 y s.

⁶⁶ Los planes de parentalidad han sido empleados en USA desde comienzo de los años 90 del pasado siglo (cfr. R.J.

laciones con los hijos menores, especificando la forma en que se propone cada uno ejercitar la autoridad familiar y los derechos y deberes que la integran⁶⁷. Un plan con ese contenido concreto podría, efectivamente ayudar al Juez a decidir acerca de la custodia individual, a la vista de los compromisos que cada uno de los progenitores se manifiesta dispuesto a asumir. Pero si esta era la intención del legislador, no hubiera estado de más incluir una referencia al contenido del plan en el precepto, como ha hecho la ley catalana: y tampoco está de más señalar que estos planes de parentalidad pueden dar buenos resultados, sobre todo cuando han sido fruto del consenso, muchas veces obtenido a través de la mediación⁶⁸.

Por otro lado, nada impide que el progenitor que lo desee pueda presentar un plan con dichas características, ya que el art. 3 LIRF da carácter de mínimos al contenido que exige.

2) El segundo factor al que quiero referirme es “*la edad de los hijos*”. Aunque la previsión está formulada de manera abstracta, esta circunstancia será previsiblemente utilizada (y probablemente está pensada) para justificar la atribución de la custodia individual a la madre en caso de hijos de corta edad (es lo que presupone el art. 5.5, al que me referiré inmediately)⁶⁹. No parece, sin embargo, que esta previsión deba servir para recuperar, de hecho, el desaparecido automatismo de la custodia materna hasta los siete años (fundado también en la teoría de los primeros años y en el interés superior del menor): más bien, da ocasión al

Levy, “Custody Law and the ALI’s principles...”, p. 70, y 78 y ss.); los ALIS’s principles hace un amplio uso de esta figura (§§ 2.05 a 2.12). Sobre las ventajas de los planes de parentalidad puede verse M^a E. Lauroba Lacasa, “Comentario...”, p. 1510.

67 Una buena guía de este contenido puede proporcionarlo el art. 233.9 del Código civil de Cataluña:

1. El plan de parentalidad debe concretar la forma en que ambos progenitores ejercen las responsabilidades parentales. Deben hacerse constar los compromisos que asumen respecto a la guarda, el cuidado y la educación de los hijos.

2. En las propuestas de plan de parentalidad deben constar los siguientes aspectos:

- a) El lugar o lugares donde vivirán los hijos habitualmente. Deben incluirse reglas que permitan determinar a qué progenitor le corresponde la guarda en cada momento.
- b) Las tareas de que debe responsabilizarse cada progenitor con relación a las actividades cotidianas de los hijos.
- c) La forma en que deben hacerse los cambios en la guarda y, si procede, cómo deben repartirse los costes que generen.
- d) El régimen de relación y comunicación con los hijos durante los períodos en que un progenitor no los tenga con él.
- e) El régimen de estancias de los hijos con cada uno de los progenitores en períodos de vacaciones y en fechas especialmente señaladas para los hijos, para los progenitores o para su familia.
- f) El tipo de educación y las actividades extraescolares, formativas y de tiempo libre, si procede.
- g) La forma de cumplir el deber de compartir toda la información sobre la educación, la salud y el bienestar de los hijos.
- h) La forma de tomar las decisiones relativas al cambio de domicilio y a otras cuestiones relevantes para los hijos.

3. Las propuestas de plan de parentalidad pueden prever la posibilidad de recurrir a la mediación familiar para resolver las diferencias derivadas de la aplicación del plan, o la conveniencia de modificar su contenido para amoldarlo a las necesidades de las diferentes etapas de la vida de los hijos.

68 Cfr. R.J. Levy, “Custody Law and the ALI’s principles...”, p. 82; M^a E. Lauroba Lacasa, “Comentario...”, pp. 1510 y s.

69 En el mismo sentido, M. Castilla Barea, “Notas sobre la guarda y custodia...”, p. 142.

Juez para que valore especialmente este dato respecto a los hijos más pequeños y decida en consecuencia, atendidas también las demás circunstancias concurrentes. En todo caso, y como ya se ha advertido, parece igualmente que el Juez, al acordar la custodia individual por razón de la corta edad, debe fijar el plazo por el que se establece tal régimen; transcurrido dicho plazo, habrá que proceder, *ope legis*, a la revisión del régimen, “a fin de plantear la conveniencia de un régimen de custodia compartida” (art. 5.5 LIRF).

d) Puede ser oportuno, en este momento, hacer referencia a dos mecanismos de reforzamiento de la custodia compartida frente a la opción por la custodia individual. Uno de ellos es de origen legal, y el otro de origen jurisprudencial:

1) El primero, que ya he mencionado con anterioridad, es el contenido en el art. 6.5 LIRF: “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 interés superior del menor”. Cabe pensar que estamos ante una reacción legal frente al criterio de un algunas Audiencias que entendían que la mera oposición de uno de los progenitores a la custodia compartida justificaba su rechazo⁷⁰. Esta doctrina podría tener un mayor apoyo en el sistema del Código civil, el cual, como es sabido, pide como regla el acuerdo de los progenitores para que proceda la custodia compartida, pero de aplicarse en Aragón podría convertir en papel mojado la preferencia legal por la custodia compartida: en efecto, si en la práctica judicial fuera suficiente con que uno de los progenitores se opusiera a la custodia compartida para rechazarla, la preferencia legal habría quedado a disposición de cualquiera de tales progenitores (y más en concreto, del que considerara tener más probabilidades de obtener la custodia individual, quien podría oponerse a la custodia compartida solo con esa finalidad), y por tanto devendría ineficaz; a la vista de una doctrina como la aludida más arriba, previsiones como la de este art. 6.5 vienen exigidas por la propia opción del legislador en favor de la preferencia legal por la custodia compartida.

Complementariamente, conviene advertir que, al menos en mi opinión, lo que resulta excluido aquí es el automatismo implícito en ese planteamiento: es decir, la vinculación inmediata de la mera oposición a la custodia compartida con su rechazo. Pero la previsión legal no debe servir para impedir al Juez tomar en consideración la oposición a la custodia compartida (tanto en su intensidad, como en lo que se refiere a las razones en que se funda)⁷¹, debido al carácter pronóstico de mal funcionamiento de la custodia compartida que tal rechazo puede suponer⁷².

⁷⁰ Cfr. C. Guilarte Martín-Calero, “La custodia compartida alternativa”, pp. 26 y ss.

⁷¹ La oposición a la custodia compartida por uno de los ex-convivientes es, por tanto, uno de los factores que el juzgador debe tener en cuenta, también porque puede afectar a las posibilidades reales de éxito de la custodia compartida: en este sentido se ha advertido que la imposición de la custodia compartida a uno de los ex-convivientes puede no ser una solución razonable, puesto que falta uno de los presupuestos de la figura, que es la actitud colaborativa de los implicados; más aún, si la relación entre los ex-convivientes es especialmente conflictiva: cfr. C. M. Buchanan y P. L. Jahromi, “A Psychological perspective...”, pp. 434 y s. Por otro lado, apunta K. Kurki-Suonio, (“Joint custody...”, p. 194), que una decisión judicial que acuerde la custodia compartida a pesar de la objeción de uno de los progenitores a dicho sistema indica que el tribunal tiene una visión más optimista de las posibilidades de los padres para cooperar que los mismos padres. Lo que deja claro en todo caso el art. 6.5 LIRF es que si el ex-conviviente que se opone a la custodia compartida lo hace fundamentalmente para obtener mediante dicho expediente la custodia individual, tal resultado no es legalmente admisible.

⁷² Cfr. A. Goierena Lekue, (“La custodia compartida...”, p. 56), quien entiende que la imposición de la custodia compartida es contraproducente por ser contraria a la filosofía subyacente a la figura; F. Lathrop, Custodia compartida de los

En efecto, si el acuerdo de los progenitores a la hora de establecer este régimen, y su capacidad de comunicación y colaboración, son considerados habitualmente como factores pronósticos de buen funcionamiento de la custodia compartida⁷³, es también usual entender que el rechazo de uno de los cónyuges no es factor pronóstico de buen resultado⁷⁴. De ahí que en determinados casos un rechazo intenso y (al menos subjetivamente) fundado de la custodia compartida por parte de uno de los progenitores pueda ser una de esas circunstancias no mencionadas por el art.6.2 que pueden llevar al Juez a acordar la custodia individual. Con todo, el art. 6.5 impone que tales casos sean excepcionales, y su aplicación sea muy restrictiva, porque de otro modo se podrían incentivar conductas sobreactuadas de rechazo de la custodia compartida, dirigidas oportunamente solo a conseguir la custodia individual.

2) El segundo de estos mecanismos de reforzamiento de la custodia compartida procede de la doctrina del TS acerca de la custodia compartida en el Cc, en el sentido de que *“la guarda y custodia compartida se funda básicamente en la no estabilidad del domicilio de los hijos ... por lo que no es razón fundamental ni decisiva para negar que concurra el interés del menor su no permanencia en un domicilio estable”* (STS 8 octubre 2009). A lo que entiendo, la doctrina es correcta, aunque tampoco debe ser óbice para estimar que una rotación frecuente de domicilio puede en ocasiones afectar a un menor especialmente necesitado de estabilidad, y fundar en esta apreciación el otorgamiento de la custodia individual: pero entonces no ya como un problema estructural de la guarda y custodia compartida (que necesariamente implica un mayor nivel de inestabilidad, asumido por el legislador porque se entiende compensado por los mayores beneficios que al propio menor supone el mantenimiento de una relación regular con sus padres), sino como un problema específico de un menor determinado.

e) Por último, y muy brevemente, parece razonable entender que el criterio legal en cuya virtud los hermanos no deben ser separados salvo que concurran circunstancias que lo aconsejen específicamente, tiene como consecuencia que apreciado en un caso concreto que el interés de un menor aconseja la custodia individual, podrá acordarse dicho régimen para todos los hermanos, a fin de no separarlos (siempre –insisto– salvo que circunstancias específicas justifiquen otra solución).

C. La articulación del régimen de custodia compartida.

A) FUENTES.

Acordar genéricamente la custodia compartida no es suficiente: es preciso determinar más en concreto, y con mayor detalle, cómo se va a llevar a la

hijos, pp. 444 y s.; L. Saphero, “The case against a joint custody presumption”, p. 38.

⁷³ E incluso, en ocasiones, como requisito de buen funcionamiento de la institución: cfr. C. Guilarte Martín-Calero, “La custodia compartida alternativa”, p. 19; F. Lathrop, Custodia compartida de los hijos, pp. 426 y s. Con todo, advierte M^a E. Lauroba Lacasa (“Comentario...”, p. 1505) que no se trata de que los ex-convivientes mantengan una relación cordial, sino que tengan una visión común del proyecto educativo y de crianza

⁷⁴ F. Lathrop, Custodia compartida de los hijos, pp. 444 y s. (con la razonable advertencia de que el requisito de la no conflictividad no puede extremarse hasta el punto de exigir una armonía que no existía durante la situación de normalidad de la convivencia); L. Saphero, “The case against a joint custody presumption”, p. 38.

práctica ese régimen. Para ello, lo más deseable es que sean los propios ex-convivientes quienes lleguen a un acuerdo, y diseñen consensuadamente a tal efecto un plan de parentalidad, con las características que más arriba han quedado señaladas. A tal fin, puede ser especialmente importante el recurso a la mediación familiar, que cabe en cualquier momento del procedimiento, con suspensión del mismo (art. 4.3 LIRF); los acuerdos a que lleguen como consecuencia de dicha mediación quedarán sujetos a la aprobación del Juez, quien la dará en los mismos términos establecidos por el art. 3.5 respecto al pacto de relaciones familiares (art. 4.4): es decir, que no procederá dicha aprobación si los acuerdos son contrarios a norma imperativa o no queda suficientemente preservado en ellos el interés de los hijos. Ello puede ocurrir, por ejemplo, si a través del pacto lo que se hace es desvirtuar el régimen decidido por el Juez, pasando a convertirlo, en la práctica, en un régimen de custodia individual (para lo que pueden resultar útiles los límites cuantitativos propuestos más arriba para distinguir entre la custodia compartida y la individual).

Si los progenitores no llegan a un acuerdo, será el Juez quien deba decidir, para lo que tendrá que tener en cuenta, nuevamente, tanto el plan de relaciones familiares propuesto por cada uno de los ex-convivientes, como el elenco de circunstancias contenido en el art. 6.2 LIRF. Esto quiere decir que tanto el plan como las circunstancias a que se refiere dicho precepto pueden ser tomados en consideración a un doble efecto: i) en cuanto pueden servir para justificar el establecimiento de una custodia individual, que es el propósito al que las hemos examinado más arriba, ii) en cuanto, fijada la custodia compartida, pueden proporcionar datos relevantes para decidir acerca de contenido concreto y detallado, en cada caso en particular, de ese régimen genérico.

Como ya he indicado, se trata de una lista abierta de factores, que admite por tanto la toma en consideración de cualquier circunstancia relevante, en este caso a efectos de la concreción del contenido más detallado de ese régimen. Entre tales otras circunstancias me gustaría traer a colación una que ha sido empleada con habitualidad en el Derecho comparado (y que ha sido recibida entre nosotros), tanto en el marco de la custodia individual –para decidir a cuál de los dos progenitores es más razonable conceder esa custodia individual–, como en el de la custodia compartida –para decidir acerca de la distribución de periodos de tiempo entre los progenitores–. Me refiero al criterio que se fundamenta en el tiempo dedicado por cada uno de los progenitores al cuidado y atención de los hijos, mientras duró la convivencia⁷⁵: en el caso de la custodia compartida, la distribución de tiempo de convivencia entre los progenitores podría ser proporcional a esa dedicación (y por tanto, más habitualmente favorable para la madre). Este criterio es

⁷⁵ Cfr. ALI's Principles 2.08; sobre este criterio (el llamado "approximate the time standard"), vid. C. M. Buchanan y P. L. Jahromi, "A Psychological perspective...", p. 435; R.J. Levy, "Custody Law and the ALI's Principles...", pp. 74 y ss. Entre nosotros, pueden verse las exposiciones de F. Lathrop, Custodia compartida de los hijos, pp. 307 y ss.; M. Garriga Gorina, "El criterio de la continuidad...", pp. 8 y ss.; M^a E. Lauroba Lacasa, "Comentario...", pp. 1503 y ss.;

útil⁷⁶ y puede mostrarse beneficioso para el menor, en la medida en que responde a las pautas de relación a que estaba acostumbrado⁷⁷; tiene, además, la ventaja legal de responder a la obligación de compartir las responsabilidades domésticas y la atención a las personas dependientes que establece para el matrimonio el art. 68 Cc⁷⁸. Sin embargo, la toma en consideración de esta circunstancia debe ser atemperada en algunos casos⁷⁹: destacadamente, cuando la menor dedicación a sus hijos de uno de los miembros de la pareja (más habitualmente el varón) se debe a una mayor dedicación a la obtención de recursos económicos con que hacer frente a las necesidades familiares, por su mayor capacidad para hacerlo (dato tomado en consideración, por ejemplo, por el art. 5 LREM), respondiendo ello a un acuerdo entre los convivientes en tal sentido⁸⁰. Para atenuar las consecuencias de la aplicación rígida del factor que estamos tomando en consideración, cabría aplicar, pero esta vez a la inversa, el criterio de equivalencia tiempo de dedicación a la familia-compensación económica contenido en el art. 7.1.a de la Ley de Parejas Estables, o yendo fuera del Derecho aragonés, en el art. 1438 Cc, no aplicable en Aragón, como es sabido⁸¹: en este caso, la aportación dineraria producida durante la convivencia sería tomada en consideración en términos de tiempo de custodia una vez cesada; de no hacerse así, ocurriría que quien durante la convivencia ha invertido tiempo en la atención a los hijos, obtendría, una vez rota dicha convivencia, tiempo de atención de los hijos, mientras que quien ha invertido tiempo en obtener recursos para atender a los hijos, más probablemente se vería obligado a seguir invirtiendo más tiempo para generar más recursos con los que seguir atendiendo a los hijos, sobre todo si su aportación a los gastos de los hijos se calcula en relación inversa al tiempo que los tiene en su compañía⁸².

Por lo demás, el Juez podrá contar también con los informes que haya solicitado, de oficio o a instancia de parte, en los términos del art. 6.3.

⁷⁶ Puede verse una relación de las ventajas de este criterio en M. Garriga Gorina, "El criterio de la continuidad...", p. 9.

⁷⁷ Sin embargo, este criterio no toma en consideración que algunos, o muchos de esos tiempos, eran compartidos, y que eso lo ha perdido el menor definitivamente: a partir de ahí, hablar de mantenimiento de las pautas es puramente aproximativo. Por otro lado, esa distribución refleja únicamente la dedicación temporal, pero no la relación emocional de cada progenitor con su hijo (cfr. R.J. Levy, "Custody Law and the ALI's Principles...", pp. 74). Además, cabe apuntar, con M.K. Pruett y C. Baker, ("Joint Custody...", p. 421), que ese reparto de tiempos y funciones se hizo sobre la base de la situación de convivencia (en el caso de que hablan, de convivencia matrimonial), pero no tiene sentido reproducirlo cuando dicha convivencia ha terminado.

⁷⁸ Cfr. M^a E. Lauroba Lacasa, "Comentario...", p. 1505.

⁷⁹ En general, sobre inconvenientes de esta propuesta, y la respuesta a tales inconvenientes, puede verse M. Garriga Gorina, "El criterio de la continuidad...", pp. 10 y ss.

⁸⁰ Advierten del riesgo M.K. Pruett y C. Baker, "Joint Custody...", pp. 421 y s., quienes hablan de la posible penalización del padre por haber trabajado fuera de casa en beneficio de la familia. Vid, también, en esta línea, M^a E. Lauroba Lacasa, "Comentario...", pp. 1504; C. M. Buchanan y P. L. Jahromi, "A Psychological perspective...", p. 436; R.J. Levy, "Custody Law and the ALI's Principles...", p. 71.

⁸¹ Ad rem, C. Martínez de Aguirre, "Líneas básicas de la reciente legislación aragonesa en materia de familia", en J.M. Navarro Viñuales (dir.), *El nuevo Derecho de familia: modificaciones legislativas y tendencias doctrinales* (Madrid, Thomson-Civitas-Consejo general del Notariado, 2006), pp. 38 ys.

⁸² No me resisto a citar, aunque sea brevemente, otro criterio sugerido en esta sede: se trataría de conceder la custodia al progenitor que se muestre más dispuesto a reconocer la importancia del papel del otro progenitor en la educación del hijo, y a fomentar la relación entre ambos: sin embargo, como observa R.J. Levy, el progenitor más dispuesto a fomentar la relación del hijo común con el otro progenitor no es necesariamente el mejor preparado para hacer frente al complejo conjunto de problemas ligados a la educación y desarrollo del hijo: ad rem, cfr. R.J. Levy, "Custody Law and the ALI's Principles...", pp. 71 y ss.

B) DOS CUESTIONES SOBRE EL CONTENIDO DEL RÉGIMEN: LOS PERIODOS DE CONVIVENCIA Y LA TOMA DE DECISIONES.

En cuanto al contenido del régimen de custodia compartida, son dos las cuestiones fundamentales en las que voy a detenerme, ambas carentes de regulación específica en la LIRF: la distribución de los periodos de convivencia entre los progenitores, y los criterios sobre toma de decisiones relativas al menor.

1) Por lo que respecta a la determinación de los periodos de convivencia, habría que hablar de una suerte de principio de igualdad atemperada. Igualdad, por que es el principio que rige las relaciones entre progenitores, y está configurado por la propia Ley como uno de los derechos básicos en torno a los que gira; atemperada, porque la Ley no llega a imponer imperativamente un reparto del tiempo de convivencia por periodos iguales: es más, el Preámbulo indica que *“la custodia compartida, tal y como se configura en la ley, no implica necesariamente una alternancia en 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”*. Así pues, dentro de los límites cuantitativos que permiten calificar el régimen establecido como de verdadera custodia compartida, cabe fijación de periodos desiguales, que pueden venir determinados por el interés del menor (que es siempre el prevalente), pero también por las circunstancias personales o profesionales de los progenitores⁸³. En todo caso, entiendo que a medida que el reparto del tiempo se vaya alejando de una distribución igualitaria, más sólida habrá de ser la fundamentación que la sustente; en cambio, para fijar un régimen paritario, no será preciso más que alegar el derecho a la igualdad en las relaciones familiares.

A partir de ahí, cabe organizar los periodos de formas muy diferentes, y con una gran flexibilidad, pero siempre teniendo en cuenta que la menor duración y mayor rotación de los periodos afectará a la estabilidad del menor, y que la mayor duración y menor rotación afectará a la continuidad de la relación con ambos progenitores: ninguna de las dos cosas, en sus extremos, es aconsejable⁸⁴. Sobre esta base, se pueden pensar en días, semanas, quincenas, meses, trimestres, semestres, años enteros⁸⁵; o en periodos desiguales: por ejemplo, año académico con uno de los progenitores y periodos vacacionales y puentes con otro⁸⁶. La organización puede depender de razones estrictamente geográficas (distancia entre los domicilios de los progenitores), profesionales (largas ausencias del territorio nacional, debi-

⁸³ En la misma línea, M. Castilla Barea, “Notas sobre la guarda y custodia...”, p. 115.

⁸⁴ Sobre esta cuestión en particular, cfr. K.B. Cheney, “Joint custody...”, p. 33, donde apunta, entre otras ideas a tener en cuenta, que a muy pocos adultos les gustaría cambiar de casa y hacer las maletas cada semana.

⁸⁵ Pueden verse diferentes formas de organizar la guarda compartida en C. Guilarte Martín-Calero, “La custodia compartida alternativa”, pp. 22 (donde alude a alternancia diaria, semanal, quincenal, mensual, semestral, anual, por curso escolar, por vacaciones, con cita en cada caso de sentencias de Audiencia); N. Giralt, “Los niños no se separan: régimen legal de la guarda y custodia”, en AA.VV., ¿Crisis del sistema matrimonial?, p. 190 (donde habla de semestres alternos, meses alternos, quincenas, semanas y días, con cita de sentencias de Audiencias).

⁸⁶ Es lo que, según hemos visto, resolvió la Sentencia del Juzgado de Familia de Sevilla aludida más arriba, debido al alejamiento geográfico entre los progenitores (más de 1.000 km).

das al trabajo profesional; horarios de trabajo), etc. Será preciso decidir prudencialmente, actuando caso por caso.

Por lo demás, como ya he indicado, la custodia compartida es compatible con un régimen de visitas atenuado, que será tanto más necesario cuanto más largos sean los periodos de permanencia con cada uno de los progenitores, pero podrá llegar a ser innecesario si esos periodos son relativamente cortos, siempre en función de las necesidades y circunstancias del menor. Régimen atenuado, porque la relación regular del hijo con cada uno de sus progenitores está asegurada básicamente por el propio régimen de custodia compartida: lo que es preciso en tales casos es mantener la relación en los periodos de no convivencia; dicho con otras palabras: las visitas no son el medio básico para entablar esas relaciones, sino un medio accesorio para mantener la continuidad de las relaciones establecidas fundamentalmente en los periodos de convivencia.

2) La segunda de las cuestiones anunciadas es la relativa a la toma de las decisiones que afecten al menor, cuyo régimen debe partir de dos consideraciones en cierta medida contrapuestas: i) por un lado, ambos progenitores comparten, como regla, tanto la titularidad como el ejercicio de la autoridad familiar, lo que atribuye a ambos la facultad para tomar esas decisiones, en los términos del art. 68 LDPers.; la propia LIRF reafirma esta idea cuando dispone que *“los hijos menores de edad tendrán derecho... a que ambos (progenitores) participen en la toma de decisiones que afecten a sus intereses como consecuencia del ejercicio de la autoridad familiar”* (art. 2.3.a); ii) por otro lado, el (razonable) hecho de que la capacidad decisoria real del progenitor que en cada momento está ejerciendo la custodia, es mayor, debido precisamente a la situación convivencia con el menor: su tarea sería impracticable si tuviera que consultar con el otro progenitor cada una de las pequeñas decisiones del día a día, sobre las que además el pacto concreto no es posible por su imprevisibilidad.

A partir de estas dos consideraciones, cabe señalar:

i) La toma de las decisiones más relevantes relativas al menor corresponde conjuntamente a ambos progenitores, con aplicación en caso de divergencia de los mecanismos previstos en el art. 71 LDPers. (decisión por parte de la Junta de Parientes o del Juez)⁸⁷.

ii) En esta misma línea, las decisiones acerca de la organización general del día a día de la vida del menor, en sus líneas más importantes (horarios, salidas, permisos, actividades extraescolares, etc.), debería ser también fruto del acuerdo, porque ello es beneficioso para la continuidad y estabilidad de la vida del menor, y porque así se evita que reciba mensajes contradictorios que pueden afectar negativamente a su formación integral y su educación (art. 62.1.c LDPers.). Desde este punto de vista, aunque es evidente que las reglas de convivencia con uno u otro progenitor normalmente serán

⁸⁷ En la misma línea, como criterio general, entre nosotros J. Delgado Martín, “La patria potestad compartida...”, p. 160; fuera de nuestras fronteras, K. Kurki-Suonio, “Joint custody...”, p. 195.

diferentes, de lo que se trata es de evitar contradicciones importantes entre unas y otras, que introduzcan confusión en la mente del menor⁸⁸. Para ello los progenitores tendrán que realizar un esfuerzo importante, proporcional al que tendrían que realizar si siguieran viviendo juntos, para llegar a un acuerdo sobre dichos extremos.

iii) La toma de las pequeñas decisiones ordinarias del día a día corresponde al progenitor que en cada momento convive con el menor, dentro del marco general diseñado conforme al punto anterior⁸⁹.

iv) La toma de decisiones importantes pero que no admiten la demora precisa para consultar con el otro progenitor, corresponde al progenitor que convive con el menor, sin perjuicio del deber de comunicarlas a la mayor brevedad al progenitor no conviviente⁹⁰.

Por último, no estaría de más que la concreción de los criterios conforme a los que han de tomarse las decisiones que afecten al menor, incluyendo en su caso un elenco de las que se consideren más importantes, sea hecha, bien a través del plan de parentalidad acordado entre los progenitores, bien en la sentencia, que establezca así, en sus líneas generales, el plan de parentalidad a que deben sujetarse ambos progenitores.

D. Las decisiones vinculadas.

Como es sabido, la custodia de los hijos comunes no es la única cuestión que debe ser resuelta en los casos de ruptura de la convivencia, aunque cualitativamente sea la más importante. A todas ellas se refiere la LIRF, como ya he indicado, pero hay dos que en la práctica aparecen estrechamente vinculadas a la de la custodia, sobre todo en el marco de las negociaciones conducentes a llegar a un acuerdo que regule globalmente las consecuencias de la ruptura de la convivencia. Me refiero, en primer lugar a la contribución de cada progenitor a los gastos ocasionados por el menor, contribución usualmente concretada en una suma que el progenitor no custodio (hablo ahora de custodia individual, que hasta la entrada en vigor de la ley era el caso más habitual) debe abonar periódicamente al progenitor custodio para hacer frente a esos gastos. Y, en segundo lugar, me refiero a la atribución del uso de la vivienda familiar, muy habitualmente a favor del progenitor custodio, en aplicación del art. 96.I Cc. Eso quiere decir que en un sistema de custodia individual muy mayoritariamente atribuida a la madre, esta última decisión lleva consigo la atribución a la madre del uso de la vivienda familiar, con independencia de su titularidad, y la fijación de una pensión a cargo del padre.

⁸⁸ En efecto, el hecho de que, como se verá inmediatamente, la toma de las decisiones ordinarias de cada día esté atribuida al progenitor con el que convive el menor en ese momento, no debería desembocar en dos modelos diferentes (y menos aún contradictorios) de organización, ni en dos disciplinas u orientaciones radicalmente distintas: cfr. K. B. Cheney, "Joint Custody...", p. 34; desde una perspectiva negativa, advirtiendo del riesgo de que la custodia compartida se traduzca en formas paralelas y descoordinadas de ejercer la paternidad, más que en formas compartidas y comunicativas, cfr. M.K. Pruett y C. Baker, "Joint Custody...", p. 422.

⁸⁹ Cfr., parecidamente, J. Delgado Martín, "La patria potestad compartida...", p. 169; L. Zarraluqui Sánchez-Eznerriaga, *Derecho de Familia y de la Persona*, vol. 6 (Barcelona, Bosch, 2007), p. 109.

⁹⁰ Cfr., en esta misma línea, J. Delgado Martín, "La patria potestad compartida...", p. 169; es el planteamiento que proponen los ALI's Principles, § 2.09.

A continuación no entraré en lo relativo a la vivienda, que es objeto de otra ponencia⁹¹, y me referiré breve y descriptivamente a la contribución de los progenitores a los gastos de los hijos en caso de custodia compartida, tal y como está regulada en la LIRF.

Es habitual señalar que hay una suerte de relación inversa entre la custodia compartida y el establecimiento de la obligación de contribuir a los gastos del hijo a través de una suma pagadera regularmente por un progenitor al otro, así con como la cuantía de esa suma⁹²: el planteamiento inicial es que si cada uno de los progenitores hace frente a los gastos del menor durante el periodo en que convive con él, de esta forma está ya contribuyendo a sus gastos directamente, de manera que si el reparto de periodos de convivencia es paritario, y no hay otras circunstancias relevantes, ninguno tendría que pagar nada al otro en concepto de gastos ordinarios, y solo quedaría decidir acerca de los gastos extraordinarios: no haría falta, entonces, fijar una pensión por este concepto, lo que tendría como efecto beneficioso complementario evitar los conflictos derivados del impago de las pensiones, que constituyen buena parte de los que surgen tras la ruptura de la convivencia. Sin embargo, aplicar rígidamente esta idea conduciría a resultados poco beneficiosos para el menor, cuando no abiertamente injustos.

La LIRF, con buen criterio, ha adoptado un planteamiento flexible, que deja al Juez la capacidad de fijar, si lo considera necesario, un pago periódico entre los progenitores para hacer frente a los gastos ordinarios, atendiendo básicamente a las necesidades y recursos de los hijos, así como a los recursos económicos de los padres; también habrá que tener en cuenta, aunque la ley no lo mencione expresamente, la eventual diferente duración de los periodos de convivencia, en cuyo caso el principio de que cada progenitor hace frente a los gastos ordinarios ocasionados por el menor durante el periodo de convivencia acabaría traducéndose en una contribución desequilibrada a los gastos del menor por parte del progenitor con el que convive más tiempo. Así pues, la custodia compartida no excluye automáticamente la existencia de una pensión⁹³, cuya cuantía, periodicidad y características habrán de ser fijadas por el Juez, siempre a falta de acuerdo aprobado por el propio Juez. En todo caso, y sin profundizar demasiado, porque excede ya del tema de esta ponencia, cabe apuntar que esa pensión normalmente debería concederse para los periodos de convivencia del progenitor en cuyo

91 M^o J. Balda Medarde, "La vivienda familiar en la ley 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres", en este mismo volumen.

92 Sobre las diferentes posibilidades, con indicación en su caso de sentencias de Audiencia, vid. C. Guilarte Martín-Calero, "La custodia compartida alternativa", pp. 24 y ss.

93 Lo afirma expresamente la STSJ Cataluña núm. 29/2008 de 31 julio, de la que es especialmente ilustrativo el siguiente párrafo: "teniendo en cuenta que bajo la denominación equívoca de custodia "compartida" pueden hallar amparo diversas situaciones de convivencia de los hijos con sus progenitores -...-, que supongan un reparto no necesariamente igual del tiempo de convivencia con cada uno de los padres y/o de las tareas o funciones que en relación con su cuidado diario cada uno de ellos se obligue a asumir, en razón a muy diversos factores (la diferente edad de los niños, su comodidad y confort, su aprovechamiento escolar, sus problemas evolutivos particulares, el horario laboral y la disponibilidad efectiva de los padres, etc.), no tiene nada de extraño que las situaciones de desigualdad en el tiempo de convivencia con uno y otro progenitor puedan compensarse mediante la correspondiente pensión de alimentos, en cuya fijación habrá que tener en cuenta, además y en su caso, las diferencias de ingresos que puedan existir entre los obligados a su pago (art. 267 CF), puesto que, permaneciendo inalterable la necesidad de los alimentistas, sería contrario a la regla arriba mencionada (art. 82.2 CF) no procurar un cierto equilibrio y una razonable estabilidad en la calidad e intensidad de su cuidado integral, en lugar de someterlos a los vaivenes derivados de la diferente capacidad adquisitiva de sus progenitores custodios".

favor se acuerda, pero no para aquéllos en los que es el progenitor deudor quien convive con el menor. Por otro lado, tampoco cabe descartar el establecimiento de pensiones recíprocas, a cargo de cada uno de los progenitores y en beneficio del otro, pagaderas durante los respectivos periodos de convivencia (aunque no cabe duda de que esta solución podría crear conflictos complementarios entre los progenitores)⁹⁴.

Corresponde también al Juez fijar la realización compartida o separada de los gastos ordinarios de asistencia a los hijos (art. 8.3 LIRF): en este caso, el establecimiento de un sistema de realización compartida de los gastos ordinarios podría ser más beneficioso que la fijación de una pensión, ya que el progenitor no tendría que pagar directamente a su expareja, sino que podría hacerlo directamente a los proveedores de que se trate, lo que evitaría problemas de raíz más bien psicológica (desconexión entre el gasto y el hijo, derivada de la sensación de que a quien se está pagando es a la expareja; seguridad de que el dinero pagado se destina efectivamente a hacer frente a los gastos de los hijos⁹⁵).

En cuanto a los gastos extraordinarios, el art. 8.4 diferencia entre los que son necesarios y los que no (donde el problema está en determinar que gastos extraordinarios son necesarios, y cuáles no, y en su caso qué se hace con los gastos convenientes, pero no estrictamente necesarios): *“los gastos extraordinarios necesarios de los hijos serán sufragados por los progenitores en proporción a sus recursos económicos disponibles. Los gastos extraordinarios no necesarios se abonarán en función de los acuerdos a los que lleguen los progenitores y, en defecto de acuerdo, los abonará el progenitor que haya decidido la realización del gasto”*.

E. El papel de la mediación familiar.

A los largo de las páginas que preceden se ha hecho hincapié reiteradamente en la importancia de los acuerdos entre los cónyuges, desde dos puntos de vista: el primero, más formal, para la determinación del régimen de custodia y su contenido concreto; el segundo, más sustantivo, relativo a la importancia de que los progenitores sean capaces de ponerse de acuerdo tanto para pactar ese régimen con su contenido, como para gestionarlo una vez esté en funcionamiento. Se ha enfatizado también en la utilidad, por no decir necesidad, de una actitud positiva, comunicativa, dialogante y colaborativa entre los progenitores, lo que no quiere decir que personalmente se lleven bien, sino que sepan esforzarse para dejar de lado sus diferencias, y para conseguir que la ruptura de la convivencia perjudique lo menos posible a sus hijos. Esto es así hasta el punto de que, como ya he señalado antes, para conseguir una razonable adaptación de los hijos a la

⁹⁴ Por su parte, C. M. Buchanan y P. L. Jahromi, (“A Psychological perspective...”, p. 438), concluyen afirmando que en los casos de custodia compartida es preciso acordar pensiones generosas, para evitar desequilibrios económicos significativos en la vida del hijo en función del progenitor con quien conviva en cada momento: aplicando la idea al Derecho aragones, cabría decir que si este (como el común español) predispone mecanismos dirigidos a garantizar que no se produzcan desequilibrios económicos entre los ex-cónyuges, cuando han desaparecido los vínculos legales entre ellos, con mayor razón habría que adoptar medidas dirigidas a paliar los desequilibrios económicos que puedan afectar a los hijos en función de los periodos de convivencia y los recursos de cada progenitor.

⁹⁵ La idea subyace en el planteamiento de M. F. Brinig y F.H. Buckley, “Joint Custody: bonding and monitoring theories”, *Indiana Law Journal*, 73 (Spring 1998), p. 393.

nueva situación originada tras la cesación de la convivencia es más importante esa actitud de los padres que el régimen concreto de relaciones que se acuerde⁹⁶.

Para conseguir tanto esa actitud colaborativa, como que se plasme en acuerdos suficientemente satisfactorios, la mediación familiar desempeña un papel de primer orden. De hecho es habitual que la custodia compartida y la mediación familiar vayan de la mano en el conjunto de reformas dirigidas a nivel internacional a introducir este régimen de relaciones familiares en los diferentes ordenamientos nacionales, precisamente por el papel facilitador del acuerdo acerca de la adopción de este modelo de guarda, y de su puesta en funcionamiento⁹⁷.

En esta línea, también el legislador aragonés la ha incorporado en el art. 4 LIRF, que regula tanto la mediación preprocesal como la intraprosesal. Respecto a esta última, dispone el art. 4.2 que *“en caso de presentación de demanda judicial, el Juez podrá, a los efectos de facilitar un acuerdo entre los padres, proponerles una solución de mediación y designar para ello un mediador familiar. Asimismo, el Juez podrá acordar la asistencia de los progenitores a una sesión informativa sobre la mediación familiar si, atendiendo las circunstancias concurrentes, estima posible que lleguen a un acuerdo”*. Del mismo modo, conforme al art. 4.3 *“iniciado el procedimiento judicial, los padres podrán de común acuerdo solicitar su suspensión al Juez, en cualquier momento, para someterse a mediación familiar, acordándose dicha suspensión por el tiempo necesario para tramitar la mediación. El procedimiento judicial se reanudará si lo solicita cualquiera de las partes o en caso de alcanzarse un acuerdo en la mediación”*.

Esta mediación familiar podría desarrollar su eficacia más allá del momento de determinación del plan de relaciones familiares tras la ruptura de la convivencia: podría ser muy útil prever mecanismos que permitieran que el mediador acompañara a los progenitores al menos durante las primeras fases de funcionamiento del régimen de guarda, para ayudar a las progenitores a gestionarlo adecuadamente, y a resolver las dificultades que se presenten⁹⁸.

⁹⁶ Cfr., por todos, C. M. Buchanan y P. L. Jahromi, “A Psychological perspective...” p. 419; , K. Kurki-Suonio, “Joint custody...”, p. 188.

⁹⁷ Cfr. , K. Kurki-Suonio, “Joint custody...”, p. 188; R.J. Levy, “Custody Law and the ALI’s Principles...”, p. 69; por su parte, C. M. Buchanan y P. L. Jahromi (“A Psychological perspective...”, p. 437) dan cuenta de los beneficiosos resultados para padres e hijos de los programas de mediación en familias aleatoriamente seleccionadas.

También entre nosotros la tímida introducción de la custodia compartida en el régimen del Código civil se ha visto acompañada de previsiones respecto a la mediación familiar (Disposición Final Tercera de la Ley 15/2005, de 8 de julio), que todavía no han sido llevadas a la práctica.

⁹⁸ Se ha propuesto en USA atribuir también al mediador, en este último caso, facultades decisorias en caso de divergencias entre los progenitores en lo relativo al funcionamiento del régimen acordado, de manera que pasaría a ser un mediador-árbitro: mediador porque su primera función sería intentar que los cónyuges resolvieran las divergencias con su ayuda; árbitro, porque si no llegan a un acuerdo le correspondería a él decidir: cfr. A. L. Estin, “Bonding After Divorce: Comments on Joint Custody: Bonding and Monitoring Theories”, *Indiana Law Journal* 73 (1997-98), pp. 451 y s. Esta solución tiene la ventaja de su mayor agilidad y rapidez frente al mecanismo judicial, y de su mayor neutralidad frente a la Junta de parientes (que en muchos casos de ruptura puede ser en sí misma conflictiva), aunque presenta como mayor inconveniente que desnaturaliza la figura de la mediación, y que puede acabar contaminando al propio mediador, cuyas decisiones pueden terminar por provocar el rechazo de su figura por parte del progenitor que se considere perjudicado por su actuación, o que esté en desacuerdo con sus decisiones.

III.- ALGUNAS REFLEXIONES A PARTIR DE LA REGULACIÓN DE LA CUSTODIA COMPARTIDA EN LA LIRF.

1. Sobre las novedades introducidas por la LIRF.

A. El punto de partida: la situación precedente.

Para valorar cuál es el alcance real de la reforma operada por la LIRF es preciso partir de la situación previa sobre la que esa reforma incide, y a la que afecta. Tal situación puede resumirse apretadamente como sigue.

a) Desde el punto de vista legal, la reforma actuada en el Cc por la ley 15/2005 supuso en este punto la introducción formal de la custodia compartida en dicho texto legal; introducción, sin embargo, tímida, sujeta a importantes requisitos que de hecho restringen considerablemente sus posibilidades de aplicación: el primero de tales requisitos es la vinculación de la custodia compartida al acuerdo entre los cónyuges o excónyuges, a cuyo acuerdo hay que sumar los controles establecidos en el art. 92.6 Cc. A falta de tal acuerdo, como es sabido, la custodia compartida solo puede establecerse excepcionalmente, y con sujeción a los estrictos requisitos fijados en el art. 96.8 Cc. Esta regulación produjo, paradójicamente, dos efectos aparentemente contradictorios:

1) Por un lado, frente a las decisiones judiciales que antes de la reforma de 2005 negaban la posibilidad de la custodia compartida en nuestro sistema, basándose en que no estaba admitida por nuestro Cc⁹⁹, la reforma deja claro que es una opción legal y posible.

2) Por otro lado, frente a las decisiones judiciales que acordaban la custodia compartida con fundamento en la amplia flexibilidad de nuestro sistema a la hora de fijar el modelo de relaciones entre padres e hijos¹⁰⁰, la actual regulación introduce controles y exigencias antes inexistentes, de modo que restringe desde el punto de vista práctico las posibilidades de acudir a este régimen¹⁰¹.

Así pues, resumidamente, admisión de la custodia compartida, pero como régimen relativamente excepcional, sujeto a estrictos requisitos y controles que no facilitan su adopción.

b) Por otro lado, esta reforma apenas ha supuesto variación en las pautas a que responden las decisiones judiciales relativas a la guarda y custodia de los hijos. Tanto en Aragón como en el conjunto de España, antes de la reforma de 2005 en el 90 % de los casos se acordaba una custodia individual, que en más del 85 % de los casos era materna; tras la reforma las cifras permanecen prácticamente idénticas, con un ligero ascenso de la custodia compartida, pero a costa no tanto de la custodia materna como de la paterna, que desciende ligeramente: cambios, en

⁹⁹ Cfr. L. Zarraluqui, *Derecho de Familia...*, 6, p. 113; C. Guilarte Martín-Calero, "La custodia compartida alternativa", p. 10: en ambos casos, con cita de sentencias.

¹⁰⁰ Pueden verse, por ejemplo, las sentencias citadas por C. Guilarte Martín-Calero, "La custodia compartida alternativa", p. 11.

¹⁰¹ Como señala C. Guilarte Martín-Calero ("La custodia compartida alternativa", p. 9), el legislador de 2005 parece más preocupado por regular cuándo no procede la custodia compartida, que en establecer su régimen.

todo caso, muy poco significativos, puesto que no afectan a las grandes cifras¹⁰². Así pues, en este punto la reforma de 2005 no ha supuesto cambios significativos en lo relativo a la guarda y custodia de los hijos menores en casos de nulidad, separación y divorcio¹⁰³.

Por otro lado, y como he señalado antes, la atribución de la custodia individual a la madre suele llevar consigo el uso de la vivienda familiar y la imposición al padre de la obligación de pagar una pensión para contribuir a los gastos de los hijos comunes.

B. Incidencia indirecta (pero importante) de la reforma: las posiciones negociadoras de las partes.

En relación con este panorama, la variación más importante introducida por la LIRF es la preferencia legal otorgada a la custodia compartida, lo que supone (y esta es una incidencia indirecta fundamental) la alteración radical de las respectivas posiciones negociadoras de madres y padres. Hasta ahora, en virtud de la práctica judicial, las madres podían contar con que a falta de acuerdo la decisión judicial más predecible le concedería la custodia individual, lo que la situaba en una posición ventajosa de cara al uso de la vivienda y la pensión para hacer frente a los gastos ocasionados por los hijos, lo que a su vez le concedía una posición negociadora muy sólida frente al marido, cuya posición negociadora venía definida habitualmente por su mayor capacidad para allegar recursos económicos, así como por la extensión e intensidad del derecho de visitas –en cuyo punto, la existencia de un régimen habitual de visitas consolidado por el uso judicial¹⁰⁴, marcaba la posición negociadora de partida de los padres–: el resultado era el intercambio de tiempo de visitas a los menores por uso de la vivienda y compensaciones económicas, sea en la pensión por gastos de los hijos comunes, sea en la compensación por desequilibrio, en uno u otro sentido¹⁰⁵. Naturalmente, el principal problema de este planteamiento es que los hijos aparecen como baza de negociación ya sea para unos (padres) o para otras (madres), en función de los respectivos intereses y pretensiones: poco que ver todo ello, por tanto, con el principio de superior interés del menor.

Tras la LIRF, la posición negociadora de la mujer se hunde, al perder su principal baza negociadora, que era la mayor probabilidad real de que le fuera asignada la custodia individual¹⁰⁶. Puesto este resultado en conexión con los estudios,

102 Cfr., antes de la reforma de 2005, R. Arce, F. Fariña y D. Seijo, "Razonamientos judiciales en procesos de separación", *Psicothema* 2005, vol. 17, nº 1, pp. 60 y ss. (disponible en <http://www.psicothema.com/pdf/3064.pdf>: última consulta, 28 febrero 2011). Después de la reforma de 2005, Fundación Themis, *Estudio de la jurisprudencia...*, pp. 21 y ss. Las cifras son muy similares en otros países: cfr. M. Garriga Gorina, "El criterio de la continuidad...", p. 4, nota 6.

103 Es más: todavía después de la reforma de 2005 hay un apreciable número de resoluciones judiciales que muestran un importante nivel de desconfianza hacia la custodia compartida: cfr. C. Guilarte Martín-Calero, "La custodia compartida alternativa", p. 26.

104 Por todos, cfr. C. Martínez de Aguirre, en C. Martínez de Aguirre (coord.), *De Pablo y Pérez Álvarez, Curso de Derecho civil IV (Derecho de Familia)*, (2ª ed. Madrid, Colex, 2008), p. 184; C. Guilarte Martín-Calero, "La custodia compartida alternativa", p. 8, quien refiere una tendencia expansiva en favor del progenitor no custodio.

105 Es decir, padre que cede tiempo de visitas (que valoraría menos) a cambio de menores prestaciones económicas a su cargo, o padre que obtiene tiempo de visitas (que valoraría más) a cambio de mayores prestaciones económicas a su cargo.

106 Lo ponen de relieve A. Goierena Lekue, "La custodia compartida...", p. 57 A. Carrasco Perera, "Tribuna", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 648. También, M. F. Brinig y F.H. Buckley, "Joint Custody...", pp. 398 y s.

procedentes mayoritariamente de fuera de nuestras fronteras, que relacionan ruptura familiar, monoparentalidad materna (que es el resultado de la custodia individual materna) y riesgo de exclusión social¹⁰⁷, resulta que la posición de las madres ha empeorado muy considerablemente, lo cual, analizado desde la perspectiva de género, podría llevar a conclusiones significativas. Sin embargo, antes de llegar apresuradamente a tales conclusiones, habría que añadir dos matizaciones:

1) En realidad, la custodia compartida rompe esa relación a que acabo de referirme, puesto que desaparece la monoparentalidad materna, sustituida por una biparentalidad alternada, de manera que los riesgos de exclusión social asociados al impago de las pensiones, al menos en lo que se refiere a los gastos ocasionados por los hijos, son menores, puesto que ya no pesan sobre la mujer todos los gastos de los hijos, sino solo los correspondientes a los periodos de convivencia que tiene asignados, mientras que el padre correrá con los gastos de los periodos que le correspondan a él. Esto quiere decir que, al menos teóricamente, deberían mejorar tanto la situación de la mujer (descargada de buena parte de los gastos a que debía hacer frente con anterioridad, muchas veces sin colaboración), como la de los hijos (no perjudicados por los impagos de la pensión establecida a cargo del padre no custodio).

En todo caso, lo que sí parece muy conveniente es hacer un seguimiento de los resultados de esta custodia compartida, para calibrar su eficacia respecto a la situación posterior tanto de los hijos como de los ex-convivientes, a corto, medio y largo plazo.

2) En segundo lugar, el análisis desde la perspectiva de género, aunque muy conveniente, no es en este caso prioritario, puesto que intentar resolver este problema desde esa perspectiva es hacer pasar el interés de la madre por encima del de los menores, cuando como sabemos en esta materia el interés prioritario es el del menor. Quiero decir que en caso de conflicto de perspectivas (de género, o del menor) es la del menor la que debe prevalecer. Lo cual no quiere decir que el análisis desde la perspectiva de género no sea procedente, sino que no es en sí mismo decisivo.

2. La custodia compartida y el Derecho de Familia: algunas reflexiones al hilo de la reforma legal.

Una de las características más acusadas de las transformaciones del derecho de familia ocurridas en los últimos decenios en nuestra cultura jurídica (y no hablo solo de Aragón o España) es que tales transformaciones, al decir de M. A. Glendon, no parecen obedecer a la existencia de un conjunto coherente de objetivos, sino que cada país parece haber perseguido más bien un cierto número de finalidades diferentes y aún contradictorias en sus leyes o programas relativos

107 Cfr., por ejemplo, R. Walberg y A. Mrozek, *Public Choices, Private Costs – How Failing Families Cost Us All*, (Institute of Marriage and Family of Canada, 2009), pp 13 y ss. (con datos comparativos de Estados Unidos, Reino Unido, Canadá y Australia); The Institute for the Study of Civil Society, *Does Marriage Matter?* (2007, disponible en <http://www.civitas.org.uk/pdf/cs31.pdf>), p. 9. Los datos son conocidos desde hace años: cfr., L.J. Weitzman (1985), *The Divorce Revolution. The Unexpected Social and Economic Consequences for Women and Children in America*, (Londres, The Free Press, Collier MacMillan Publishers, 1985).

al matrimonio; vistos individualmente (sigue diciendo la autora), los desarrollos legales así producidos parecen tener un carácter casual, y casi fortuito¹⁰⁸. Esto ha ocurrido también en España, y en concreto con la LIRF, cuya inserción sistemática en el marco de la ordenación legal del matrimonio en España puede suscitar reflexiones en distintas direcciones¹⁰⁹. Aquí quiero detenerme, brevemente, en dos cuestiones: la relevancia legal de la procreación, y los problemas para encontrar soluciones eficaces a las consecuencias perjudiciales para los hijos de la ruptura de los padres.

A. Sobre la relevancia legal de la procreación.

No descubro nada nuevo al decir que una de las tendencias más marcadas de la reciente evolución del Derecho matrimonial y de familia es la desconexión entre matrimonio y procreación. En Derecho español, la desaparición del impedimento de impotencia en 1981 y la admisión del matrimonio civil entre personas del mismo sexo (estructuralmente no procreativo) en 2005 han iniciado y consolidado legalmente esta tendencia.

Sin embargo, leyes como la que ahora estamos considerando vuelven a poner en un primer plano la vinculación entre procreación y, por ceñirme estrictamente al ámbito de aplicación de la Ley tal y como ha quedado diseñado, la juridificación o institucionalización de la relación de pareja. En efecto, la LIRF liga directamente a la existencia de hijos a cargo, procedentes de manera aplastantemente mayoritaria de la procreación (es decir, de las relaciones sexuales mantenidas por los componentes de la pareja), la aplicación de un denso conjunto de consecuencias jurídicas que no se darían del mismo modo, ni con la misma intensidad, a falta de hijos comunes. Y esto ocurre no solo en las relaciones verticales (padres-hijos), sino también en las relaciones horizontales entre los progenitores, entre quienes se establece una red cada vez más densa y compleja de relaciones jurídicas, que es independiente del cese de la convivencia. La convivencia puede acabar, pero siguen compartiendo la titularidad y el ejercicio de la autoridad parental, muy probablemente, si la LIRF cumple sus objetivos, la titularidad y ejercicio de la guarda y custodia, con exigencia en este último caso de ponerse de acuerdo no solo en el momento inicial (determinación del régimen de custodia y de su contenido), sino cada vez que hay que tomar una decisión relevante, o hay que hacer frente a circunstancias nuevas en la vida del menor. Es muy significativo, como se ha indicado, que relaciones de pareja carentes intencionalmente de una regulación legal específica, por no ser matrimonio y quedar excluidas del ámbito de aplicación de la Ley 6/1999 sobre Parejas Estables no Casadas, se vean sujetas ahora a esta compleja regulación legal de su ruptura, pero solo sí hay hijos comunes a cargo.

De esta manera, la procreación, expulsada legalmente por la puerta del Cc. vuelve por la ventana de la LIRF y de otras leyes semejantes, sugiriendo así con

¹⁰⁸ M.A Glendon, *The Transformation of Family Law*, (Chicago, The University of Chicago Press, 1989), p. 2.

¹⁰⁹ Cfr., por ejemplo, F. Lathrop, *Custodia compartida de los hijos*, pp. 460 y ss., en las que identifica dos nuevos ejes del Derecho de Familia español: la coparentalidad y la corresponsabilidad parental.

fuerza que, efectivamente, la procreación y educación de los hijos es el elemento teleológico básico del Derecho de Familia.

Todo esto, sin embargo, puede tener como efecto no deseado la desincentivación de la natalidad: en la medida en que la existencia de vínculos jurídicos permanentes entre dos personas se hace depender no de la institucionalización de la relación (matrimonio, pareja de hecho juridificada), sino de la existencia de hijos comunes, quienes no quieran establecer tales vínculos –y a los que antes bastaba con no casarse– podrían optar para evitarlo por no tener hijos, que es lo único que en realidad, y cada vez con mayor claridad, va a permitir que la ruptura de la convivencia tenga efectos jurídicos plenos, sin que subsista la necesidad de comunicarse y ponerse de acuerdo regularmente con la persona con la que se ha dejado de convivir. Es verdad que esto ya era antes así, al menos en parte (la relación de filiación, tal y como es regulada, produce por sí sola buena parte de esas consecuencias, lo cual es fruto también de esta misma tendencia de la que vengo hablando¹¹⁰), pero regulaciones como la de la LIRF lo refuerzan y consolidan considerablemente.

B. Sobre la solución de los problemas que la ruptura de la convivencia de los padres ocasiona a los hijos menores.

A lo largo de esta exposición han ido surgiendo algunas ideas que, consideradas ahora conjuntamente, pueden de nuevo conducirnos a reflexiones interesantes:

1) La primera es más que una idea, un hecho: los primeros perjudicados, y en muchas ocasiones gravemente, por la ruptura de la convivencia de los padres, son los hijos menores, quienes resultan perjudicados desde muchos puntos de vista (psicológico, psiquiátrico, médico, educativo, económico)¹¹¹.

2) La segunda, es que pese a que buena parte de los esfuerzos realizados en los últimos años en este campo se han centrado en encontrar y poner a punto mecanismos legales que eliminen o minimicen estos perjuicios, hasta la fecha tales esfuerzos no han producido los resultados deseados, lo que provoca entre otras cosas que se sigan buscando nuevos caminos: uno de ellos es la custodia compartida, de que ahora estamos hablando.

3) La tercera, que para que la custodia compartida funcione, cada progenitor está obligado a adoptar una actitud positiva, comunicativa, dialogante y colaborativa en sus relaciones con el otro, y debe esforzarse en dejar de lado las diferencias y llegar a acuerdos constructivos en beneficio del menor; actitud que debe prolongarse durante los años que haga falta, hasta que el hijo deje de estar a cargo de sus padres¹¹². Además, a tal efecto, se predisponen mecanismos legales

¹¹⁰ Gráficamente, hace ya años, R. Navarro Valls habló de un Derecho de Familia, y de una sociedad, puerocéntricos, queriendo decir que “en un contexto familiar cambiante el punto de referencia más estable suele ser el niño ... los controles sociales y la correspondiente juridicidad aneja se intensifican en torno a los hijos”: *Matrimonio y Derecho* (Madrid, Tecnos, 1995), p. 51.

¹¹¹ Cfr., por todos, *The Family Watch, La familia sostenible* (Madrid, The Family Watch, 2009), y los estudios allí citados. En el mismo sentido, por ejemplo, M. F. Brinig y F.H. Buckley (“Joint Custody...”, p. 403) afirman expresamente que reducir los índices de divorcio es beneficioso para los hijos.

¹¹² Cfr., entre nosotros, C. Guilarte Martín-Calero, “La custodia compartida alternativa”, p. 19 (y en p. 30 y s., cita de sentencias de Audiencia que reflejan el mismo planteamiento); F. Lathrop, *Custodia compartida de los hijos*, p. 427.

dirigidos específicamente a dotar a los progenitores de la capacidad de hacerlo: me refiero a la mediación familiar.

A partir de todo lo anterior, que más que ideas son hechos, quizá debamos plantearnos si no habremos errado la perspectiva a la hora de buscar soluciones eficaces; si no estaremos centrando toda nuestra atención en la solución de los problemas ya producidos, cuando con las mismas herramientas que ponemos en funcionamiento para solucionarlos podríamos evitar en muchos casos su nacimiento. ¿No sería más razonable cambiar la perspectiva de la curación a la prevención, como aconsejan en su ámbito todos los teóricos de la sanidad pública, e incluso la sabiduría popular? En efecto, estamos pidiendo a los progenitores que pongan ese esfuerzo importante del que acabo de hablar para ser positivos, comunicativos, dialogantes y colaborativos, para ponerse de acuerdo en beneficio de sus hijos, y para hacer todo ello de manera prolongada en el tiempo, todo ello una vez rota la convivencia¹¹³; pero en ningún momento les hemos sugerido que pongan ese mismo esfuerzo para no romperla, o para solucionar los problemas antes de llegar a la ruptura; porque en muchos casos, si ese esfuerzo que les pedimos tras la ruptura en beneficio de sus hijos, lo hubieran puesto antes para salvar su relación, la ruptura no se habría producido, y todos (los hijos, pero también los mismos convivientes) habrían salido ganando. Y para ello podríamos emplear el mismo mecanismo que sugerimos para dotar a los progenitores de la capacidad de hacerlo: la mediación familiar, pero esta vez con carácter preventivo, y dirigida a ayudarles a que solucionen sus diferencias (y no hace falta advertir que deberían quedar fuera de esta mediación preventiva los mismos casos a los que se refiere el art. 6.6 LIRF). Si funciona, habremos resuelto el problema de raíz; si no funciona, la puerta a la cesación de la convivencia sigue abierta. No hacerlo así es tanto como dejarlos solos cuando la situación podría tener remedio, y empeñarnos en ayudarles, y en pedirles que se esfuercen cuando ya no tiene remedio.

Creo que plantear las cosas desde este otro punto de vista, ayudar a los progenitores a través de esta mediación familiar preventiva a resolver sus problemas, pedirles en ese momento que pongan el esfuerzo que más adelante solicitaremos de ellos para que hagan frente a la custodia compartida, puede ser una solución más radical y efectiva, que en todo caso valdría la pena intentar.

BIBLIOGRAFÍA.

- AMERICAN LAW INSTITUTE, *Principles of the law of family dissolution: analysis and recommendations* (Newark-San Francisco, Lexis Nexis, 2002).
- R. ARCE, F. FARIÑA Y D. SEIJO, "Razonamientos judiciales en procesos de separación", *Psicothema* 2005. Vol. 17, nº 1, pp. 60 y ss. (disponible en <http://www.psicothema.com/pdf/3064.pdf>: última consulta, 28 febrero 2011).
- M. ARCH MARIN Y A. JARNE ESPARCIA, "Opinión y valoración de los diferentes sistemas de guarda y custodia por psicólogos forenses y juristas

¹¹³ Otro ejemplo podría ser el Collaborative Divorce Project de que dan noticia M.K. Pruett y C. Baker, "Joint Custody...", p. 446.

- españoles. Un estudio piloto”, *Revista de Derecho de Familia*, 41/2008, pp. 25 y ss.
- M. BALLESTEROS DE LOS RÍOS, “Comentario a la Sentencia de 11 de marzo de 2010”, *CCJC* 84 (2010), pp. 1833 y ss.
 - M. F. BRINIG Y F.H. BUCKLEY, “Joint Custody: bonding and monitoring theories”, *Indiana Law Journal*, 73 (Spring 1998), pp. 393 y ss.
 - C. M. BUCHANAN Y P. L. JAHROMI, “A Psychological perspective on shared custody arrangements”, *Wake Forest Law Review* 43 (Summer 2008), p. 434.
 - A. CARRASCO PERERA, “Tribuna”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 648.
 - A. CARRASCO PERERA, “La custodia compartida llega al Tribunal Supremo”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, num. 790/2009
 - M. CASTILLA BAREA, “Notas sobre la guarda y custodia de los hijos a propósito de la aragonesa *Ley de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres*”, *Aranzadi Civil* 2010-7, pp. 105 y ss.
 - K. B. CHENEY, “Joint Custody: the parent’s best interest are in the child’s best interest”, *27 Vermont Bar Journal*, 27/2001, pp. 33 y ss.
 - J. DELGADO MARTÍN, “La patria potestad compartida en los procedimientos matrimoniales”, en AA.VV. *Novedades legislativas en materia matrimonial* –col. *Estudios de Derecho Judicial*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2008–, pp. 153 y ss.
 - A. L. ESTIN, “Bonding After Divorce: Comments on *Joint Custody: Bonding and Monitoring Theories*”, *Indiana Law Journal* 73 (1997-98), pp. 441 y ss.
 - THE FAMILY WATCH, *La familia sostenible* (Madrid, The Family Watch, 2009).
 - FUNDACIÓN THEMIS, *Estudio de la jurisprudencia de los años 2006, 2007 y 2008 emanada de las Audiencias provinciales, relativa a la aplicación del artículo 9.8 del Código civil, tras la reforma llevada a cabo por la Ley 15/2005, de 8 de julio, que modifica el Código civil en materia de separación y divorcio* (Madrid, Fundación Themis, 2008)
 - M. GAFFAL, “Comentario a la sentencia de 28 de septiembre de 2009”, *CCJC* 84 (2010), pp. 1461 y ss.
 - N. GIRALT, “Los niños no se separan: régimen legal de la guarda y custodia”, en AA.VV., *¿Crisis del sistema matrimonial? Sobre el futuro del matrimonio y la familia* (Madrid, CEU ediciones, 2009), pp. 141 y ss.
 - M.A GLENDON, *The Transformation of Family Law*, (Chicago, The University of Chicago Press, 1989)
 - A. GOIERENA LEKUE, “La custodia compartida: el interés del menor y la neutralidad de género”, *Aequalitas* 16/2005, pp. 53 y ss.

- J.P. GONZÁLEZ DEL POZO, "Comentarios sobre el ámbito de aplicación y el contenido del pacto de relaciones familiares en la Ley de Custodia Compartida de Aragón", *La Ley* 2010, nº 7529.
- C. GUILARTE MARTÍN-CALERO, "La custodia compartida alternativa", *Indret* 2/2008.
- THE INSTITUTE FOR THE STUDY OF CIVIL SOCIETY, *Does Marriage Matter?* (2007, disponible en <http://www.civitas.org.uk/pdf/cs31.pdf>).
- K. KURKI-SUONIO, "Joint custody as an interpretation of the best interest of the child in critical and comparative perspective", 14 (2000) *International Journal of Law, Policy and the Family*, pp. 183 y ss.
- F. LATHROP GÓMEZ, *Custodia compartida de los hijos*, (Madrid, La Ley, 2008).
- M^a E. LAUROBA LACASA, "Comentario a la Sentencia de 8 de octubre de 2009", *CCJC* 84/2010, pp. 1.477 y ss.
- S. LEVMORE, "Joint Custody and Strategic Behavior", 73 *Indiana Law Journal* (1997-1998), pp. 429 y ss.
- R. LEVY, "Custody Law and the ALI's PRINCIPLES: a little history, a little policy, and some very tentative judgments", en AA.VV *Reconceiving the Family* (R.F. WILSON, ed., Cambridge University Press, New York, 2006).
- E. G. MARL, "Joint Physical custody: what we know", *New Hampshire Bar Journal* 40/1999, pp. 50 y ss.
- C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, "Acuerdos entre convivientes *more uxorio*", *RDP* noviembre 2001, pp. 841 y ss.
- C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, "Líneas básicas de la reciente legislación aragonesa en materia de familia", en J.M. Navarro Viñuales (dir.), *El nuevo Derecho de familia: modificaciones legislativas y tendencias doctrinales* (Madrid, Thomson-Civitas–Consejo general del Notariado, 2006), pp. 27 y ss.
- C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, "Nuevos modelos de familia: la respuesta legal", *Revista española de Derecho canónico*, vol. 64, nº 163 (Julio-diciembre 2007).
- C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, "El nuevo matrimonio civil", en AA.VV. *Novedades legislativas en materia matrimonial –col. Estudios de Derecho Judicial*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2008–, pp. 15 y ss.
- C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE (coord.), DE PABLO y PÉREZ ÁLVAREZ, *Curso de Derecho civil IV (Derecho de Familia)*, (2^a ed. Madrid, Colex, 2008)
- C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, "La Ley de igualdad de las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres: una aproximación inicial", *Actualidad del Derecho en Aragón* (octubre 2010), pp. 18 y 19.
- R. H. MNOOKIN Y L. KORNHAUSER, "Bargaining in the Shadow of the Law: The Case of Divorce", 88 *Yale Law Journal* (1979), pp. 950 y ss.

- R. NAVARRO VALLS , *Matrimonio y Derecho* (Madrid, Tecnos, 1995).
- R.E. OLIPHANT Y N. VERSTEEGH, *Family Law* (Aspen Publishers, New York, 2004).
- M.K. PRUETT Y C. BAKER, "Joint Custody: a judicious choice for families.- But how, when and why?", en AA.VV. *The Scientific basis of child custody decisions* (R. GALATZER-L. KRAUS-J. GALATZER-LEVY, eds, 2ª ed., Wiley, New Jersey, 2009), pp. 417 y ss.
- L. SAPHERO, "The case against a joint custody presumption", *Vermont Bar Journal*, 27/2001, pp. 37 y ss.
- A. SEISDEDOS MUIÑO, "Las medidas relativas a los hijos en los proceso dedivorcio y de separación matrimonial: primera aproximación al nuevo texto del Código Civil (Ley 15/2005)", *Aranzadi Civil* 2005-III, pp. 2393 y ss.
- S. TAMAYO HAYA, "El interés del menor como criterio de atribución de la custodia", en AA.VV., *¿Crisis del sistema matrimonial? Sobre el futuro del matrimonio y la familia* (Madrid, CEU ediciones, 2009), pp. 235 y ss.
- I. TENA PIAZUELO, "Las rupturas de pareja con hijos: la opción por la custodia compartida", en AA.VV., *Factores y contenidos de la evolución del Derecho de familia*, Montevideo, Universidad de Montevideo, 2008, pp. 45 y ss.
- R. WALBERG Y A. MROZEK, *Public Choices, Private Costs – How Failing Families Cost Us All*, (Institute of Marriage and Family of Canada, 2009)
- L. ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, *Derecho de Familia y de la Persona*, vol. 6 (Barcelona, Bosch, 2007).

LA NUEVA REGULACIÓN DE LA CUSTODIA EN LA LEY 2/2010, DE 26 DE MAYO, DE IGUALDAD EN LAS RELACIONES FAMILIARES ANTE LA RUPTURA DE LA CONVIVENCIA DE LOS PADRES: CUSTODIA COMPARTIDA, AUTORIDAD FAMILIAR, RESPONSABILIDAD PARENTAL, TRASLADO Y SUSTRACCIÓN DE MENORES

FRANCISCO JAVIER FORCADA MIRANDA.

Representante de España para ante la Red Internacional de Jueces de la Conferencia de La Haya.

Miembro de la EJNI, REJUE, IBER-RED y REDUE¹.

Magistrado del Juzgado de 1^a Instancia nº 6 (Familia) de Zaragoza.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LA LEY 2/2010, DE 26 DE MAYO. UN MARCO LEGAL MODERNO Y ADAPTADO A LAS ACTUALES EXIGENCIAS DEL SIGLO XXI. III. CUSTODIA Y VISITAS. LA FIJEZA DE LOS CONCEPTOS Y SU RESISTENCIA A LAS NUEVAS EXIGENCIAS DE UNA SOCIEDAD MODERNA. IV. CUSTODIA Y VISITAS. REFLEXIONES TERMINOLÓGICAS. V. LAS LLAMADAS CALIFICACIONES AUTÓNOMAS DE LOS DERECHOS DE CUSTODIA Y VISITA Y SUS CONSECUENCIAS PRÁCTICAS. VI. LA CUSTODIA COMPARTIDA Y LAS DECISIONES SOBRE LA REUBICACIÓN DE HIJOS A CARGO. VII. CUSTODIA COMPARTIDA Y TRASLADO DE MENORES: UNA ILUSTRATIVA VISIÓN DE DERECHO COMPARADO. VIII. CONCLUSIONES, PROPUESTAS Y SUGERENCIAS. IX. REFERENCIA BIBLIOGRÁFICA

A las personas más importantes de mi vida: Amalia, Jorge y Ricardo.

Sin ellos nada tiene sentido.

¹ Miembro de la European Judicial Network in Civil and Commercial matters, de la Red Judicial Española de Cooperación Internacional, de la Red Iberoamericana de Cooperación Jurídica Internacional y de la Red de Expertos en Derecho de la Unión Europea del Consejo General del Poder Judicial Español, así como corresponsal español INCADAT, de procedencia judicial, ante la Conferencia de La Haya.

I.- INTRODUCCIÓN.

Una nueva ley aragonesa, la Ley 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres, está en el punto de mira de la sociedad y centra el objeto de las actuales jornadas del Foro de Derecho Aragonés. No sólo la novedosa regulación de la custodia compartida como sistema preferente se configura como materia de la máxima actualidad sino que también merecen una decisiva atención todas aquellas consecuencias subordinadas, auxiliares o secundarias que la acompañan. El objetivo de estas líneas, que como coponente acompañan al resto de aportaciones de la mesa de estas jornadas, se centra en analizar algunos aspectos colaterales de la custodia compartida y su reflejo en el real ejercicio efectivo de la autoridad familiar. En concreto, la actual regulación de la custodia compartida en la vigente ley aragonesa 2/2010, influye de forma decisiva en aspectos claves relativos al ejercicio de la autoridad familiar y que son de la máxima actualidad, tales como los relativos a las decisiones sobre el traslado de menores, que además son la otra cara de la moneda del fenómeno dramático de la sustracción de menores. Cómo resolver las divergencias entre progenitores cuando el menor es trasladado de domicilio y en base a qué criterios se han de autorizar o denegar las reubicaciones de los hijos a cargo, en un marco de custodia compartida, es materia necesitada de un claro reexamen tras la Ley 2/2010, pues este nuevo marco legal de la custodia compartida nos sitúa en una frontera para la que el Art. 71 de la Ley 13/2006, de 27 de diciembre, tampoco aporta los suficientes elementos de valoración. Deslindar de forma añadida conceptos claves como los de custodia, autoridad familiar, responsabilidad parental, etc., y analizar los errores o confusiones que la terminología propicia en la aplicación práctica del derecho a nivel nacional e internacional, es materia clave y muy importante tras la vigencia de la Ley 2/2010, de 26 de mayo.

II.- LA LEY 2/2010, DE 26 DE MAYO. UN MARCO LEGAL MODERNO Y ADAPTADO A LAS ACTUALES EXIGENCIAS DEL SIGLO XXI.

El derecho de familia se percibe en los primeros años del siglo XXI como dotado de una vitalidad inusual, a nivel nacional e internacional, reflejando, de algún modo, los cambios sociales propios del tiempo que nos ha tocado vivir. Ello se debe, sin duda, a que el derecho de familia es el más receptivo a las actuales sensibilidades sociales derivadas de un mayor protagonismo de los menores en la sociedad, de una mujer incorporada en pie de igualdad, o casi, al mercado de trabajo, de una incesante tendencia a la erradicación de la violencia de género y de una clara búsqueda del ejercicio de las responsabilidades para con los hijos en pie de igualdad y con sumisión absoluta a los superiores intereses de los menores². En este nuevo marco y con estos modernos postulados, la legislación propia del reciente siglo XX se nos va quedando cada vez más pequeña o inapropiada. Enfrentamos, pues, un fenómeno de cambio social de gran calado y enorme actualidad, propio en sus postulados y definiciones del actual siglo XXI, al menos

² Choca, curiosamente, con la tendencia legislativa nacional e internacional a proteger al menor de forma absoluta y en todo caso, una previsión como la del Art. 62.1.d) de la Ley 13/2006, de 27 de diciembre.

en el área occidental, que a través del fenómeno de la globalización, permeabiliza el resto de entornos geográficos con evidentes efectos positivos.

La protección de los menores evoluciona y lo hace de forma rápida en todos los campos, siempre con miras mejorar la posición de los menores, sobretudo en situaciones de conflicto o incluso cuando los menores se enfrentan a procesos judiciales³. Si volvemos la mirada al siglo XX y centramos nuestra atención en el marco vital de desarrollo, por ejemplo, de la Conferencia de La Haya, vemos que de 1902 a 1996 se observa una evolución esencial en el concepto de la protección del menor⁴. De la regulación inicial de figuras como la tutela como institución ligada a un concepto privado de la familia y respetuoso con las tradiciones familiares que asignan a algún miembro del grupo familiar la protección del menor o

³ Es importante también tener en cuenta las llamadas Directrices del Consejo de Europa sobre una justicia favorable a los niños (Child-friendly justice) en el ámbito del Consejo de Europa. Desde abril de 2009, un grupo de expertos en el campo de la justicia juvenil y de los derechos de los niños ha estado trabajando en la elaboración de directrices europeas. De Hecho, la XXVIII Conferencia de Ministros de Justicia europeos, celebrada en octubre de 2007, adoptó la Resolución Número 2 sobre una justicia favorable a los niños y el Comité de Ministros confió al Comité Europeo de Cooperación Jurídica, al Comité Europeo para Asuntos Delictivos, al Comité Directivo de Derechos Humanos así como a la Comisión Europea para la Eficacia de la Justicia, en cooperación con otros organismos del Consejo de Europa competentes en la materia, la tarea de elaborar unas directrices europeas sobre una justicia favorable a los niños. Como fruto de tales trabajos tenemos accesibles en el Consejo de Europa dos documentos de relevancia:

a) 1.- Directrices del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre una justicia favorable a los niños. (Final Draft (Recommendation containing) Guidelines of the Committee of Ministers of the Council of Europe on child-friendly justice.

b) 2.- Listening to Children about justice: Report of the Council of Europe. Consultation with children on child-friendly justice. Group of specialists on child-friendly justice (CJ-S-CH). Document prepared by the Secretariat of the CJ-S-CH Directorate General of Human Rights and Legal Affairs Listening to children about justice: report of the Council of Europe consultation with children on child-friendly justice, Report prepared by Dr Ursula Kilkelly, Senior Lecturer at the Faculty of Law, University College Cork (Ireland). El objetivo de estos trabajos lo fue la obtención de directrices exhaustivas en la materia para: 1.- ayudar a los Estados Miembros a garantizar a los niños (menores de 18) un acceso a la justicia. 2.- Contribuir a la mejora del trato hacia los niños en cualquier circunstancia en donde, por cualquier razón, exista la posibilidad de que tengan contacto con la justicia civil, administrativa o penal 3.- Ofrecer una serie de buenas prácticas así como proponer soluciones útiles a cualquier laguna existente. 4.- Incluir aquellas situaciones y declaraciones de los niños en cualquier fase de todo trámite judicial o extrajudicial y promover su derecho a la información, a la representación y a la participación. 5.- Crear directrices que permitan a los estados miembros el adaptar sus sistemas judiciales a los específicos derechos intereses y necesidades de los menores e invitar a los estado miembros a asegurar que tales directrices se diseminan ampliamente entre todas las autoridades responsables de proteger los derechos de los menores en el ámbito de la justicia.

⁴ Se trata de ver la evolución desde el Convenio de 12 de junio de 1902 para regular la tutela de los menores al Convenio de 19 de octubre de 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de niños, pasando por el Convenio de 5 de octubre de 1961 sobre competencia de autoridades y ley aplicable en materia de protección de menores. Un somero análisis del contenido de estos tres convenios nos da una clara idea de cómo ha ido evolucionando en el plano internacional la protección de los menores. El convenio de 12 de junio de 1902 ya tuvo por objeto un intento de unificación de la figura de la tutela a través de un punto de conexión cual fue el de la nacionalidad. Se trató de un convenio de amplia difusión y que alcanzó su mayor expansión en el periodo de entre guerras en el siglo XX. Tras la segunda gran guerra se plantea una corriente de implicación pública en la protección de los menores que desemboca, en este caso, en el convenio de 5 de octubre de 1961, donde ya se intercambia el concepto de tutela por el más amplio de protección de menores y donde se regula la competencia de las autoridades como pilar básico de una posterior regulación de la ley aplicable. El punto clave del Convenio de 1961 lo fue la búsqueda de un difícil equilibrio entre nacionalidad y residencia habitual del menor a modo de competencias concurrentes y con prevalencia de la nacionalidad en caso de conflicto. Ya entonces se vio cuan crucial iba a ser la necesidad de una estrecha cooperación entre las autoridades implicadas, cuestión esta en la que el convenio no se adentró. Quizá el origen del actual Convenio de 19 de octubre de 1996, lo encontremos en esa necesidad sentida dentro de la Conferencia de La Haya acerca de que la cooperación entre autoridades se estableciera de forma esencial con miras a lograr una mayor fluidez en dicha actividad base de cooperación y quizá en el hecho de que las excesivas concesiones hechas al principio de la nacionalidad en el Convenio de 5 de octubre de 1961 no fueran asumidas o asumibles por muchos estados. Conviene recordar por una simple remisión a las fechas indicadas que la Conferencia de La Haya como organización permanente actúa desde el año 1955, pero que su primera reunión ya tuvo lugar en el año 1893.

menores, se pasa en el año 1961 a una concepción más intervencionista y pública en la protección de los menores. En el año 1996, la posición es claramente favorable a una protección a ultranza de los derechos de los menores, restringiendo los derechos de los adultos sobre dichos menores y enfatizando las obligaciones de los mismos adultos hacia los propios menores⁵. Sobre este previo marco, el siglo XXI está implicando diferentes perspectivas en la protección de los menores desde las que se obliga en algún modo a trabajar activamente en su beneficio a todas las instituciones implicadas en este tipo de materias⁶.

Dentro de España y desde fechas muy recientes se está definiendo una clara tendencia legislativa, presente y de futuro, que aspira a configurar la custodia compartida como la regla general frente a la custodia individual, y ello como norma preferente en los supuestos de ruptura de la convivencia entre los progenitores y en ausencia de pacto, caso de la ley aragonesa de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres, Ley 2/2010, en vigor en Aragón el 8 de septiembre de 2010 y objeto de análisis en estas jornadas del Foro de Derecho Aragonés. Son los modernos postulados que se comentan sobre los que se ha anclar cualquier abordaje de estudio sobre la vigente Ley aragonesa 2/2010, de 26 mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres, que se mueve en este marco novedoso de potenciación de la figura de la custodia compartida a adoptar de forma preferente en función del interés de los hijos menores. Existen, eso sí, algunas salvedades que no parecen nada banales en aquellos supuestos en que es aplicable la legislación aragonesa, lo que no siempre sucederá así en todos los casos, pues la reciente Ley

5 Así, pues, en el marco de la Conferencia de La Haya, donde la protección y salvaguarda de los menores es más que una constante preocupación, esa tendencia a la protección pública de los menores resaltando las obligaciones de las personas encargadas de la guarda de los menores en sentido amplio, ha implicado el desarrollo de una especial tutela de los menores a través de tres importantes Convenios: 1.- El Convenio de 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. 2.- El Convenio de 29 de mayo de 1993 relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional. 3.- El Convenio de 19 de octubre de 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños. De todos ellos, el más moderno y el que tiene un mayor y más ambicioso campo de aplicación lo es el Convenio de 19.10.1996, que, de hecho, cubre una amplia gama de medidas de protección de los niños de carácter civil que van desde las órdenes relativas a la responsabilidad parental y al derecho de visitas hasta medidas de carácter público de protección o cuidado, y medidas relativas a los bienes del menor y a su representación.

6 Incluso en el ámbito de personas asimilables en su necesidad de protección a los menores, caso de las personas con discapacidad, en este siglo se cambia totalmente la perspectiva en la forma del abordaje de sus cuidados, como se revela por ejemplo del contenido de la convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad de 13 de diciembre de 2006 con la finalidad de corregir las injusticias que prevalecen en esta esfera y que dentro del sistema de las Naciones Unidas fue adoptada, como se dijo, el 13 de diciembre de 2006, durante el sexagésimo primer periodo de sesiones de la Asamblea General, por la resolución 61/106. La convención adapta las normas de los Tratados de derechos humanos existentes al contenido específico de la discapacidad con el objeto de fijar mecanismos para garantizar el ejercicio de tales derechos por parte de las personas con discapacidad, asumiendo un modelo social de discapacidad sobre la consideración de la misma como una cuestión de derechos humanos. En agosto de 2001, la profesora Elisa Pérez Vera ya destacaba, siguiendo al informe de Paul Lagarde con referencia al Convenio de 19 de octubre de 1996, que, por cierto, entra en vigor en España finalmente el 1 de enero de 2011, cómo en el origen de este Convenio: «...se encuentra la decisión adoptada en mayo de 1993 de inscribir en el orden del día de la siguiente sesión de la Conferencia la revisión del Convenio de 1961 y su eventual extensión a la protección de los incapaces adultos. Para preparar la decimo octava sesión de la Conferencia de 1996, una comisión especial se reunió en tres ocasiones y estableció el anteproyecto de Convenio. Sus trabajos se desarrollaron con plena conciencia de que la mayoría de las sociedades de los Estados representados en la Conferencia son en buena medida sociedades multiculturales, por lo que no resulta operativa una llamada generalizada a la ley nacional; de ahí el énfasis puesto sobre la competencia y la ley de la residencia habitual. En distinto plano, ya la Comisión especial llegó a la conclusión de que no era posible abordar en un mismo texto la problemática de la protección de los menores y de los incapaces mayores; de ahí que estos últimos, de acuerdo con la decisión adoptada el 19 de octubre de 1996, sean el objeto de otro Convenio, adoptado el 2 de octubre de 1999, y que lleva la fecha de 13 de enero de 2000 en que fue firmado por los Países Bajos.....».

2/2010 nos deja, de entrada, o al menos eso parece, sin esta regulación novedosa para aquellas situaciones donde existen hijos a cargo pero sin una previa situación de convivencia de sus progenitores. Además, los hijos a cargo, por definir, no tienen por qué ser menores pero sí comunes, ya sea en entorno matrimonial, de uniones a las que se les aplique la Ley 6/1999 o en entornos de parejas a las que no se aplique tal legislación, y sin olvidar que el artículo 9 derivado a la asignación compensatoria no se enmarcaría ya en las relaciones de padres e hijos, objeto de la ley, sino dentro de otro tipo de ámbitos, siendo difícil de explicar la extensión de esta asignación a situaciones no específicamente matrimoniales. En todo caso, es encomiable que se favorezca el mejor interés de los hijos y se promueva la igualdad entre los progenitores, ya que la custodia compartida se fundamenta en la conjugación de dos derechos básicos: por una parte, el derecho de los hijos a mantener una relación equilibrada y continuada con ambos padres y, por otra, el derecho-deber de los padres de crianza y educación de los hijos en ejercicio de la autoridad familiar⁷. Si a ello unimos en la legislación aragonesa una nueva regulación del destino de la vivienda familiar en el art 7 de la Ley 2/2010, se observa una clara superación en la nueva legislación de los postulados tradicionales que recogen los Arts. 92 y 96 del Código Civil en la materia y que se están viendo desbordados por estas nuevas previsiones legislativas, pese a que se mantuvieron en vigor con pequeños cambios en la reforma operada por la ley del divorcio en el año 2005⁸. Esta tendencia legislativa ha sido seguida por la reciente Ley 25/2010, de 29 de julio, Libro Segundo del Código Civil de Cataluña: Persona y Familia, publicada en el DOGC n.º 5686, de 5 de agosto y con entrada en vigor el 1 de enero de 2011. Las dos novedades más importantes de la ley catalana, a los efectos que se comentan, lo son la regulación del plan de parentalidad y la decidida apuesta por la coparentalidad, manteniendo tras la ruptura las responsabilidades parentales compartidas. En el artículo 236-11, dedicado al ejercicio de la potestad parental en caso de vida separada de los progenitores, se señala en el numeral 6 que el progenitor que ejerce la potestad parental, salvo que la autoridad judicial disponga otra cosa, necesita el consentimiento expreso o tácito del otro para decidir el tipo de enseñanza de los hijos, para cambiar su domicilio si eso los aparta de su entorno habitual y para realizar actos de administración extraordinaria de sus bienes. Se entiende que el consentimiento se ha conferido tácitamente si ha vencido el plazo de treinta días desde la notificación, debidamente acreditada,

⁷ Ahora en Aragón, 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. Eso sí, 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 y salvo circunstancias que lo justifiquen específicamente, no se adoptarán soluciones que supongan la separación de los hermanos. Además se establece de forma tajante que 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.

⁸ En realidad, fue la Ley 15/2005, de 8 de julio, la que introdujo por vez primera la figura de la custodia compartida en nuestra legislación, pero con anterioridad nada impedía a los jueces acordar de hecho custodias compartidas, medida cuya legalidad ya sancionaba nuestro Tribunal Constitucional en la sentencia de 15 de enero de 2001, n.º 4/2001.

que se haya efectuado para su obtención y el progenitor que no ejerce la potestad no ha planteado el desacuerdo según lo establecido por el artículo 236-13. Toda la reforma catalana, bañada de la novedosa terminología afectante al nuevo concepto acuñado de potestad parental, se mueve en el parámetro del ejercicio conjunto de la misma, esto es, de la coparentalidad que opta por mantener tras una situación de ruptura, responsabilidades parentales compartidas. Acerca de desacuerdos puntuales y obligaciones de guarda queda ya claro ahora que cualquiera de los progenitores puede recurrir a la autoridad judicial, que debe decidir habiendo escuchado al otro progenitor y a los hijos que hayan cumplido 12 años o que, teniendo menos, tengan suficiente juicio y que las obligaciones de guarda corresponden al progenitor que en cada momento los tenga con él, ya sea porque de hecho o de derecho residen habitualmente con él o porque estén en su compañía a consecuencia del régimen de relaciones personales que se haya establecido. El deber de información, los desacuerdos, las facultades del cónyuge o conviviente en pareja estable del progenitor y la regulación detallada y pormenorizada del contenido de la potestad parental se adaptan en la nueva legislación catalana a las exigencias modernas. El 20 de mayo de 2010 las Juntas Generales de Vizcaya aprobaron una proposición no de ley pidiendo al gobierno de la nación incluir la custodia compartida como norma preferente en la ley del divorcio y en la Comunidad Valenciana, a mediados de octubre de 2010 saltaba a la prensa la noticia relativa a que el pleno del gobierno valenciano había aprobado el 15 de octubre de 2010 un proyecto de ley de relaciones familiares en el que se pretende regular la custodia compartida, en una regulación que pretende dar prioridad al acuerdo de los progenitores pero estableciendo en defecto de acuerdo al mismo tiempo el principio general de la custodia compartida. Se trata del proyecto de Ley de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven, una Ley que dará prioridad al acuerdo entre los progenitores a través de un «pacto de convivencia familiar», y que regula, además, situaciones en las que los progenitores no han convivido nunca entre sí, de manera que va más allá de los supuestos de ruptura matrimonial o de convivientes estables⁹. Tenemos, pues, encima de la

⁹ Según nota de prensa ad hoc del Gobierno Valenciano, el objetivo prioritario que persigue esta Ley es el de velar por el interés del menor, y para ello, la norma otorga prioridad al acuerdo entre los progenitores a través de un «pacto de convivencia familiar» que deberá ser judicialmente aprobado y que debe establecer el régimen de convivencia y/o relaciones familiares de los progenitores con los hijos y de estos con sus hermanos, abuelos y parientes, el destino de la vivienda y el ajuar familiar, la cuantía y modo de sufragar los gastos ordinarios y extraordinarios de atención de los hijos. La Ley contempla no sólo a los progenitores, sino también a otros parientes, familiares y allegados que resultan afectados directamente por las situaciones de crisis familiar. Así, el niño cuyos padres, casados o no, se separan, o no conviven, tiene derecho a mantener relaciones con su familia, con toda ella y no sólo con parte de la misma. De igual modo, los abuelos o los hermanos tienen derecho a no verse afectados por esta crisis y a mantener relaciones familiares con el menor. En aquellos casos en los que no sea posible alcanzar ese pacto, la Ley establece el principio general de custodia compartida habilitando al juez para decidir la custodia individual atendiendo a las circunstancias de cada caso. La normativa prevé como garantía para velar por el interés del menor la posibilidad de establecer un control periódico de la situación familiar para confirmar o cambiar el régimen establecido. Respecto a la regulación de la vivienda familiar y del ajuar doméstico, la Ley establece que, cuando exista régimen de custodia compartida, prevalezca el interés del menor en la asignación de la vivienda y se atiendan los intereses del cónyuge que más dificultades tenga para encontrar una nueva vivienda después de la ruptura, sólo cuando dicho interés sea compatible con el del menor. Si por el contrario, se atribuye a uno de los progenitores el régimen de convivencia con los hijos, se le atribuirá también el de la vivienda familiar teniendo en cuenta a quien pertenece ésta y la disponibilidad económica de cada progenitor. También, se regulan los gastos ordinarios y extraordinarios. En ambos casos, se regirá por lo acordado por los progenitores y si no hay pacto, lo determinará el juez. También se recoge, con carácter excepcional, la exclusión o prohibición del régimen de convivencia en casos de violencia de género o doméstica cuando una resolución judicial estime indicios racionales de su existencia y se podrá revisar cuando exista resolución judicial absolutoria que ponga fin al procedimiento.

mesa un movimiento vigoroso que trastoca los cimientos del que ha sido hasta ahora, un aparentemente seguro modo de ejercicio de las funciones parentales. A finales de septiembre de 2010, el Grupo Municipal Popular de Madrid aprobó en solitario una iniciativa propia para instar al Gobierno de la Nación a que «promueva las oportunas modificaciones legislativas con el objetivo de considerar la custodia compartida de los menores como régimen preferente en los supuestos de separación o divorcio, y en fechas también recientes, el Pleno del Senado aprobó una moción que insta al Gobierno a realizar las modificaciones legales necesarias para que la custodia compartida sea considerada el «régimen preferente» que debe adoptar el juez en los casos de separación o divorcio, en aras del interés superior del menor tras una iniciativa, promovida por el Grupo Parlamentario Popular que salió adelante con la oposición del PSOE y CiU, y un total de 132 votos favorables del PP, PNV, ERC, CC y PAR. De este debate, parece claro que una de las cuestiones esenciales viene conformada por las consecuencias subsidiarias de la atribución compartida de las funciones parentales en orden al uso de la vivienda, a las decisiones sobre traslados de menores, etc. En este marco, no parecen existir posturas radicalmente en contra de la custodia compartida como sistema preferente, pero sí posiciones que irían contra una nueva legislación que pueda llevar a imponer el régimen de la custodia compartida de forma automática. Sea como sea, el camino abierto no parece pueda ya cerrarse y, desde luego, la situación de partida, es hoy ya inasumible.

III.- CUSTODIA Y VISITAS. LA FIJEZA DE LOS CONCEPTOS Y SU RESISTENCIA A LAS NUEVAS EXIGENCIAS DE UNA SOCIEDAD MODERNA.

Acerca de la previa situación en España de la cuestión relativa a la custodia ya tuve la ocasión de describirla en el artículo de opinión: «*El derecho a decidir el lugar de residencia del menor: guarda y custodia, patria potestad y sustracción de menores*»; publicado en la editorial jurídica SEPIN, revista nº 86 de julio-agosto de 2009. De tal artículo me gustaría recordar que en España, y en los procesos de ruptura de forma más patente, existe una clara conciencia/creencia social/popular acerca de que el progenitor que obtenga la custodia de los hijos menores, asume tal poder respecto a éstos, muchas veces sancionado legalmente en los casos de atribución del uso de la vivienda familiar al hilo del art. 96 del Código Civil, que anula de facto la capacidad decisoria del otro progenitor, que ha quedado solo como progenitor visitante respecto a los hijos menores. El progenitor custodio parece ser el único que detenta poder decisorio sobre las cuestiones afectantes a los hijos menores, anulando de forma tal al progenitor no custodio, que parece quedar relegado a tener meras o simples visitas más o menos esporádicas y debidamente programadas de antemano, sin ningún poder de decisión sobre todo aquello que afecte a sus hijos menores. Naturalmente, contemplamos siempre la situación estándar en la que la patria potestad, autoridad familiar en Aragón, se ejerce conjuntamente por ambos progenitores, y en donde la ruptura de la convivencia afecta a la forma de relación física con los menores y a la forma de alimentarlos, sin que parezca

que altere los deberes y facultades inherentes a la patria potestad, autoridad familiar en Aragón, que se concede compartida de forma generalizada. El marco básico legal en derecho común nos lo aporta el art. 39 de la Constitución española y los arts. 154 y 156 del Código Civil, objeto de un amplio desarrollo jurisprudencial por nuestro Tribunal Supremo¹⁰. La Ley 15/2005 no alteró, en lo esencial, el panorama vigente, pero la preferencia del ejercicio conjunto de la patria potestad se trasluce de la misma. El art. 92.4 del Código Civil, implica una clara necesidad de previsión futura para las personas implicadas, y el art. 156, último párrafo, parece querer hacer general lo que es mera excepción, siendo una patente realidad la atribución conjunta del ejercicio de la patria potestad, autoridad familiar en Aragón, en casi todas las sentencias y convenios ad hoc en procesos de ruptura. Quede claro que una cosa es una creencia social errónea y generalizada, y otra muy distinta un *uso social* (156.1 Código Civil), que creo es inexistente en España como legitimador de decisiones unilaterales. Un marco similar de partida podría decirse que lo encontramos igualmente en la regulación de los Art. 60 al 80 de la Ley 13/2006, de 27 de diciembre para Aragón. Vengo por ello señalando, siempre que puedo, que en España, el progenitor que ostenta la guarda y custodia, conforme a las normas indicadas u otras similares en su caso, no puede trasladarse con su hijo menor a otro domicilio, menos a otro Estado, sin autorización del otro progenitor, que, seguramente, solo ostenta derecho de visitas, pero durante las cuales también ejerce la custodia. A falta de acuerdo entre ambos progenitores, hace falta autorización judicial. Es cierto, que en España es debatida la cuestión relativa a qué facultades son inherentes a la custodia y cuales lo son a la patria potestad, autoridad familiar en Aragón. Desde luego, el cambio de residencia del menor, por sus implicaciones graves y trascendentes, es materia propia de la patria potestad, autoridad familiar en Aragón, y no de la simple custodia. Suele ser habitual, al menos hasta ahora en Aragón, que tras una ruptura, una de las partes,

10 Cabe la cita de la sentencia de 1 de octubre de 2010 de la Sala 1ª del Tribunal Supremo, Rec. 681/2007, Ponente Roca Trias, donde se vuelven a fijar criterios a tener en cuenta para la adopción de la custodia compartida. **La también reciente sentencia del Tribunal Supremo de España, sala de lo civil, de 8 de octubre de 2009**, en un caso de custodia compartida, enumera criterios para facilitar la determinación del interés del menor en la atribución de la guarda compartida, y señala que: «.....*Los sistemas de guarda compartida vigentes en derecho comparado adoptan métodos diferentes para interpretar si concurre o no interés del menor en cada caso en que se considere conveniente acordar esta modalidad de ejercicio de la guarda y custodia, ya que no existe un modelo general que obligue a repartir la convivencia en periodos iguales con cada uno de los progenitores. Algunos sistemas jurídicos reservan la guarda y custodia compartida únicamente en los casos en que exista acuerdo entre los cónyuges (Alemania o Noruega), mientras que otros permiten al juez otorgar dicha guarda en los casos de falta de acuerdo, siempre que se cumpla la regla del interés del menor (Bélgica, Francia, Inglaterra, Gales y Escocia, así como los Arts. 76.1,b y 139 del Codi de Família de Catalunya). A diferencia de lo que ocurre en el derecho francés (Art.373-2-II Code civil, modificado por la ley2002-305, de 4 marzo 2002) o en la Children Act 1989 inglesa, el Código español no contiene una lista de criterios que permitan al Juez determinar en cada caso concreto qué circunstancias deben ser tenidas en cuenta para justificar el interés del menor en supuestos en que existen discrepancias entre los progenitores, que no impiden, sin embargo, tomar la decisión sobre la guarda conjunta. Otros sistemas, como los American Law Institute Principles of the Law of Family Dissolution ha fundado en la dedicación de cada uno de los progenitores a la atención y cuidado del menor antes de la ruptura, teniendo en cuenta el ligamen emocional entre cada uno de los progenitores y el menor o las aptitudes de cada uno de ellos en relación con dicho cuidado. Del estudio del derecho comparado se llega a la conclusión que se están utilizando criterios tales como la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales y con otras personas que convivan en el hogar familiar; los acuerdos adoptados por los progenitores; la ubicación de sus respectivos domicilios, horarios y actividades de unos y otros; el resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada en una convivencia que forzosamente deberá ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven. Según esta Sala, el Código Civil, en materia de custodia compartida, contiene una cláusula abierta que obliga al Juez a adoptar esta modalidad siempre en interés del menor y en esta línea se mueve también la sentencia de del Tribunal Supremo de 11 de marzo de 2010. Sin embargo, en nuestro ordenamiento jurídico resulta muy difícil concretar en qué consiste ese interés, a diferencia de lo que sucede en otros donde existe una lista de criterios.*»

a falta de custodia compartida, tenga la custodia exclusiva del menor, entendida como tenencia física del menor, y la otra tenga un derecho de visitas en cuyo desarrollo ejercerá también la custodia exclusiva sobre el menor. Esta situación no afecta para nada a las facultades inherentes al ejercicio de la patria potestad, autoridad familiar en Aragón, que se ejerce conjuntamente en la gran mayoría de casos. Parece evidente, claro y meridiano, que es necesaria la intervención de ambos progenitores, a título solo ejemplificativo, para las decisiones, por ejemplo, relativas al cambio de residencia del menor y a la salida al extranjero de los hijo/a/os/as menor/es de edad, del mismo modo que ambos progenitores han de intervenir conjuntamente para otro tipo de decisiones tales como las relativas al cambio de centro escolar, adopción de gastos extraordinarios, actos religiosos, atención médica y psicológica de hijos menores, fiestas y actividades de los hijos, obtención de información médica o escolar, etc., etc.. Por todo ello es muy importante tener en cuenta que en España cuando una persona tiene solo derechos de visita pero al mismo tiempo es cotitular de la patria potestad, autoridad familiar en Aragón, retiene importantes derechos y obligaciones respecto a las decisiones que se tomen sobre el menor y que, por lo tanto, estas personas tienen derechos de custodia con arreglo a convenios internacionales como los de La Haya de 25 octubre 1980 y 19 octubre 1996 (con fecha prevista de entrada en vigor en España el 1 de enero de 2011) y con arreglo al Reglamento 2201/2003, también llamado Bruselas II bis, pues si aun teniendo solo derecho de visita, la salida del menor al extranjero requiere el consentimiento de ambos progenitores titulares de la patria potestad, autoridad familiar en Aragón, o en su defecto autorización judicial, ambos progenitores tienen derechos de custodia con arreglo a los textos internacionales en donde el derecho de custodia incluye el derecho a decidir el lugar de residencia del menor. Todo este marco o punto de partida perfila una situación que se desdibuja claramente cuando la custodia compartida se perfila como prácticamente obligatoria y cuando solo una clara justificación de determinadas circunstancias ampara la atribución de una custodia individual.

IV.- CUSTODIA Y VISITAS. REFLEXIONES TERMINOLÓGICAS.

En este nuevo marco mundial, donde se legisla bajo el impulso de cambios sociales o con la finalidad de provocarlos, el fenómeno de la globalización está poniendo de manifiesto la importancia de los conceptos, de la terminología, como un factor que marca diferencias y genera problemas de comprensión en la aplicación de la legislación interna e internacional. Aquí hemos pues de situar la reciente Ley 2/2010, de 26 de mayo, valorando sus aspectos terminológicos y las consecuencias derivadas de ello, pues, en general, los legisladores parecen obviar en todo momento la terminología acuñada a nivel de la Unión Europea y de otros Organismo Internacionales, como en el caso de las convenciones de la Conferencia de La Haya ya citadas, y se deciden a crear nuevas terminologías sin explicar el contenido y el alcance de cada nuevo concepto o término que ve la luz, muchas veces con un dudoso propósito de simple diferenciación geográfica más que semántica. Esto es, al legislar, muchas veces vemos que la elección de

nuevos términos solo trata de lograr una diferenciación respecto a la terminología que utiliza el vecino más próximo, cuando se acuñan, por ejemplo, términos como el de potestad parental en Cataluña, sin una mínima explicación razonada que lo delimite de la responsabilidad parental y de la patria potestad, autoridad familiar en Aragón. También se pasa por alto la legalidad y aplicabilidad directa de instrumento tan importante cual lo es el Reglamento 2201/2003, del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (ce) n° 1347/2000.

Veamos algunos ejemplos. La Ley aragonesa 2/2010, de 26 de mayo, utiliza el término custodia, guarda y custodia, custodia compartida, potestad de guarda y custodia (art. 5.2.c) y utiliza también la terminología de visitas. En concreto la exacta expresión de custodia compartida se repite en la exposición de motivos, en los Art. 6 y 7 y en la Disposición Transitoria Primera. No usa lógicamente la terminología de patria potestad, propia del Código Civil, al mantenerse la tradición aragonesa conceptuada en la terminología de autoridad familiar, y tampoco utiliza en ningún momento el término de responsabilidad parental pese a la absoluta vigencia en Aragón del Reglamento 2201/2003 antes citado. La Ley 25/2010, de 29 de julio, del Libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia, no utiliza ya el término custodia ni el de patria potestad, pero acuña la nueva expresión relativa a la potestad parental, que bien parece una mezcla del concepto internacional de la responsabilidad parental y de la patria potestad propia del derecho común. Habla la ley catalana, eso sí, del ejercicio de la responsabilidad parental en dos artículos, el art 233-6.6 y en el 233-8, y vuelve a mencionar el término responsabilidad parental al hablar de los dictámenes periciales relativos al régimen de ejercicio de la responsabilidad parental en la Disposición Adicional sexta. No se habla de custodia compartida pero sí se usan los términos de compartida o conjunta en el Art. 233-8 respecto a las responsabilidades de los progenitores para con los hijos contenidas en el art 236-17.1 entre las que se encuentra la de convivencia. En el Código de Familia de Cataluña, aún vigente y aprobado por la Ley 9/1998, de 15 de julio, no se utiliza la expresión de custodia compartida aludiéndose en varios preceptos a la guarda de los hijos¹¹. El Código Civil español tampoco es unívoco y, solo por citar un simple ejemplo, utiliza la expresión de guarda y custodia compartida en el Art. 92.8 y la de guarda conjunta en los arts. 92.5 y 7. Acerca de la expresión ya conocida en derecho común de convenio regulador (arts. 81, 86, 90 y concordantes del Código Civil y correlativos de la Ley de Enjuiciamiento Civil), ahora en las nuevas regulaciones legales, curiosamente, se utilizan y acuñan nuevas expresiones cada vez más dispares. Se habla de plan de parentalidad en la Ley Catalana n° 25/2010, de 29 de julio, se habla de pacto de convivencia familiar en el proyecto de ley del Gobierno Valenciano antes citado y se habla de pacto de relaciones familiares en la Ley aragonesa 2/2010, de 26 de mayo. Además, a nivel internacional, se van acuñando nuevos términos o se perfila la terminología existente. Se habla ahora

¹¹ La sentencia de la sala de lo civil del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 8 de marzo de 2010 ya indica que la ley permite o no impide fijarla.

de la llamada parentalidad positiva como concepto que envolvería un comportamiento respetuoso con los menores y que encuentra su fundamentación en la Recomendación del Consejo de Europa (2006) 19 del Comité de Ministros a los Estados Miembros sobre políticas de apoyo al ejercicio positivo de la parentalidad (Adoptada por el Comité de Ministros el 13 de diciembre de 2006 en la 983.^a Reunión de los Delegados de los Ministros)¹². Nuevo término por lo tanto en donde el ejercicio positivo de la parentalidad se refiere a un comportamiento de los padres que respeta el interés superior del niño y sus derechos, tal como prevé la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, convención que también contempla las necesidades y los recursos de los padres. Un progenitor positivo es así el que atiende, potencia, guía y reconoce a sus hijos como personas de pleno derecho. La parentalidad positiva no es permisiva y conlleva el establecimiento de los límites necesarios para que los niños puedan desarrollar plenamente su potencial. Ejercer la parentalidad de forma positiva significa respetar los derechos de los niños y educarles sin recurrir a la violencia¹³.

Volvamos ahora al tema de los conceptos y la terminología, pues por encima de todo el panorama antes relatado, de por sí ya confuso, sobrevuela la terminología europea que, no se olvide, también es la nuestra, y que se contiene en el Reglamento 2201/2003 ya citado¹⁴, en cuanto da carta de naturaleza al concepto de responsabilidad parental. En el Art. 2 punto siete es muy importante la definición de la responsabilidad parental: *Los derechos y obligaciones conferidos a una persona física o jurídica en virtud de una resolución judicial, por ministerio de la ley o por un acuerdo con efectos jurídicos, en relación con la persona o los bienes de un menor. El término incluye, en particular, los derechos de custodia y visita.* Bajo la vigencia del anterior Reglamento 1347/2000, no se definía el concepto de responsabilidad pa-

12 La Recomendación (2006)19 sobre política de apoyo al ejercicio positivo de la parentalidad alienta a los Estados a reconocer la importancia que revisten las responsabilidades de los padres, y la necesidad de prestar a los padres suficiente apoyo para criar a sus hijos. Se recomienda a los Estados miembros que adopten todas las medidas legislativas, administrativas y financieras adecuadas con objeto de crear las mejores condiciones posibles para la parentalidad positiva. Otras recomendaciones proponen medidas jurídicas, políticas y prácticas para el desarrollo de políticas familiares coherentes e integradas, la promoción de la mediación familiar, el cuidado de niños, y la participación de los niños en la vida familiar y social.

13 El concepto de parentalidad positiva se apoya en los siguientes principios básicos. Padres y madres deben ofrecer a sus hijos:

- Atención – En respuesta a la necesidad del niño de amor, calidez y seguridad.
- Estructura y orientación – Se ofrece al niño un sentimiento de seguridad a través de una rutina predecible y del establecimiento de los límites necesarios.
- Reconocimiento – escuchando a los niños y valorándolos como sujetos de pleno derecho.
- Potenciación – reforzando el sentimiento de competencia y de control personal del niño.
- Educación sin violencia – excluyendo toda forma de castigo físico o psicológico degradante. El castigo corporal constituye una violación del derecho del niño al respeto de su integridad física y de su dignidad humana.

14 Como la propia Comisión ha manifestado, en el ámbito de la Unión Europea, y tras la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam, que dio competencias a la Unión para legislar en el área del Derecho Internacional Privado, se ha desarrollado y consolidado un Derecho Internacional Privado específico sobre y por encima de las legislaciones de los Estados miembros, transformándose el derecho internacional privado en una rama independiente de la legislación europea que prevalece sobre el derecho interno de los Estados miembros. En derecho de familia, es una realidad en la Unión la existencia de una normativa que viene marcada por el Reglamento (CE) n° 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) n° 1347/2000, del Consejo, de 29 de mayo de 2000, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental sobre los hijos comunes.

rental, noción que debía determinarse en base al derecho interno de cada Estado miembro que examinara una cuestión de responsabilidad parental, y era difícil encontrar un término o concepto semejante en la legislación interna española. Tampoco la Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia de responsabilidad parental presentada por la Comisión el 6 de septiembre de 2001, daba ninguna definición. En algunos Convenios internacionales sí aparecía el término de responsabilidad parental, caso del convenio de La Haya de 5 de octubre de 1961 sobre competencia de las autoridades y ley aplicable en materia de protección de menores bajo la fórmula de medidas encaminadas a proteger su persona y bienes. El Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 define la responsabilidad parental a los fines de tal Convenio como *aquella que comprende la autoridad parental o cualquier otra relación de autoridad análoga que determine los derechos, poderes y obligaciones de los padres, tutores o de otro representante legal respecto a la persona o los bienes del niño...*. En la Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental derogando el Reglamento (CE) n° 1347/2000 y modificando el Reglamento (CE) n° 44/2001 en materia de alimentos, Bruselas 17 de mayo de 2002, en su Art. 2 se definía la responsabilidad parental ya de forma muy amplia y general, como un término que significa derechos y deberes dados a una persona física o jurídica por una resolución, por ministerio de la Ley o por un acuerdo con efecto legal y relativo a la persona o a la propiedad de un niño, señalando que, en particular, el término incluía los derechos de custodia y visita, cuyas definiciones de derecho de custodia y derecho de visita seguían de cerca de las del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. En el Reglamento 2201/2003, el término responsabilidad parental es definido de forma muy amplia y la lista de materias que comprende, relatadas en el Art. 1.2, no debe considerarse exhaustiva o cerrada sino meramente ejemplificativa¹⁵. La definición del apartado 11 del artículo 2 es muy similar a la del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 (artículo 3) y cubre el traslado o retención de un menor con infracción de un derecho de custodia de conformidad con la legislación del Estado miembro en donde el menor tenía su residencia habitual antes de la sustracción. Sin embargo, el Reglamento añade que se debe considerar que la custodia es ejercida de manera conjunta cuando uno de los titulares de la responsabilidad parental no pueda decidir sin el consentimiento del otro titular sobre el lugar de residencia del menor. Como consecuencia, el traslado de un menor de un Estado miembro a

¹⁵ En el apartado 11 del Art. 2 se encuentra una definición de la sustracción ilícita al señalarse que: «...11) Traslado o retención ilícitos de un menor, el traslado o retención de un menor cuando:

a) se haya producido con infracción de un derecho de custodia adquirido por resolución judicial, por ministerio de la ley o por un acuerdo con efectos jurídicos de conformidad con la legislación del Estado miembro en donde el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención, y

b) este derecho se ejercía, en el momento del traslado o de la retención, de forma efectiva, separada o conjuntamente, o se habría ejercido de no haberse producido dicho traslado o retención. Se considera que la custodia es ejercida de manera conjunta cuando, en virtud de una resolución judicial o por ministerio de la ley, uno de los titulares de la responsabilidad parental no pueda decidir sin el consentimiento del otro titular sobre el lugar de residencia del menor.

otro sin el consentimiento de la persona pertinente es una sustracción de menores de conformidad con el Reglamento. Llegados a este punto, ya se puede uno imaginar cuan importante es el tema del ejercicio efectivo de la custodia para la correcta aplicación del Reglamento Bruselas II bis y de los convenios de La Haya de 25 de octubre de 1980 y 19 de octubre de 1996. A mi juicio, debe interpretarse el concepto de custodia con arreglo al derecho del lugar de la residencia habitual del menor, anterior al traslado o retención ilícita y es importante hacer notar al mismo tiempo que el derecho a decidir sobre el lugar de residencia, es un elemento que caracteriza el derecho de custodia, y que puede ser ostentado incluso por una persona que solo ejerza el derecho de visitas, algo que sucede con mucha frecuencia en países de tradición continental.

A nivel de conceptos, la reciente obra de la Conferencia de La Haya dedicada al Contacto transfronterizo relativo a los niños, principios generales y guía de buenas prácticas¹⁶, se ha visto obligada a establecer importantes precisiones lingüísticas que no se pueden dar a nivel mundial por sobreentendidas. En un reciente congreso internacional y comparando conceptos en la línea indicada, recuerdo una anécdota que con cierta amargura narraba un juez mexicano que había fijado al padre vistas para con su hijo cuya custodia la tenía la madre, y como resultó que durante el curso de las mismas se limitaba la madre a cumplir fielmente con la resolución judicial, esto es, a enseñarle al padre el hijo desde la ventana para que lo viera pero sin dejarle estar con él. Quiero decir, el uso de términos como contactos, vistas, visitas, relación, etc., no siempre parece lo sencillo que uno pudiera imaginarse. Las consecuencias del uso de una u otra terminología, pues, genera consecuencias añadidas, a veces dramáticas, que tratare de exponer en los siguientes apartados.

V.- LAS LLAMADAS CALIFICACIONES AUTÓNOMAS DE LOS DERECHOS DE CUSTODIA Y VISITA Y SUS CONSECUENCIAS PRÁCTICAS.

Es evidente pues, que el manejo con precisión de las nociones básicas y de la terminología cobra una gran importancia a nivel nacional e internacional. Cual

¹⁶ Se señala en el apartado referido a cuestiones terminológicas que... Debemos aclarar que en este documento el término contacto se ha empleado en un sentido amplio y alude a las diversas maneras en que un padre o una madre que no tiene la custodia (y en ocasiones otro pariente o uno de sus amigos) mantiene relaciones personales con el niño, ya sea mediante visitas periódicas, comunicación a distancia u otros medios. Se ha sugerido que el uso de la palabra contacto en lugar de un término como visita refleja un planteamiento centrado en el niño y concuerda mejor con conceptos modernos como la responsabilidad parental o las responsabilidades parentales. En aquellas ocasiones en que el contexto lo exige, se emplea el término visita con la misma amplitud de significado. Aunque en el presente documento se hace a menudo una distinción entre contacto y custodia, debemos señalar que la diferencia entre ambos conceptos no se puede establecer siempre con claridad. Dicha distinción tampoco encaja fácilmente en aquellos sistemas nacionales que se han pasado del concepto de custodia al de responsabilidad parental. A efectos prácticos, siempre que el contexto no indique lo contrario, el concepto de padre o madre que tiene la custodia habrá de interpretarse como un término no técnico que hace referencia al padre o madre con quien el niño tiene su residencia normal o habitual. Por supuesto, se darán casos en los que el derecho de residencia o custodia se reparta por igual, haciendo que la distinción entre custodia y contacto no tenga razón de ser. También pueden darse casos en los que el propio padre o madre que tiene la custodia quiera ejercer también el derecho a mantener el contacto, como por ejemplo en aquellas ocasiones en que el niño se encuentra en situación de visita prolongada con el padre o la madre que no tiene la custodia. Por último, cabe señalar que los instrumentos internacionales existentes pueden contener definiciones específicas de custodia, contacto o visita, como es el caso del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores. Aunque este documento se refiere en general al derecho a mantener el contacto o a las visitas entre padres e hijos, se reconoce también la posibilidad de que otros individuos, como los abuelos, soliciten u obtengan decisiones en materia de contacto o visita.

sea el correcto alcance del derecho de custodia y del derecho de visita en orden, por ejemplo, a determinar si ha existido o no una sustracción internacional de menores, es algo que se antoja cuando menos confuso cuando oímos hablar de las llamadas calificaciones autónomas de los derechos de custodia y de visitas en el marco del Convenio de 25 de octubre de 1980 y del Reglamento n° 2201/2003, de 27 de noviembre. Hablar de derecho de custodia y de derecho de visita como de conceptos autónomos tras Bruselas II bis y de la necesidad de su interpretación con arreglo, primero a los objetivos y al esquema del Reglamento 2201/2003, y segundo con arreglo a los principios generales que provienen del corpus de los sistemas nacionales implicados, es, hoy en día, materia de la máxima actualidad. Qué deba entenderse por violación del derecho de custodia a los efectos del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 y del Reglamento 2.201/2003 de la Unión Europea, no parece una cuestión pacífica en estos tiempos. La reciente guía de buenas prácticas y principios generales publicada por la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, en el área de los contactos transfronterizos que afectan a menores, ya señala en su apartado n° 9, acerca del significado de los derechos de custodia y de visita, que la parcial definición del art. 5 del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 relativo a los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, ha dado lugar a diversos problemas de definición y a divisiones de opinión en la jurisprudencia entre y con estados contratantes. Señala dicha guía, que dentro de los sistemas legislativos nacionales, la línea divisoria entre custodia y visitas es algunas veces indistinta. Así, en algunos sistemas que retienen la terminología de custodia y visitas, el progenitor que tiene visitas puede de hecho retener importantes responsabilidades del proceso de decisión que afecta al menor y que van más allá del mero derecho de visitas. Dice la guía indicada, que este puede ser el caso de sistemas donde el progenitor que tiene visitas mantiene a la vez una guardia compartida del menor o es cotitular de la patria potestad. En el ámbito del Convenio de 25 de octubre de 1980 muy recientemente se ha pronunciado en esta materia el Tribunal Supremo de los Estados Unidos de una forma muy clarificadora a través de la sentencia de 17 de mayo de 2010, caso *Abbott v Abbott*, poniendo fin a diversas corrientes de opinión internas en dicho país muy perturbadoras para la correcta aplicación del Convenio. En Europa, tampoco estamos exentos de polémica, ya que se pretende por algunos sectores doctrinales imponer una concepción autónoma del derecho de custodia supuestamente contendida en el Convenio de La Haya de 1980 y en el Reglamento comunitario 2201/2003 para obviar y anular el contenido que a la institución del derecho de custodia se concede en cada derecho interno. De este modo, en España, un progenitor que solo tuviera derecho de visita, con patria potestad compartida, autoridad familiar en Aragón, por ejemplo, no sería considerado como titular de derechos de custodia a los efectos de poder fijar el domicilio de los menores, ya que tal derecho formaría parte, en la definición del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 y en el Reglamento comunitario 2201/2003, solo del derecho de custodia que, en este caso, solo lo tendría atribuido uno de los progenitores, por ejemplo. Los partidarios de esta peculiar postura parecen partir no solo de posiciones ya desfasadas y ligadas a la idea de custodia como

tenencia física y real de los menores sino también del hecho de recurrir a supuestas concepciones autónomas del derecho de custodia que no corresponden a la idea de custodia que se ha acuñado en multitud de países desde la vigencia del Convenio de 25 de octubre de 1980 como, digamos, concepto autónomo. Veamos argumentos a favor de la que considero como la postura más correcta o acertada y que conferiría en España al progenitor con derechos de visita y patria potestad compartida, autoridad familiar en Aragón, derechos de custodia a los efectos del Reglamento Bruselas II bis y del Convenio de 25 de octubre de 1980:

1.- El Reglamento 2201/2003 con referencia al Convenio de 25 de octubre de 1980 nada ha innovado en el terreno de los conceptos al asumir el previo esquema de los Convenios de 25.10.1980 y 19.10.1996, Solo complementa al Convenio de 25 de octubre de 1980 y no tiene carácter relevante una definición de custodia conjunta en el artículo 2 apartado 11 del propio Reglamento. La definición del término custodia en el Convenio de 25 de octubre de 1980 pasó al art. 3 b) del Convenio de 19 de octubre de 1996 que retomó las formulaciones del art. 5 del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980. Así lo indica el informe explicativo de Paul Lagarde que añade que...*el derecho de guarda y el derecho de visita son la encrucijada frecuente de las disputas entre los padres en los que la pareja se separa. El apartado b, (art 3) para explicar estas expresiones que no siempre son comprendidas del mismo modo en todas las legislaciones, retoma las formulaciones que se encuentran en el artículo 5 del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de niños.* Posteriormente, Bruselas II bis asume en su mayor parte los postulados del Convenio de 19 de octubre de 1996 a nivel de definiciones y dicho Reglamento Bruselas II bis, fuera de los arts. 11 y 12 que no afectan al tema debatido, no impide al Convenio de 25 de octubre de 1980 que siga surtiendo efectos con arreglo a los arts. 60 y 62 del Reglamento, compaginables con el art. 36 del Convenio. Esto es, Bruselas II bis complementa y completa al Convenio de 25 de octubre de 1980 (lo permite el Art. 36 de éste último), pero no cambia la calificación de los conceptos de custodia y de visita ni crea en la Unión un concepto autónomo distinto del que surge del propio previo Convenio de La Haya. A los efectos del Reglamento, dice su art. 2 al inicio, se entiende por derecho de custodia...*el derecho a decidir sobre el lugar de residencia, luego a tales efectos hay que entender que el progenitor que en España tiene solo derechos de visita con patria potestad compartida, autoridad familiar en Aragón, también ostenta a estos efectos derechos de custodia.* Así de simple.

2.- Es importante recordar que la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de julio de 2008, Caso Rinau C-195/08, en su parágrafo 82 recuerda que el Reglamento Bruselas II bis no tiene por objeto unificar las normas de Derecho material y de procedimiento de los diferentes Estados miembros, sin que ello implique que se permita la aplicación de normas nacionales que puedan menoscabar el efecto útil del Reglamento, ya que siempre debe buscarse una interpretación del Reglamento conforme a las exigencias y a su finalidad y que sea a que mejor garantice la efectividad del derecho comunitario¹⁷. En mi opinión,

¹⁷ Es en el marco de la cuestión prejudicial y con referencia al llamado Reglamento Bruselas II bis, donde empieza a tener un desarrollo notable la jurisprudencia emanada ad hoc del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Al momento

no me parece acertado, pues, definir el concepto de custodia en base a una supuesta calificación autónoma que anule regulaciones internas que dan derechos de custodia, como las cláusulas *ne exeat* por ejemplo, y que no creo contemple ni el Convenio de 25 de octubre de 1980 por supuesto, ni el Reglamento Bruselas II bis.

3.- El párrafo 84 del informe explicativo de Elisa Pérez Vera ya señala al hilo del art. 5 del Convenio de 25 de octubre de 1980 que por otra parte, saber cuándo existe una custodia conjunta es una cuestión que debe ser establecida en cada caso a la luz del derecho de la residencia habitual del menor. Esto parece lo suficientemente claro. De hecho, la infracción de un derecho de custodia en el art 3 del Convenio se evalúa con arreglo al derecho vigente en el Estado en que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención. Si con base en tal derecho, la custodia no da derecho a decidir el lugar de residencia del menor, el problema está servido. El párrafo 66 del informe de Elisa Pérez Vera acerca del Art. 3 del Convenio explicita que de hecho, en el transcurso del Decimocuarto período de sesiones, hubo incluso una propuesta tendente a explicitar en este artículo que la referencia al derecho de la residencia habitual se extendía a sus normas de derecho internacional privado; si la propuesta fue rechazada, se debió a que la Conferencia estaba convencida de que semejante inclusión era superflua y resultaba implícita dado que el texto no excluye ni directa ni indirectamente las normas en cuestión.

4.- La sentencia de 17 de mayo de 2010 del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, viene a asumir esta misma posición en cuanto admite, unificando posturas anteriores divergentes en tal país, que al padre con solo derechos de visita cuando la madre tiene otorgada la custodia en exclusiva, una cláusula *ne exeat* le confiere derechos de custodia a los efectos del art. 5 del Convenio de 25 de octubre de 1980. El caso examinado por el Tribunal Supremo iba referido a los siguientes elementos fácticos: el marido, un ciudadano británico, y la esposa,

de escribir estas líneas, a mediados de noviembre de 2010, tenemos ya sobre la mesa las siguientes resoluciones y las siguientes cuestiones prejudiciales presentadas: Sentencia de 27 Noviembre de 2007, C-435/06; Sentencia de 29 Noviembre de 2007, C 68/07; Sentencia de 11 Julio de 2008, C-195/08 PPU; Sentencia de 2 de Abril de 2009, C-523/07; Sentencia de 16 Julio de 2009, C 168/08; Sentencia de 23 de Diciembre de 2009, C-403/09 PPU; Sentencia de 1 de Julio de 2010, C-211/10 PPU; Sentencia de 15 de Julio de 2010, C-256/09, Sentencia de 5 de octubre de 2010, C-400/10 PPU y sentencia de 9 de noviembre de 2010, C-296/10 PPU. Además, está pendiente de dictarse sentencia en la prejudicial número C-491/10 PPU planteada el 30 de septiembre de 2010 e interpuesta el 15 de octubre de 2010 con referencia a problemas derivados de la efectiva aplicación del art. 42 del Reglamento Bruselas II bis. El papel que actualmente tienen las cuestiones prejudiciales para la correcta aplicación del Reglamento Bruselas II bis es esencial. Tal y como el propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha venido señalando, es una labor propia de los jueces nacionales decidir si presentan o no una cuestión prejudicial con independencia de si las partes lo han solicitado así o no. Es muy importante la jurisprudencia emanada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en este campo, cooperando con los tribunales de los estados miembros en la aplicación del Reglamento Bruselas II bis, máxime en tanto en cuanto tal jurisprudencia deviene obligatoria para todos los jueces nacionales involucrados en la tarea de aplicar esta normativa europea. El claro objetivo de cualquier cuestión prejudicial lo es el prevenir interpretaciones divergentes asegurando la efectiva y uniforme interpretación y aplicación de la ley europea en todos los estados miembros, para así obtener una resolución obligatoria para todos los jueces nacionales útil cuando el mismo problema aparece después en cualquier estado. De las cuestiones prejudiciales, a la vez, se extraen importantes principios de la legislación europea que han sido establecidos a través de cuestiones prejudiciales y se fomenta así la cooperación entre el tribunal de Justicia de la Unión Europea y los tribunales nacionales, algo que es la base de la cuestión prejudicial. En el campo concreto de los problemas transfronterizos en el derecho de familia puede decirse que más de cinco años han transcurrido desde que el Reglamento Bruselas II bis entró en aplicación y que, por tal razón, la mejor forma de analizarlo lo es a través de la actual jurisprudencia que sobre el mismo ha ido elaborando el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Actualmente tenemos ya diez sentencias y una cuestión prejudicial pendiente de que se dicte sentencia afectando a este Reglamento de una manera decisiva.

una ciudadana norteamericana, se habían casado en Inglaterra y más tarde habían tenido un hijo en las islas Hawai. En 2002 los tres estaban viviendo juntos en Chile. En marzo de 2003 se separaron litigando ante los tribunales de familia de Chile donde la madre obtuvo la custodia del menor y el padre derechos de visita. Los tribunales en Chile emitieron cuatro diferentes órdenes. La primera en enero del 2004 dando derechos de visita al padre. La segunda en noviembre del 2004 requiriendo a las partes someterse a terapia privada y negando la petición del padre de derechos de custodia que se concedían a la madre. La tercera de febrero de 2005 ampliando los derechos de visita del padre e incluyendo visitas durante un mes entero en las vacaciones de verano. En enero de 2004, a petición de la madre, los tribunales chilenos emitieron una cuarta orden prohibiendo que el menor fuera sacado de Chile sin el consentimiento del padre y de la madre. El año siguiente, la madre sacó al hijo de Chile sin el consentimiento del padre. Éste contrató un detective privado que encontró a la madre y el niño viviendo en Texas. El padre solicitó la restitución del menor con arreglo al Convenio de 25 de octubre de 1980 y en Texas se denegó el retorno del menor a Chile considerando que el traslado no había constituido una ruptura de derechos de custodia del padre tal y como vienen definidos en la Convención de La Haya. En la apelación, el quinto circuito afirmó que no había existido sustracción sosteniendo que solo un progenitor que tiene derechos de custodia puede invocar el Convenio para obtener el retorno del menor. En todo caso, el quinto circuito reconocía que otros circuitos federales estaban divididos pues el segundo circuito había sostenido que una cláusula de este tipo, *ne exeat*, no crea derechos de custodia, *Croll v. Croll*, 229 F.3d 133 (2d Cir. 2000), cert. denied, 534 U.S. 949 (2001), mientras que el once circuito había sostenido que este tipo de cláusulas sí crean un derecho de custodia *Furnes v. Reeves*, 362 F.3d 702 (11th Cir.), cert. denied, 543 U.S. 978 (2004). Ante tal división de opiniones, el Tribunal Supremo ha impuesto su criterio señalando cómo deben interpretarse los conceptos de derecho de custodia previstos en los artículos 3 y 5 del Convenio de La Haya de 25 octubre 1980. Para el Tribunal Supremo, la Convención define el derecho de custodia y es a tal definición a la que un tribunal debe de estar y consultar frente a definiciones particulares propias de cada derecho interno. Se trata de una definición uniforme dotada de consistencia internacional en la interpretación del Convenio y que cierra a los tribunales la posibilidad de pasar a la definición de derecho de custodia en las leyes locales, no siendo admisibles definiciones internas del derecho de custodia que socaven el reconocimiento de acuerdos de custodia en otros países o en diferentes tradiciones legales incluida la tradición civil continental. El Tribunal Supremo considera que el que una cláusula *ne exeat* no sea acorde con la tradicional noción de posesión física de la custodia es algo al margen de la cuestión a discutir porque el concepto de derechos de custodia es el propio de la Convención internacional. Las conclusiones del quinto circuito acerca de que una cláusula *ne exeat* no da lugar en estos casos al retorno del menor por no tener el padre derechos de custodia, dejarían la Convención sin sentido cuando más éste se necesita.

5.- Los conceptos de derecho de custodia y de visita deben interpretarse teniendo en cuenta la naturaleza autónoma del Convenio de 25 de octubre de 1980

y siempre a la luz de sus objetivos, y dicha interpretación en España pasa por entender que nuestro derecho no da al custodio la facultad unilateral de decidir la salida al extranjero del menor en casos de patria potestad compartida, autoridad familiar en Aragón, donde el progenitor que solo tiene derecho de visita retiene importantes facultades sobre el menor, formando parte el derecho a decidir el lugar de residencia del menor del área de la patria potestad, autoridad familiar en Aragón, y no del área de la custodia, lo que nos lleva a considerar a estos efectos al progenitor español, con solo derecho de visita, como tenedor de derechos de custodia a los efectos del Convenio de 25 de octubre de 1980 y del Reglamento Bruselas II bis.

6.- La calificación autónoma del derecho de custodia a los efectos de la aplicación del Reglamento 2201/2003 no se ha afirmado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, y en las sentencias de 27 noviembre 2007, Asunto C-435/06 y de 2 abril 2009, asunto C-523/2007, solo se evalúa la interpretación autónoma del concepto de materias civiles y mercantiles, sin relación con este supuesto que se analiza en el que nadie duda de que los derechos de custodia y visita formen parte integrante de las materias propias de la responsabilidad parental. Si de lo que se trata es de ver si el derecho de custodia se ha de interpretar de forma literal o no, entonces ya nos indica la sentencia del mismo Tribunal de 23 de diciembre de 2009, Asunto C-403/09, también referida a Bruselas II bis, que para interpretar una disposición de derecho comunitario no sólo deben tenerse en cuenta su tenor literal y su contexto, sino también los objetivos perseguidos por la normativa de la que forma parte. En este caso, cabe remitirse al informe explicativo del Convenio de 25 de octubre de 1980 respecto a los objetivos perseguidos por sus arts. 3 y 5, al que poco cabe añadir.

7.- Si para mayor información consultamos la importante base de datos que supone INCADAT, allí encontramos que a la pregunta sobre ¿qué se entiende por derecho de custodia a los fines del convenio?, se da una respuesta muy clara señalándose que los tribunales de una abrumadora mayoría de Estados Contratantes han aceptado que un derecho de veto sobre el traslado del menor de la jurisdicción equivale a un derecho de custodia a los fines del Convenio, con cita al efecto de numerosa jurisprudencia internacional¹⁸.

¹⁸ Australia, en el caso *Marriage of R. v. Resina* [1991] FamCA 33, [Cita INCADAT: HC/E/AU]; State Central Authority v. Ayob (1997) FLC 92-746, 21 Fam. LR 567 [Cita INCADAT: HC/E/AU]; Director-General Department of Families, Youth and Community Care and Hobbs, 24 de septiembre de 1999, Tribunal de Familia de Australia (Brisbane) [Cita INCADAT: HC/E/AU]; Austria 2 Ob 596/91, Oberster Gerichtshof, 05/02/1992 [Cita INCADAT: HC/E/AT]; Canadá Thomson v. Thomson [1994] 3 SCR 551, 6 RFL (4th) 290 [Cita INCADAT: HC/E/CA 11]; La Corte Suprema estableció una distinción entre una cláusula de no traslado en una orden de custodia provisoria y definitiva. Sugirió que si una cláusula de no traslado incluida en una orden de custodia definitiva se considerara un derecho de custodia a los fines del Convenio, ello tendría serias implicancias para los derechos de movilidad de la persona que ejerce el cuidado primordial del menor. *Thorne v. Dryden-Hall*, (1997) 28 RFL (4th) 297 [Cita INCADAT: HC/E/CA]; Decision of 15 December 1998, [1999] R.J.Q. 248 [Cita INCADAT: HC/E/CA]; Reino Unido - Inglaterra y Gales C. v. C. (Minor: Abduction: Rights of Custody Abroad) [1989] 1 WLR 654, [1989] 2 All ER 465, [1989] 1 FLR 403, [1989] Fam Law 228 [Cita INCADAT: HC/E/UKe]; Re D. (A Child) (Abduction: Foreign Custody Rights) [2006] UKHL 51, [Cita INCADAT: HC/E/UKe]; Francia Ministère Public c. M.B., 79 Rev. crit. 1990, 529, note Y. Lequette [Cita INCADAT: HC/E/FR]; Alemania 2 BvR 1126/97, Tribunal Constitucional Federal de Alemania (Bundesverfassungsgericht), 18 de julio de 1997 [Cita INCADAT: HC/E/DE]; 10 UF 753/01, Oberlandesgericht Dresden (Tribunal Regional Superior) (Alemania), 21 de enero de 2002 [Cita INCADAT: HC/E/DE]; Reino Unido-Escocia Bordera v. Bordera 1995 SLT 1176 [Cita INCADAT: HC/E/UKs]; A.J. v. F.J. [2005] CSIH 36, 2005 1 SC 428 [Cita INCADAT: HC/E/UKs]; Sudáfrica Sonderup v. Tondelli 2001 (1) SA 1171 (CC), [Cita INCADAT: HC/E/ZA]; Suiza 5P.1/1999, Tribunal fédéral suisse, (Swiss Supreme Court), 29 March 1999, [Cita INCADAT: HC/E/CH].

8.- Todas las argumentaciones expuestas vienen avaladas por la reciente sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 5 de octubre de 2010 en la prejudicial C-400/10 PPU. En este caso, el Tribunal de Luxemburgo declara que el Reglamento Bruselas II bis no se opone a que el derecho de un estado miembro subordine la adquisición de un derecho de guarda por el padre de un niño no casado con la madre de éste último, a la obtención por el padre de una decisión judicial en tal país que le confiera tal derecho, susceptible de hacer ilícito el desplazamiento del menor por la madre. Esto es, el desplazamiento del menor por un progenitor hacia otro estado miembro es ilícito solamente si lo es en violación de un derecho de guarda conferido por el derecho nacional. Se trataba de pareja de hecho de irlandés y británica en donde la madre deja Irlanda con los niños y el padre se encuentra, al solicitar que ha existido una posible sustracción de los menores, con que en Irlanda la legislación interna no le concede derecho de guarda automáticamente ya que se precisa un acuerdo de las partes o una decisión judicial mientras que la madre sí que se beneficia de oficio de tal derecho de custodia. El Tribunal de Luxemburgo, en este caso, considera que la interpretación antes indicada es conforme a la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Más clara la cuestión no puede ser. Se trataba de un litigio entre los padres de tres niños que vivían juntos sin estar casados en Irlanda, el Estado en donde con sus hijos tenían su residencia habitual. En julio de 2009, la madre, sin informar al padre, trasladó a los hijos de Irlanda a Inglaterra. Se dedujo ante la jurisdicción de Irlanda una solicitud para declarar que el traslado era ilegal. Ello fue desestimado pues se consideró que no tenía la custodia de los niños. De acuerdo con la legislación irlandesa, en el caso de dos padres que no están casados, el padre natural tiene derecho a solicitar la custodia del menor. Sin embargo, el Tribunal Supremo había declarado que al no haber obtenido, y ni siquiera solicitado una decisión que le otorgase la custodia de sus tres hijos, no tenía derecho de custodia en relación con ellos. El padre apeló esta decisión ante el Tribunal Supremo de Irlanda. En particular, argumentó que en virtud del Reglamento 2201/2003, se entiende por derecho de custodia los derechos y obligaciones relativos al cuidado de la persona de un menor y, en especial, el derecho a decidir sobre su lugar de residencia. Ello, combinado con el derecho fundamental al respeto de la vida privada y familiar consagrado en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea debe conducir al reconocimiento del derecho de custodia para la declaración de la ilegalidad de la medida. El Tribunal Supremo (Irlanda) decidió remitir al Tribunal de Justicia una cuestión prejudicial de urgencia para determinar si el Reglamento 2201/2003 se opone a una ley nacional que exige que el padre natural del niño tenga que obtener la decisión de un tribunal competente dándole la custodia del niño a fin de poder declarar que el traslado del niño es ilegal. El exacto planteamiento de la cuestión prejudicial era de este tenor: ¿Impide el Reglamento (CE) nº 2201/2003..., tanto si se interpreta con arreglo al artículo 7 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea como de otro modo, a un Estado miembro exigir en su ordenamiento jurídico que el padre de un menor que no está casado con la madre debe obtener una orden de un tribunal competente que le conceda la guarda y custodia con el fin de con-

siderar que tiene los «derechos de custodia» que determinan el carácter ilícito del traslado de ese hijo desde su Estado de residencia habitual, a efectos del artículo 2, apartado 11, de dicho Reglamento?. Ya se ha visto cual es el sentido final de la sentencia de 5 de octubre de 2010 al comentar en un precedente apartado el concepto de la custodia. Estamos viendo el conflicto custodia y derecho interno. Para esta sentencia el concepto de derecho de custodia de Bruselas II bis es autónomo e independiente de las leyes internas y ha de ser objeto de aplicación uniforme. Otra cosa es como regula cada derecho interno el derecho de custodia. En este caso no hay vulneración de los Art. 7 y 24 de la Carta ni del Art. 8 del Convenio de 1950 en casos similares resueltos por el Tribunal de Estrasburgo como en la sentencia de 14 de septiembre de 1999. Es clave al respecto el parágrafo 41 de la referida sentencia.

La gran importancia pues de los conceptos se pone más de manifiesto, cuando la terminología se acaba usando al servicio de intereses nacionales. Veamos así, qué está sucediendo de forma real en Europa cuando se llevan ya mas de cinco años de aplicación práctica del Reglamento Bruselas II bis, y cuando se ha de llamar la atención sobre aspectos de relevancia para el operador jurídico. Los artículos 10 y 11 del Reglamento Bruselas II bis modalizan el Convenio de La Haya de 25 octubre 1980 y, en concreto, permiten una aplicación más intensa del principio del reconocimiento mutuo. El Reglamento habilita un procedimiento en los supuestos de traslado y retención ilícitos de un menor en aquellos casos en que se dictó la resolución de no restitución en virtud del artículo 13 del Convenio de La Haya de 1980, que permite la obtención de un título que pueda circular libremente sin necesidad de exequátur. Cuando se trata de la aplicación, por lo tanto, del artículo 11.6 que abre la vía a la aplicación del punto 8 del artículo 11, en cuanto remite directamente a los artículos 40 al 45 del Reglamento, que regulan la fuerza ejecutiva de determinadas resoluciones que ordenan la restitución del menor, empieza a ser frecuente, en algunos casos, que por algunos jueces europeos se eluda, en la resoluciones de no restitución, cualquier referencia al artículo 13 del Convenio de 25 de octubre de 1980, denegando el retorno del menor, por ejemplo, considerando que no se ha producido una infracción del derecho de custodia con arreglo a los artículos 3 y 5 del Convenio de 25 octubre 1980. De esta forma, se consigue que al no fundarse la denegación de la restitución en el artículo 13 del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980, no se tenga que transmitir de inmediato al órgano jurisdiccional competente o a la autoridad central del estado miembro donde el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes del traslado o retención ilícitos copia de la resolución judicial de no restitución y documentación anexa a los efectos de los párrafos 7 y 8 del artículo 11, con lo que ya no se abriría la vía de los artículos 40 al 45 del Reglamento. Se trata de las denegaciones del retorno bajo la aplicación desviada de los arts. 3 y 5 del Convenio de 25 de octubre de 1980 en vez de bajo la aplicación de los arts. 12 y 13 del mismo Convenio, todo para evitar la aplicación ulterior del art. 11.8 del Reglamento Bruselas II bis. La cuestión, por lo tanto, es sí es admisible o no que haya casos de denegación de la restitución que queden fuera del ámbito de aplicación

del Reglamento, teniendo en cuenta que las causas de denegación del retorno, propiamente dichas, están recogidas en el artículo 13 de la Convención de La Haya de 25 octubre 1980, prácticamente como única posibilidad de fundamentar una orden de no retorno. Por este motivo, es fácil comprender que el Reglamento Bruselas II bis tomara como referencia de las órdenes de no retorno en el párrafo sexto del artículo 11 la previsión del artículo 13 del Convenio de 1980. Ahora, en Europa, algunos tribunales que conocen de procesos de sustracción internacional de menores realizan una interpretación literal del párrafo sexto del artículo 11 y no ven ningún motivo para comunicar una denegación del retorno que no se ha basado en el artículo 13 del Convenio de 1980, cuando consideran que la restitución no procede por no concurrir los presupuestos aplicación de los artículos 3 y 5 del Convenio de 1980. Frente a esta interpretación o forma de proceder evidentemente interesada, llama la atención sobremanera el hecho de que el párrafo primero del artículo 11 establece que cuando el que tenga derechos de custodia solicite que se dicte una resolución para conseguir la restitución del menor, los apartados dos al ocho serán de aplicación. A cualquier supuesto por lo tanto de restitución del menor le son aplicables los apartados dos al ocho del artículo 11 sin excepciones, se trate o no de denegaciones basadas sólo en el artículo 13. Cierzo que el párrafo sexto del artículo 11 menciona explícitamente el artículo 13, como no podía ser de otra manera, pero cierto también que el párrafo primero del artículo 11 permite la aplicación de tal supuesto a cualquier otro en que se deniega la restitución del menor. Lo mismo podría decirse del párrafo segundo del artículo 11 que cita los artículos 12 y 13 del Convenio cuando el párrafo sexto del artículo se apoya solo en el artículo 13. Tampoco parece muy difícil comprender que cualquier denegación del retorno basada en los artículos tres a cinco del Convenio de La Haya es una de denegación de retorno basada en la esencia del artículo 13 letra a. Quiero decir, el artículo 13 del Convenio de 1980 es la única base posible para denegar el retorno del menor fuera del caso particular del artículo 20 de dicho Convenio y ello ha de tenerse en cuenta. Además, si miramos al espíritu y finalidad del Reglamento comunitario es claro que el objetivo del mismo es la supresión del exequátur en todos los asuntos afectantes al derecho de visita y a la restitución de menores en los términos del apartado ocho del artículo 11, que ciertamente cita el artículo 13 del Convenio de 1980, pero no por otra circunstancia que no sea la de que tal artículo es en el que se basan las denegaciones del retorno de menores con arreglo al Convenio de 1980. No parece muy posible el entender que el Reglamento quisiera establecer diferentes procedimientos de sustracción según se trate de una u otra causa de denegación del retorno. Es cierto que el párrafo segundo del artículo 40 no impide que un titular de la responsabilidad parental procure el reconocimiento y la ejecución de la resolución judicial conforme las disposiciones de las secciones primera y segunda del capítulo tercero dedicado al reconocimiento y la ejecución, pero también es cierto que se trata de un procedimiento de reconocimiento y ejecución que ya no goza de la virtualidad de la supresión del exequátur. En todo caso, parece que va a ser necesario esperar al resultado de una futura cuestión prejudicial que pueda plantearse ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea para aclarar estos puntos digamos

oscuros en la aplicación del Reglamento. La pregunta final sería la relativa a que si el Reglamento comunitario no permite eliminar o suprimir el exequátur cuando la denegación del retorno no se ha basado en el artículo 13 del Convenio de La Haya de 1980, dónde queda entonces el espíritu de Tampere y del programa de La Haya cuando cualquier tribunal europeo puede a su voluntad basar una orden de no retorno del menor bajo cualquier precepto diverso del artículo 13 del Convenio de 1980 en orden de evitar la supresión del exequátur. En favor de la opinión contraria se busca el apoyo literal de las previsiones Reglamentarias, que no deja de ser un poderoso apoyo, señalando que no hay razón ni obligación para comunicar la denegación del no retorno en base al párrafo sexto del artículo 11 si no se ha recurrido a la aplicación del art. 13 del Convenio de 1980, al tener que ser interpretado tal párrafo en el contexto de los artículos 40. I b y 42 II c del Reglamento, señalando que en estos casos la decisión, por ejemplo, podría ser reconocida en los demás estados miembros sobre la base del artículo 21 del Reglamento Bruselas II bis. Si la denegación de retorno, se dice, no está basada en el artículo 13 del Convenio, los Tribunales del estado de origen no están obligados a considerar las razones del no retorno por ejemplo. Si el retorno ha sido rechazado, por ejemplo, porque el menor no tenía residencia habitual o porque el traslado o la retención no fueron ilícitos, no es necesario informar al tribunal del estado de origen de estos motivos porque son totalmente indiferentes respecto a la situación del menor y el problema, se dice, no tendría nada que ver con el párrafo sexto del artículo 11. Frente a ello hay que señalar que una denegación del retorno que cierre la vía a la supresión del exequátur implica un cambio de residencia legal del menor con enormes consecuencias en punto a la competencia para tomar decisiones sobre el fondo del derecho de custodia.

Para concluir, en mi opinión, sí procede pues una calificación autónoma pero aquella en base a la cual el titular de derechos de visita en España con patria potestad compartida, autoridad familiar en Aragón, tiene, a los efectos del Convenio de 25 de octubre de 1980 y del Reglamento Bruselas II bis, derechos de custodia, y no aquella que se trata de imponer por algún sector doctrinal para decir que en España solo el progenitor custodio puede decidir el lugar de residencia del menor por mucho que el solo visitante tenga autoridad familiar compartida.

VI.- LA CUSTODIA COMPARTIDA Y LAS DECISIONES SOBRE LA REUBICACIÓN DE HIJOS A CARGO.

Cuando estamos proclamando un evidente principio de igualdad en el ejercicio de las relaciones familiares en situaciones de ruptura, estamos acentuando la obligatoria participación de los progenitores en todo tipo de toma de decisiones afectantes a los menores, especialmente en aquellas de mayor importancia o trascendentes en sus consecuencias respecto a los derechos de los menores. El cambio del lugar de residencia del menor, su relocalización, la reubicación, la llamada a nivel internacional «*relocation*», no son sino diferentes formas de referirse a un fenómeno actual de gran relevancia. En realidad, el derecho a determinar el lugar de residencia de los menores, es la otra cara de la moneda de los procesos

de sustracción internacional de menores. Los cambios que afectan al lugar de residencia de los menores por razones sentimentales, económicas o de otro tipo, los traslados y la sustracción internacional, cómo prevenir esta clase de situaciones y cómo solventar los problemas desde la evaluación de cuál sea el real interés superior de los menores en este tipo de situaciones, son cuestiones de una importancia fundamental en estos días.

La reciente Ley 2/2010, de 26 de mayo, ha perdido una oportunidad única para dar regulación a este tipo de supuestos, delimitando concretos contenidos de la autoridad familiar, por mero deslinde con decisiones propias de la simple custodia, y dando a los progenitores y a los operadores jurídicos mecanismos legales acerca de la forma de proceder en los supuestos de traslados de menores una vez que se asume la custodia compartida como punto de partida inevitable. Si ahora el interés del menor impone un contacto continuado e igualitario con ambos progenitores, ¿Podrá autorizarse algún traslado de menores en Aragón?. Veamos, cuando los progenitores no se ponen de acuerdo y se suscita el conflicto, la decisión puede ser fácil cuando el progenitor que no se traslada ha pasado poco tiempo con el menor o ha actuado de forma abusiva frente al progenitor que se traslada o cuando el progenitor que no se traslada es una parte crucial del entorno del menor y el progenitor que se mueve no tiene ni acredita una buena razón para marcharse, pero... qué sucede cuando el menor tiene una muy buena relación con ambos progenitores y el progenitor que se mueve tiene una buena razón para hacerlo que en caso de desestimarse determinaría una clara afectación psicológica y financiera a su bienestar por ejemplo. En estas circunstancias y en un entorno de custodia compartida como el actual del marco aragonés tras la Ley 2/2010 va a ser muy difícil tomar una decisión, que podría, o permitir el traslado adecuando visitas razonables con el progenitor que no se mueve o no permitir dicho traslado. Hablamos además de litigios que implican costes procesales y colapsan las agendas judiciales.

Con arreglo al artículo 24.3 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, donde el interés superior del niño constituye una consideración primordial, todo niño tiene derecho a mantener de forma periódica relaciones personales y contactos directos con su padre y con su madre, salvo si ello es contrario a sus intereses. Es notorio, pues, que este derecho fundamental puede verse afectado en todos los casos de traslado del menor, en donde solo una evaluación razonada, prudente y equilibrada de todos los intereses en juego deberá de ser hecha en base a consideraciones proporcionales. En el momento actual, los traslados de familias a través de las fronteras de los países implican un problema global en un mundo que está envuelto en un turbulento fenómeno migratorio que afecta a gran parte de la población mundial. Este incesante movimiento o flujo migratorio, implica la necesidad de dar respuesta a la pregunta de si los cambios de residencia de los menores deben de ser permitidos o no y bajo qué condiciones. Las respuestas a nivel global son de lo más variadas con apoyó muchas veces en criterios dispares. Si tenemos en cuenta que los procesos de sustracción internacional de menores están vinculados al correcto o no desplazamiento

de los mismos, es fácil comprender por qué en el momento actual se pretende la regulación a nivel internacional del fenómeno llamado de la relocalización como una forma de prevenir procesos de sustracción internacional de menores y de dar seguridad, a nivel internacional, a las familias en sus movimientos transfronterizos. Una aproximación inicial al tema de los cambios de domicilio de los menores permite enfrentar dos posiciones totalmente antagónicas cuando un progenitor tiene la custodia y el otro solo derecho de visita: la que considera que el bienestar del menor está siempre mejor preservado bajo la protección de las relaciones que le otorga la persona que tiene su custodia, lo que llevaría a conceder los cambios de traslado que decida el progenitor custodio, y la otra postura que considera que el bienestar de los menores requiere frecuentes y regulares contactos con ambos polos parentales, postura que, evidentemente, se muestra en general contraria a los traslados del menor. Existe una tercera posición, que se centraría para la resolución de este tipo de casos en la búsqueda de aquellos factores que representan el mejor interés del menor en función de las consideraciones relevantes para cada caso concreto. En línea con las dos principales posturas antagónicas expuestas se sitúan también las conclusiones doctrinales acerca de que los traslados del menor se considera que tienen perjudiciales consecuencias para los menores en todo tipo de familias, o que carecen de tales consecuencias negativas en todo caso. Quizás lo más importante sea la evaluación del supuesto concreto y de las circunstancias particulares de cada caso, teniendo en cuenta que las presunciones del tipo que sean a favor o en contra del traslado no ayudan porque las circunstancias de cada menor y de cada familia siempre van a ser diferentes y esencialmente únicas. Naturalmente, el lado oscuro de esta postura está representado por la incertidumbre e imposibilidad de predicción. Efectivamente, resolver a golpe de caso concreto, genera incertidumbre y falta de predictibilidad. Ello implica confusión para los particulares y un mundo sin reglas, por así decirlo, puede propiciar decisiones unilaterales injustificadas, ya que los acuerdos entre las partes parecen más difíciles de alcanzarse. Pese a ello, una aproximación neutral a cada caso concreto es mejor que partir de cualquier presunción y parece ser ésta la dirección en la cual se mueven las legislaciones y jurisprudencia de muchos países aplicando siempre la prevalencia del interés superior de los menores analizando en función de una gran variedad de circunstancias el caso concreto. Eso sí, las buenas intenciones en este tipo de análisis siempre resultan ilusorias y solo el estudio detallado de cada caso concreto permite obtener una buena solución particularizada. Hay muchos factores a tener en cuenta por los tribunales tales como los legales, los jurisprudenciales y la opinión de la doctrina en cada país sin olvidar la casuística peculiar en punto a hechos relevantes a tomar en consideración. Establecer una lista uniforme de factores en los que un juez deba basarse para resolver, parece algo difícil de hacer porque cada caso tiene sus propias características. El contexto social, las capacidades de cada uno de los progenitores, el nivel de relación del menor con cada uno de ellos, el tema del bienestar de los menores, etc., deben resolverse siempre a la luz de multitud de consideraciones. Ninguna regla fija o inflexible debe de ser establecida y decidir qué factor debe tener más peso es algo que requiere una cierta habilidad por parte de los jueces. En todo caso, se

debe tener una mente abierta al afrontar este tipo de situaciones. Conocimientos de psicología infantil, la previsión de los efectos de la orden de traslado o de no traslado que se emita, la necesidad de ser creativo ofreciendo alternativas y soluciones adecuadas a las partes en función del mejor interés del menor, puede persuadir a las partes para encontrar algún acuerdo o en su caso ofrecer una solución no impuesta lo más equitativa posible. Fuera de casos extremos, siempre es muy leve el peso de la balanza que inclina la decisión a favor o en contra de autorizar un traslado.

Los días 23 al 25 de marzo de 2010 tuve la oportunidad de asistir a la Conferencia internacional judicial sobre la reubicación de familias en países fronterizos que tuvo lugar en Washington y organizada de forma conjunta por la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado y el Centro Internacional de Niños Desaparecidos y Explotados con el respaldo del Departamento de Estado de los Estados Unidos. Los resultados de dicha Conferencia son accesibles en la web de la Conferencia de La Haya donde aparece recogida la llamada «Declaración de Washington sobre la reubicación internacional de familias», de la que me gustaría destacar algunas precisiones¹⁹. Se consideró que los estados deben garantizar que

19 DECLARACIÓN DE WASHINGTON SOBRE LA REUBICACIÓN INTERNACIONAL DE FAMILIAS

Del 23 al 25 de marzo de 2010 más de 50 jueces y otros expertos de Alemania, Argentina, Australia, Brasil, Canadá, Francia, Egipto, el Reino Unido, España, Estados Unidos de América, India, México, Nueva Zelanda y Pakistán, junto con expertos de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado (Hague Conference on Private International Law) y del Centro Internacional de Niños Desaparecidos y Explotados (International Centre for Missing and Exploited Children), se reunieron en Washington, D.C. para analizar la reubicación de familias en países fronterizos y acordaron lo siguiente:

Disponibilidad de procedimientos legales relacionados con la reubicación internacional

1. Los estados deben garantizar que se disponga de procedimientos legales para solicitar ante la autoridad competente el derecho a la reubicación con el niño. Se debe recomendar enfáticamente a las partes que utilicen los procedimientos legales y no actúen de forma unilateral.

Notificación razonable de la reubicación internacional

2. La persona que desea solicitar la reubicación internacional con el niño debe, en beneficio del niño, proporcionar notificación razonable de su intención antes de iniciar los procedimientos o, cuando estos no sean necesarios, antes de que se lleve a cabo la reubicación.

Factores relevantes en decisiones de reubicación internacional

3. En todas las solicitudes relacionadas con la reubicación internacional la consideración primordial (principal) es el beneficio del niño. Por lo tanto, las determinaciones deben tomarse sin ninguna suposición a favor o en contra de la reubicación.

Traducción cortesía de Centro Internacional de Niños Desaparecidos y Explotados.

4. Para identificar con mayor claridad los casos en los que se debe conceder o negar la reubicación, y con el objetivo de impulsar un enfoque internacional más uniforme, el ejercicio de la discreción judicial debe estar regido en especial, aunque no únicamente, por los siguientes factores en ningún orden de prioridad. La importancia que se le dará a un factor determinado será diferente de un caso a otro:

- I) El derecho del niño separado de uno de sus padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres regularmente y de un modo que concuerde con el desarrollo del niño, salvo que el contacto se contraponga con el beneficio del niño;
- II) Las opiniones del niño teniendo en cuenta su edad y madurez;
- III) Las propuestas de las partes con respecto a los arreglos prácticos de la reubicación, que incluyen alojamiento, educación y empleo;
- IV) Cuando sea importante para la determinación del resultado, los motivos a favor y en contra de la reubicación;
- V) Cualquier antecedente de violencia o abuso familiar, ya sea físico o psicológico;
- VI) Los antecedentes de la familia y en especial la continuidad y calidad de arreglos de contacto y asistencia actuales y anteriores;
- VII) Determinaciones de custodia y visitas preexistentes;

se disponga de procedimientos legales para solicitar ante la autoridad competente el derecho a la reubicación con el niño y que se debe recomendar enfáticamente a las partes que utilicen los procedimientos legales y no actúen de forma unilateral. Se concluyó igualmente que la persona que desee solicitar la reubicación internacional con el niño debe, en beneficio del niño, proporcionar notificación razonable de su intención antes de iniciar los procedimientos o, cuando estos no sean necesarios, antes de que se lleve a cabo la reubicación. En cuanto a los

VIII) El impacto que producirá la concesión o la negación de la reubicación en el niño, en el contexto de su familia extendida, su educación y vida social, así como en las partes;

IX) La naturaleza de la relación entre los padres y el compromiso que asume el solicitante para sustentar y facilitar la relación entre el niño y el demandado después de la reubicación;

X) Si las propuestas de las partes para el contacto posterior a la reubicación son realistas, teniendo alguna consideración especial con respecto al costo para la familia y la carga para el niño;

XI) La aplicabilidad de las disposiciones del contacto que rigen como condición de reubicación en el estado de destino;

XII) Problemas de movilidad para los integrantes de la familia; y

XIII) Cualquier otra circunstancia que el juez considere relevante.

5. Si bien estos factores pueden utilizarse en la reubicación local, se aplican principalmente a la reubicación internacional y, por lo tanto, generalmente implican consideraciones de derecho de familia internacional.

6. Los factores reflejan hallazgos basados en investigaciones relacionados con las necesidades y el desarrollo de los niños en el contexto de la reubicación.

Convenciones de la Haya de 1980 sobre la Sustracción Internacional de Niños y de 1996 sobre la Protección Internacional de Niños

7. Se admite que las Convenciones de la Haya de 1980 y 1996 proporcionan un marco global para la cooperación internacional con respecto a las reubicaciones de familias a países fronterizos. La Convención de 1980 proporciona el principal recurso (la orden para la devolución del niño) para reubicaciones ilegales. La Convención de 1996 tiene en cuenta la instauración y el reconocimiento (por adelantado) y el cumplimiento de las órdenes de reubicación y las condiciones sujetas a ellas. Facilita la cooperación directa entre autoridades administrativas y judiciales de los dos estados involucrados, así como el intercambio de información relevante para la protección del niño. Junto con la debida consideración de las leyes locales de los estados, este marco debe considerarse una parte integral del sistema global para la protección de los derechos de los niños. Los estados que todavía no se han unido a estas Convenciones deben hacerlo.

Favorecer el acuerdo

8. La meta principal debe ser el acuerdo voluntario de las disputas de reubicación entre los padres. Se deben favorecer y poner a disposición de las partes mecanismos como la mediación y medios similares para fomentar el acuerdo entre los padres tanto dentro como fuera del contexto de los procedimientos judiciales. Se deben considerar las opiniones del niño, teniendo en cuenta su edad y madurez, dentro de los distintos procesos.

Cumplimiento de órdenes de reubicación

9. Las órdenes de reubicación y las condiciones sujetas a ellas se deben poder cumplir en el estado de destino. Por consiguiente, los estados de destino deben considerar el dictamen de órdenes que reflejen las del estado de origen. Cuando no exista esta autoridad, los estados deben considerar la conveniencia de presentar disposiciones habilitantes adecuadas en sus leyes locales para permitir el dictamen de órdenes que reflejen las que se establecieron en el estado de origen.

Modificación de disposiciones de contacto

10. Las autoridades del estado de destino no deben interrumpir ni reducir el contacto con el padre o la madre que queda en el otro país a menos que se hayan producido cambios importantes que afecten los intereses del niño.

Comunicaciones judiciales directas

11. Se fomentan las comunicaciones judiciales directas entre los jueces de las jurisdicciones afectadas con el objetivo de ayudar a establecer, reconocer y hacer cumplir, reproducir y modificar, cuando sea necesario, las órdenes de reubicación.

Investigación

12. Se admite que es necesario realizar investigaciones adicionales en el área de reubicación para analizar las tendencias y los resultados en los casos de reubicación.

Desarrollo adicional y promoción de principios

13. La Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado, en colaboración con el Centro Internacional de Niños Desaparecidos y Explotados, fomenta la lucha por el desarrollo adicional de los principios expuestos en esta declaración y considera la posibilidad de incorporar todos o algunos de estos principios en un instrumento internacional. Con esta finalidad, se incentiva a estos organismos para que fomenten la conciencia internacional de estos principios, por ejemplo, a través de programas de capacitación judicial y de creación de otras capacidades.

llamados factores relevantes en decisiones de reubicación internacional concluimos que en todas las solicitudes relacionadas con la reubicación internacional la consideración primordial (principal) es el beneficio del niño. Por lo tanto, las determinaciones deben tomarse sin ninguna suposición a favor o en contra de la reubicación. Para identificar con mayor claridad los casos en los que se debe conceder o negar la reubicación, y con el objetivo de impulsar un enfoque internacional más uniforme, el ejercicio de la discreción judicial se consideró que debe estar regido en especial, aunque no únicamente, por diversos factores en ningún orden de prioridad. La importancia que se le dará a un factor determinado será diferente de un caso a otro: Entre tales factores se señalaron los siguientes: 1.- el derecho del niño separado de uno de sus padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres regularmente y de un modo que concuerde con el desarrollo del niño, salvo que el contacto se contraponga con el beneficio del niño; 2.- las opiniones del niño teniendo en cuenta su edad y madurez; 3.- las propuestas de las partes con respecto a los arreglos prácticos de la reubicación, que incluyen alojamiento, educación y empleo; 4.- cuando sea importante para la determinación del resultado, los motivos a favor y en contra de la reubicación; 5.- cualquier antecedente de violencia o abuso familiar, ya sea físico o psicológico; 6.- los antecedentes de la familia y en especial la continuidad y calidad de arreglos de contacto y asistencia actuales y anteriores; 7.- determinaciones de custodia y visitas preexistentes; 8.- el impacto que producirá la concesión o la negación de la reubicación en el niño, en el contexto de su familia extendida, su educación y vida social, así como en las partes; 9.- la naturaleza de la relación entre los padres y el compromiso que asume el solicitante para sustentar y facilitar la relación entre el niño y el demandado después de la reubicación; 10.- si las propuestas de las partes para el contacto posterior a la reubicación son realistas, teniendo alguna consideración especial con respecto al costo para la familia y la carga para el niño; 11.- la aplicabilidad de las disposiciones del contacto que rigen como condición de reubicación en el estado de destino; 12.- problemas de movilidad para los integrantes de la familia; y 13.- cualquier otra circunstancia que el juez considere relevante. Si bien estos factores pueden utilizarse en la reubicación local, se aplican principalmente a la reubicación internacional y, por lo tanto, generalmente implican consideraciones de derecho de familia internacional. En esta línea también se concluyó acerca de la importancia de los acuerdos voluntarios y se dijo que la meta principal debe ser el acuerdo voluntario de las disputas de reubicación entre los padres. Se deben favorecer y poner a disposición de las partes mecanismos como la mediación y medios similares para fomentar el acuerdo entre los padres tanto dentro como fuera del contexto de los procedimientos judiciales. Se deben considerar las opiniones del niño, teniendo en cuenta su edad y madurez, dentro de los distintos procesos. Sobre órdenes de reubicación y modificación de disposiciones de contacto se dijo que las órdenes de reubicación y las condiciones sujetas a ellas se deben poder cumplir en el estado de destino. Por consiguiente, los estados de destino deben considerar el dictamen de órdenes que reflejen las del estado de origen. Cuando no exista esta autoridad, los estados deben considerar la conveniencia de presentar disposiciones habilitantes adecua-

das en sus leyes locales para permitir el dictamen de órdenes que reflejen las que se establecieron en el estado de origen. Las autoridades del estado de destino no deben interrumpir ni reducir el contacto con el padre o la madre que queda en el otro país a menos que se hayan producido cambios importantes que afecten los intereses del niño.

Todo este marco de proyección internacional bien podría haber sido tenido en cuenta en Aragón en un intento de regulación mas detallada dentro de la ley 2/2010, de 26 de mayo, fijando criterios definitorios de futuras decisiones de traslados y dado guías de orientación a los progenitores acerca de la forma de proceder en estos casos, imponiendo preavisos a la otra parte, etc. Algún detalle mas se observa en la reforma operada por la Ley 25/2010, de 29 de julio, en Cataluña, pero también notoriamente insuficiente.

VII.- CUSTODIA COMPARTIDA Y TRASLADO DE MENORES: UNA ILUSTRATIVA VISIÓN DE DERECHO COMPARADO.

A nivel internacional las decisiones sobre traslado de menores, se han venido y se vienen adoptando sobre la base de tres fundamentales premisas: 1.- Establecimiento de presunciones a favor del progenitor custodio que busca el traslado del menor, 2.- Favorecer en todo caso el mayor continuo contacto posible entre el menor y el progenitor con el que no convive, y 3.- Centrarse para la búsqueda de una solución en factores relativos al mejor interés del menor y otras diversas consideraciones.

En Australia, los debates acerca de la reubicación de menores han sido muy abundantes con motivo de los recientes cambios en su legislación de custodia compartida desde 2006 en un marco de traslado de menores. La llamada 'shared parenting laws', es un grupo de modificaciones de la parte VII de la Family Law Act 1975 (Cth) por la Family Law Amendment (Shared Parental Responsibility) Act 2006 (Cth), cuyo núcleo de reformas comenzó el 1 de julio de 2006 y que son conocidas popularmente como 'shared parenting laws' or 'shared parenting amendments'. Tras estas reformas, la consideración del beneficio del menor a mantener una significativa relación con ambos progenitores como un principio de fundamental consideración es y ha sido algo muy relevante en los casos de traslado de menores. En Australia, ni la ley ni los tribunales establecen presunciones en favor del progenitor custodio y suele citarse muy frecuentemente en supuestos de traslados de menores el precedente *U v. U* (2002) 191 ALR 289, donde la High Court determinó que los tribunales no están obligados por las propuestas de las partes y que el mejor interés de los menores debe tener un tratamiento primordial en los casos de traslado. Al mismo tiempo, el tribunal estableció que, sin embargo, el primordial interés de los menores no debe ser considerado como el único factor a tener en cuenta, ya que es necesario contar, además, con la situación económica de los progenitores, y su situación cultural y psicológica para conceder o denegar el traslado, pues es claro que el propio bienestar de los progenitores siempre tiene un impacto directo en el bienestar de los menores.

Esta situación en Australia cambió en 2006. La séptima parte de la Family Law Act 1975, referida a los procesos de menores, fue modificada sustancialmente por la Family Law Amendment (Shared Parental Responsibility) Act 2006, con efecto del 1 de julio de 2006, tal y como ya dije. Se puede considerar que la más significativa parte de la reforma a estos efectos lo es la contenida en la sección 60CC(2) (a) de la Act Section, en cuanto establece que el Tribunal debe tomar en consideración los beneficios que para el menor debe tener una relación positiva y significativa («meaningful relationship»), con ambos polos parentales. Existen nuevas previsiones legales tras la reforma como la que se incluye en la sección 60CC(4), en base a la cual el Tribunal debe considerar hasta que medida cada progenitor ha facilitado o no la participación de la otra parte en las decisiones importantes afectantes al menor, ha pasado más o menos tiempo con el menor y comunicando con él, requiriendo la sección 65DAA que el Tribunal considere si es más conveniente a los intereses superiores del menor el estar igual tiempo o parte sustancial del mismo con ambos polos parentales. Han existido ya importantes fallos de la Full Court of the Family Court of Australia en materia de traslado de menores de los que se pueden extraer algunos importantes principios. En una decisión del 3 de diciembre de 2009 de la High Court of Australia, se expresan las líneas generales acerca de cómo la llamada ‘reasonable practicability’, debe ser considerada en juicio. Lo importante, en todo caso, es considerar que en Australia el legislador no ha introducido presunciones a favor o en contra de los traslados y que se aplica siempre el criterio de búsqueda del mejor interés de los menores. Pero veamos todos estos postulados con un mayor grado de detalle. En Australia hay tres factores que no han cambiado desde la entrada en vigor el 1 de julio de 2006 de la reforma que se comenta. En primer lugar, el interés superior de los menores era y sigue siendo un factor decisivo en los casos de órdenes de traslado (60CA). Visto que no había antes ni después de 2006 presunciones a favor o en contra del traslado de menores, un test acerca del mejor interés del menor se aplicaba y se sigue aplicando en función de una clara multiplicidad de factores del caso concreto. En tercer lugar, no parece que los casos de traslado de menores y el resto de disputas sobre los menores entre progenitores sean muy distintos y por ello antes y después de la reforma de 2006 los mismos principios legales que ya se aplicaban se siguen aplicando ahora. Por lo tanto la pregunta sería, ¿Qué ha cambiado realmente tras la reforma de 2006 en Australia con respecto a los casos donde se decide el traslado de menores?. La respuesta es clara y sencilla. Ahora es más complejo tomar una decisión y es difícil justificar la procedencia de un traslado de menores. Lo importante es seguir ahora las orientaciones marcadas por la Full Court of the Family Court de Australia, en casos como los siguientes: Taylor & Barker [2007] 37 Fam LR 461, Sealey & Archer [2008] Fam CAFC 142, McCall & Clark [2009] 41 Fam LR 483 y Sampson & Harnett [2008] 38 Fam LR 315. De todos ellos se observa la enseñanza de que la aproximación al caso concreto pasa por tres pasos sucesivos. Primer se han de obtener conclusiones de los factores relevantes del art. 60CC acerca de la identificación del mejor interés, segundo y en base a tales factores del art. 60CC se ha de considerar si un reparto igual o sustancial del tiempo es en cada caso en el mejor interés del menor y tercero se ha

de considerar la razonabilidad práctica de las conclusiones obtenidas. En todo caso, y tal y como enseña la decisión de la Full Court en el caso *Starr & Duggan* [2009] Fam CAFC 115, los factores afectantes al mejor interés del menor del art 60CC siempre han de ser puestos en contacto con el caso concreto. De la reforma de 2006 que se comenta en Australia, hay dos nuevos conceptos legislativos que son claves: 1.- El llamado *meaningful relationship* con ambos progenitores, esto es, la relación significativa y 2.- *The reasonable practicability*. El primer factor citado no tiene valor de presunción legal, ni el legislador quiso darle tal carácter y su abordaje concreto permite fijar un marco en el que el menor pueda tener tal relación con ambos progenitores. El segundo factor surge del art. 65DAA e implica siempre la valoración de hasta qué punto una decisión judicial en estos casos será posible llevarla a la práctica de forma razonable, conteniendo el citado precepto 65DAA(5) un listado de factores a tener en cuenta para decidir incluyendo la distancia a la que viven los progenitores, su capacidad para llevar a cabo lo acordado, el impacto de lo acordado en el menor, etc. Se trata de un factor, el relativo a la *reasonable practicability*, directamente conectado con la realidad de la situación, con el caso concreto que se analiza, en línea acorde al fallo de la High court de Australia *MRR & GR* [2010] HCA 4. Como colofón debería pues decirse que una acentuación de las responsabilidades parentales envuelve siempre una mayor dificultad a la hora de decidir un traslado del menor, que por razones evidentes, siempre va a afectar de forma significativa a la relación del menor con cada uno de sus progenitores. La *Family Law Amendment (Shared Parental Responsibility) Act 2006*, lo que en realidad supuso fue que desde su entrada en vigor, se considera que en aquellos casos en donde ambos progenitores tienen una cercana y estrecha relación con el menor y no hay contraindicaciones referidas a violencia o abuso, es mucho más difícil justificar un traslado de lo que lo era antes de la reforma del 2006. Quizás en Australia, se pueda cuestionar ahora tras casi cinco años de vigencia de la reforma, que la tendencia a fijar tiempos de estancia casi iguales por mas equitativos que parezcan, sea siempre una buena solución y, desde luego, tampoco una futura revisión de la séptima parte de la *Family Act 1975* está descartada en estos momentos.

En Canadá las cuestiones del traslado de menores se resuelven sobre la base de la *Federal Divorce Act* o sobre la base de la legislación provincial en cada caso y un precedente de vital importancia lo es el caso *Gordon v. Goertz* resuelto bajo la *Federal Divorce Act* el 2 de mayo de 1996 por la Corte Suprema de Canadá²⁰. En todos los supuestos, bajo la citada legislación y precedente de referencia, lo clave es el análisis del caso concreto pues desde 1996 los jueces canadienses que se enfrentan a los casos de traslados de menores, en un país donde la movilidad geográfica es extraordinaria, en función de una aproximación a cual sea el mejor interés para el menor derivada de la evaluación individualizada de cada caso sin

²⁰ La legislación acerca de los traslados parentales fue fijada de forma definitiva por la referida sentencia de 2 de mayo de 1996 de la Suprema Corte de Canadá en el caso *Gordon v. Goertz* ya citado. En este caso, la madre solicitó el traslado del menor, porque pretendía irse a vivir a Australia y el tribunal por una mayoría de 7 a 2 rechazó la demanda y estableció el principio fundamental de que el mejor interés del menor debería determinarse considerando todos los factores relevantes y sin tener en cuenta ningún tipo de presunciones. Desde tal pronunciamiento, en Canadá los jueces deben evaluar el mejor interés del menor derivado del análisis de cada caso concreto sin presunciones previas en favor de ninguna parte o carga de la prueba contra ninguno.

presunciones legales ni imposiciones de cargas de la prueba. No existe una definición del traslado de menores en la legislación, esto es, que defina distancias, localizaciones, etc., como sí sucede ad hoc en la legislación de algunos estados dentro de estados Unidos, y, en todo caso, de la jurisprudencia canadiense se derivan cuatro factores a evaluar como los mas recurrentes o importantes: 1.- La comparativa importancia que tenga la relación del menor con uno u otro progenitor, 2.- Qué relaciones tenga el menor con la nueva pareja del progenitor que planea el traslado, 3.- Las razones para el traslado en lo relativo a su necesidad y su beneficio, y 4.- El comportamiento del progenitor que quiere trasladarse.

En Nueva Zelanda, no existen fijadas presunciones a favor o en contra del traslado de menores ni tampoco existe una específica ley sobre traslados, siendo el punto de partida la Care of Children Act 2004 que rige los conflictos privados entre progenitores que involucran a menores y que entró en vigor en julio de 2005. Al parecer, la jurisprudencia suele pronunciarse en la mayor parte de los casos en contra de los traslados y siempre es de primordial importancia el bienestar de los menores. La postura mas tradicional vendría marcada por dos fallos de la Court of Appeal. Uno de ellos lo sería el famoso *Stadniczenko v. Stadniczenko* (1995) NZFLR 493 (CA), donde el tribunal sostuvo que el único principio que gobierna esta materia es el mejor interés del menor que no puede ser obtenido de un código de reglas sustantivas o de procedimiento que impliquen presunciones y cargas de la prueba, y el otro lo sería el caso *D v. S* [2002] NZFLR 116, CA. En ambos supuestos se sopesan un listado de factores que van a determinar cual es el mejor interés del menor en cada caso sin admisión de presunciones a favor o en contra y con asunción de que diferentes jueces podrían obtener conclusiones diversas acerca del mismo planteamiento fáctico. En la jurisprudencia mas reciente podemos encontrar el caso *Capenter v Armstrong* HC TAU CIV-2009-470-511, fallado en julio de 2009 por la High Court, en el que se fijan criterios para una mejor predicción y evaluación de futuro.

En Pakistán los casos de traslado o de custodia de menores son resueltos de acuerdo con la Guardians and Wards Act, 1890 en la que tiene una importancia primordial el bienestar de los menores²¹. Aunque bajo la ley islámica, la madre tiene un derecho preferencial a tener la custodia (que incluye las decisiones sobre el posible traslado) de una hija menor hasta la edad de 12 años y para los niños hasta la edad de 7 años, con derechos de visita del padre no custodio, ésta todavía no es una regla inflexible y en muchas ocasiones los tribunales han puesto el bienestar de los menores por encima como un principio general. En algunos casos los tribunales han decidido en favor del progenitor que fue custodio y que invariablemente es la madre, aunque el niño hubiera cruzado el umbral de los 12 años.

En los Estados Unidos de América, la cuestión del derecho de familia es una cuestión, con carácter de generalidad, estatal y no federal. La Constitución Federal deja estas materias, incluida la custodia de menores y el traslado de menores, a la regulación de cada uno de los 50 Estados soberanos, pero debe señalarse la

²¹ Pueden citarse: *Mst. Razia Bibi v. Riaz Ahmad* (2004 SCMR 821) and *Muhammad Tair v. Mst. Raeesa Fatimah* (2003 SCMR 1344).

salvedad de que en materia de sustracción internacional de menores los tribunales federales y estatales tienen una jurisdicción concurrente. No existe pues, a nivel federal una única ley en materia de traslado de menores y si bien la Comisión de Legislación Uniforme ha intentado elaborar un borrador de ley acerca del fenómeno de la *relocation*, recientemente se ha abandonado tal esfuerzo al haber sido imposible conseguir un acuerdo por los Estados ante la diversidad de sus normativas. En el campo de la reubicación de menores las diferencias son muy amplias entre estados, no solo a nivel de criterios permisivos o restrictivos sino en el sentido de que algunos estados tienen específica legislación ad hoc mientras que otros estados no la tienen. A nivel de regulación estatal las diferencias son muy variadas. Así, 19 de 37 estados que tienen regulación sobre el traslado de menores requieren que el progenitor custodio proporcione algún tipo de aviso sobre el traslado previsto al progenitor no custodio, debiendo contener el aviso información que permita al progenitor no custodio oponerse al traslado propuesto ante los tribunales. Las presunciones en favor o en contra del traslado y la carga de la prueba varían en la regulación de cada uno de los Estados. Lo más común es que exista una presunción en favor del traslado por el progenitor custodio. En los Estados Unidos a la hora de identificar qué factores se han de tener en cuenta para conceder o no conceder la autorización a un traslado, se ha llegado a considerar la necesidad de tener en cuenta hasta 36 factores diferentes del tipo del bienestar del menor, punto de vista del menor, mantenimiento de visitas razonables, integración en el entorno escolar, relación con parientes, etc. etc. Puede decirse que la jurisprudencia y la legislación de los Estados reflejan todas las aproximaciones posibles al traslado de menores pero, en general, las posturas variadas entre Estados pueden reducirse a las de aquellos que generalmente no son favorables a los traslados, las de aquellos que sí lo son y las de aquellos otros en los que la aprobación del traslado depende de un análisis caso por caso en cada situación y circunstancia. Las consideraciones que se tienen en cuenta van desde el derecho del progenitor custodio que se traslada a moverse libremente, al derecho del progenitor que sólo tiene visitas a mantener un significativo contacto con el menor, pasando por el deber del Estado de proteger siempre los intereses superiores de los menores.

En Sudáfrica es paradigmático el caso *Jackson v. Jackson* 2002 (2) SA 303 (SCA) par 2 at 318E-I. Del mismo podemos extraer la consecuencia de que en realidad se busca siempre un difícil equilibrio caso por caso para resolver los traslados de menores y que se intenta equilibrar la posición del progenitor custodio con los mejores intereses del menor, todo ello en definitiva, atendiendo a mandatos constitucionales ad hoc, caso del art. 28 (2).

En el Reino Unido los principios que sirven para conceder o rechazar las demandas que pretenden los traslados de residencia de los menores fueron establecidos en la importante sentencia de la Court of Appeal en el caso *Poel v. Poel* en 1970. Tales principios se pueden resumir en la idea de que el bienestar de los menores es de singular importancia, en que rechazar la propuesta razonable del progenitor custodio para el traslado de la familia es probablemente algo que va a

generar un impacto perjudicial en el bienestar de los menores dependientes y en que, en la mayoría de los casos, la disminución en el contacto con el progenitor visitante es probable que también cause un impacto perjudicial. La labor de los jueces es, por lo tanto, encontrar un balance teniendo en cuenta estas y otras consideraciones relativas al bienestar de los menores. Los traslados en este país se rigen por la sección 13 de la Children Act 1989, que, en la parte relevante, señala que donde hay una orden de residencia en vigor respecto a un menor ninguna persona puede trasladarlo desde el Reino Unido sin el consentimiento escrito de la persona que tiene responsabilidad parental sobre el menor o sin autorización judicial. En un caso más reciente, *Payne v Payne* [2001] A FLR 1052, la Court of Appeal, sostuvo que los principios establecidos en el caso *Poel* y subsiguientes eran compatibles con el artículo 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos que consagra el derecho a la vida familiar y que fue introducido en el derecho interno por la Human Rights Act 1998. En realidad, en el Reino Unido, donde no hay fijadas presunciones legales a favor o en contra del traslado o reubicación de menores, parece haber existido una clara praxis en donde se admite que si el traslado decidido por el progenitor custodio es razonable y tiene causas lícitas y admisibles debe permitirse salvo que ello vaya en claro perjuicio o detrimento del menor. Así, son raros los casos en que la reubicación no se autoriza si la ha pedido el progenitor custodio, pues se tiende a considerar que el bienestar emocional y síquico del progenitor custodio es algo que está directamente relacionado con el bienestar emocional y psíquico del propio niño.

En México D.F., respecto a cambios de domicilio del menor, cuando no se obtiene el consentimiento de uno de los progenitores, es necesario promover lo que se denominan diligencias de jurisdicción voluntaria con apoyo en el art. 895 fracción II del Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal y con fundamento en los artículos 340, 360 y esencialmente el 421 del Código Civil que dice: «mientras estuviere el hijo en la patria potestad, no podrá dejar la casa de los que la ejercen, sin permiso de ellos o decreto de la autoridad judicial». Se trata de un procedimiento sencillo, donde el juez puede realizar las diligencias necesarias para cerciorarse del beneficio de otorgar la licencia para salir del país, por ejemplo, el lugar hacia donde se habrán de dirigir, el motivo y el tiempo aproximado, la comprobación del domicilio donde habitan en México, etc., para cerciorarse precisamente de los efectos del numeral 421 del Código Civil del D.F., a veces con testificales y con citación a una audiencia donde se resuelve tras ella mediante una sentencia interlocutoria. Si el padre, por ejemplo, está presente y se opone, el conflicto puede convertirse en contencioso y prolongarse por las excepciones que pudieran oponerse. Una jurisdicción voluntaria puede durar de 15 días a tres semanas y un proceso contencioso hasta 6 o 7 meses. Lo curioso es que en México D.F. no existe, al parecer, ningún artículo escrito respecto a la relocalización de los menores cuando uno de los padres lo hace al extranjero. Sí hay procedimientos previstos para casos de obtención de un pasaporte, por ejemplo, para que los menores salgan al extranjero de vacaciones, de intercambio académico por unos meses o semanas etc.. El artículo 941 bis del Código de Procedimientos

Civiles del Distrito Federal, en cuanto señala que cuando cambie de domicilio el ascendiente que conserva la guarda y custodia, este tiene la obligación de informar al juez y a quien no ejerce la custodia los datos del nuevo domicilio y número telefónico para efecto de mantener la comunicación del menor y del ascendiente que no ejerza la guarda y custodia, parece admitir la unilateralidad, cuando no aclara que el aviso de cambio de domicilio deba ser vía incidental, o al menos con audiencia de parte, para dar oportunidad al otro progenitor a no conformarse legalmente. Sin embargo, parece que por respeto a los principios de audiencia y legalidad, consagrados en los artículos 14 y 16 de la Constitución Federal, en los casos de divorcio, nulidad u otro donde se cuestione la custodia y convivencia, se requerirá del consentimiento de ambos progenitores para autorizar a un menor a salir del país, ya sea de vacaciones, por salud o para cambiar de residencia, pues ello forzosamente traerá consecuencias que modificarán no sólo las condiciones de desarrollo del menor sino las del padre que no detenta la custodia y tiene derecho a convivir de acuerdo a sus posibilidades, las cuales deben ser valoradas por los juzgadores atendiendo, entre otros, al principio de audiencia de parte interesada. Antes, el legislador hablaba de autorización, pero actualmente sólo señala que quien tiene la custodia avisará al juez y al otro progenitor el nuevo domicilio y el número de teléfono para contacto, a la luz del art 941 bis vigente.

En el Código Civil Argentino hay una norma que establece que en los casos de separación, divorcio y nulidad de matrimonio, se requiere el consentimiento de ambos progenitores para autorizar a un menor a salir de la República. (Art. 264 quater); en Brasil, tras una resolución del Consejo Nacional de Justicia dictada ad hoc, cualquier menor solo puede salir del territorio de Brasil con autorización de ambos padres o contando con autorización judicial y en el Perú, se requiere la autorización de ambos padres para viajar al extranjero, salvo que en la sentencia se haya señalado que no se requiere tal autorización de ambos padres, y sólo la de aquel que tiene la custodia. En todo caso, ante la negativa de uno de los padres, el otro puede recurrir al Juez para solicitar la pertinente autorización judicial. En muchos países de nuestro entorno, caso de Francia, Alemania, etc., la reubicación de los menores siempre va dirigida a ser consensuada por los progenitores involucrados y, en defecto de acuerdo, a la decisión de un juez en su caso, con atención primordial a los intereses superiores de los menores. Como se puede ver, son muy variadas las regulaciones y los posicionamientos, siempre con el referente del respeto al interés superior del menor, tan difícil de aprehender en casos como los que aquí se analizan de reubicación de menores.

VIII.- CONCLUSIONES, PROPUESTAS Y SUGERENCIAS.

Sirva para reflexionar todo el material aportado con estas breves líneas que se suman al resto de aportaciones de la mesa. La custodia compartida, cuya adopción de forma preferente proclama la novedosa Ley 2/2010, de 26 de mayo, ha de ser un acicate que sirva para profundizar en el correcto ejercicio de la autoridad familiar y en el mejor manejo social de los conceptos de custodia y visitas. En Aragón, la custodia individual ha dejado de estar ligada a prerrogativas legales

atinentes, por ejemplo, al uso del domicilio familiar, y se ha de aprovechar la ocasión actual para fomentar un uso más compartido de forma real de la autoridad familiar en el campo de la toma de decisiones de importancia para la vida de los menores. En realidad, la custodia se ejerce siempre de forma compartida si pensamos que el progenitor visitante ejerce la custodia durante el desarrollo del tiempo de visitas. Lo clave, pues, es lograr que los progenitores se involucren de forma real en la toma de decisiones que afectan a los menores y que no dejen de hacerlo de forma conjunta pese a que haya mediado una situación de ruptura. También se ha de asumir que el momento de las decisiones unilaterales ya ha pasado y que las discrepancias entre progenitores, que siempre existirán, serán los jueces los que las resuelvan. Queda por ver qué sucederá en Aragón en el desarrollo de la mediación como medida alternativa de resolución de litigios a la vista de las previsiones legales de la Ley 2/2010, que siempre habrá de tener en cuenta la Directiva 2008/52/CE de 21 de mayo de 2008, y queda por ver cómo se podrán seguir afrontando de forma adecuada las exploraciones de menores que siguen carentes de una específica regulación ad hoc, y cómo se podrán afrontar las prestaciones de alimentos involucradas en casos de custodias compartidas si seguimos careciendo de mínimas tablas orientativas como hasta ahora y que darían seguridad y certeza a las partes en la búsqueda de acuerdos y marcarían de entrada criterios equitativos. La audiencia de menores parece obvio que implica un derecho del menor a expresar sus opiniones más que una obligación, ejerciéndose tal derecho a través de la exploración y no de una testifical que involucre al menor de forma inapropiada en el conflicto parental, pese a lo que se suelen plantear declaraciones testificales en muchos casos. Un apoyo claro a favor de la audiencia del menor y en contra de uso de la prueba testifical para estas situaciones lo da el art. 9 de la Ley Orgánica 1/1996. Tampoco se resuelve ahora el tema del empadronamiento de menores en casos de custodia compartida, tema muy importante si el menor cambia de residencia con cierta frecuencia cuando el empadronamiento fija la escolaridad, la asistencia sanitaria, etc. Al respecto, una lectura de la Instrucción de la Fiscalía General del Estado de 7 de marzo de 2006, 1/2006, quizá pueda aportar criterios ilustrativos en función de periodos de convivencia, mutuos acuerdos y recurso a decisión judicial en casos de discrepancia. La motivación en las resoluciones judiciales, siempre tan difícil, impuesta por ejemplo por la reciente sentencia del Tribunal Supremo de 8 de octubre de 2009, nº 623/2009, recurso 1471/2006, podría derivarse o añadirse al aspecto didáctico. Quiero decir que la información a las partes es esencial y que las resoluciones judiciales deben añadir a su componente resolutorio el propio de proveer información a los particulares con la mayor claridad posible informándoles de cuantos derechos y obligaciones les competen y de la mejor forma posible.

IX. REFERENCIA BIBLIOGRÁFICA.

- CUSTODIA COMPARTIDA Y PROTECCIÓN DE MENORES. Cuadernos de Derecho Judicial. II-2009. Consejo General del Poder judicial. Escuela Judicial.

- FORCADA MIRANDA, Francisco Javier, «Medidas provisionales sobre el derecho de custodia en supuestos de traslado ilícito del menor a otro Estado miembro: interpretación art. 20 Reglamento CE 2201. Comentario de la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera), de 23 de diciembre de 2009, C-403/09», España, 2010, Revista Familia y Sucesiones nº 90 Editorial SEPIN marzo-abril, pp. 26-30.
- FORCADA MIRANDA, Francisco Javier, «España y la Red Internacional de Jueces de La Haya»; Revista Justicia Civil Europea, Boletín de Noticias del Curso Virtual El Espacio Judicial Europeo, edición nº 4, pp. 8-9.
- FORCADA MIRANDA, Francisco Javier, «El derecho a decidir el lugar de residencia del menor: guarda y custodia, patria potestad y sustracción de menores», Revista Editorial Jurídica SEPIN, 2009, nº 86, julio-agosto, pp. 15-22.
- FORCADA MIRANDA, Francisco Javier, «Reglamento Comunitario 2201/2003 y sustracción internacional de menores. Puntos de conflicto en su aplicación y en la ejecución de resoluciones sobre traslado ilícito de menores», El derecho de Familia: Novedades en dos perspectivas, España, Madrid, Asociación Española de Abogados de Familia (A.E.A.F.A.), Editorial Dykinson S.L., 2010, pp. 183-216.
- FORCADA MIRANDA, Francisco Javier, «Using the best means of communications available in a multilingual context (draft principles nº 8 and 9)», The Judges' Newsletter on International Child Protection, edición especial dedicada a la Conferencia mundial de enero de 2009 Joint EU-HCCH Conference. 2009, Vol. XV / Autumn, pp. 47-50
- FORCADA MIRANDA, Francisco Javier, «Los impulsos del Tratado de Lisboa a la cooperación judicial civil y la experiencia de los jueces españoles». Noticias de la Unión Europea, Editorial Wolters Kluwer, monográfico dedicado al Tratado de Lisboa, 2009, Revista nº 291, abril de 2009.
- FORCADA MIRANDA, Francisco Javier, «El fenómeno de la sustracción internacional de niños, niñas y adolescentes y la normativa internacional vigente en esta materia», Buenos Aires, Palacio de San Martín, República Argentina, II Reunión de Expertos Gubernamentales, «Programa Interamericano de Cooperación para Prevenir y Reparar Casos de Sustracción Internacional de Niños, Niñas y Adolescentes por uno de sus Padres», 20 de septiembre de 2007, Web del Instituto Interamericano del Niño, la Niña y Adolescentes.
- FORCADA MIRANDA, Francisco Javier, «El fenómeno de la multiculturalidad y las crisis familiares» Revista de la Fiscalía de Arequipa, 2007, Perú.
- FORCADA MIRANDA, Francisco Javier, «Sustracción internacional de menores en España. Necesidad y exigencia de mejoras», Revista Persona y Familia SEPÍNNET Editorial SEPÍN, España, año 2008, nº 73, enero, pp. 19-31.

- FORCADA MIRANDA, Francisco Javier, «Estudio de derecho comparado sobre los Derechos del Niño. La Audiencia del menor en España y Argentina». Revista de la Conferencia de La Haya The Judges` Newsletter, Tomo VIII / Primavera-Verano 2007.
- FORCADA MIRANDA, Francisco Javier y TAGLE DE FERREIRA, Graciela, «La Audiencia del menor en Argentina y en España. Puntos de Reflexión», Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia: Derecho de Familia y sucesiones, Argentina, N.º. 34, Julio/Agosto 2006. LexisNexis Abeledo-Perrot. 2006, Julio/Agosto, pp. 146-162.
- FORCADA MIRANDA, Francisco Javier, «Normativa de la Unión Europea en materia de Derecho de familia: El Reglamento sobre competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental», España, Práctica de Tribunales: Revista de Derecho Procesal Civil y Mercantil», Año III, n.º. 28, Junio de 2006, pp. 32-47.
- FORCADA MIRANDA, Francisco Javier. The Voice of the Child and the Judge as an interviewer of Children International Family Law [2010] IFL 125-130 June pp 141-144
- FORCADA MIRANDA, Francisco Javier, «Capítulo XVII. Derecho Internacional Privado de Familia» Tratado de Derecho de Familia, Aspectos sustantivos y procesales. Adaptado a las Leyes 13/2005 y 15/2005, Madrid, España, SEPIN Editorial Jurídica, Noviembre, 2005.
- GARCÍA REVUELTA, Carmen. La autoridad central. Ámbito de actuación. El Convenio de la Haya de 1980: «aspectos civiles de la sustracción internacional de menores». Problemas prácticos en la aplicación del Convenio. Número monográfico sobre «Cooperación judicial en materia de familia y relaciones parentales en la Unión Europea». En: Estudios de Derecho Judicial. -- N.º 74 - 2005. -- 213 - 238.
- INTERNATIONAL FAMILY LAW [2010] IFL 1-124 March 2010. Special Issue: The International Family Justice Judicial Conference of Common Law and Commonwealth Jurisdictions 2009.
- THE HONOURABLE JACQUES CHAMBERLAND. The Canadian Law of Parental Relocation International Family Law [2010] IFL 1-124 MARCH 2010 Special Issue: The International Family Justice Judicial Conference for Common Law and Commonwealth Jurisdictions 2009.
- LA MEDIACIÓN: SISTEMA COMPLEMENTARIO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA. «Premio Rafael Martínez Emperador». Consejo General del Poder Judicial. Centro de Documentación Judicial. 2009.
- MARTINEZ DE AGUIRRE, Carlos, «La Ley de igualdad de las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres: una aproximación inicial»; Revista Actualidad del Derecho en Aragón. Año III n.º 8 octubre de 2010 páginas 18-19.

- MEDIACIÓN Y PROTECCIÓN DE MENORES EN DERECHO DE FAMILIA. Cuadernos de Derecho Judicial. Consejo General del Poder Judicial. Escuela Judicial. V-2005.
- NICOLA TAYLOR, MEGAN GOLLOP AND MARK HENAGHAN. Relocation following Parental Separation in New Zealand: Complexity and Diversity International Family Law [2010] IFL 1–124 MARCH 2010 Special Issue: The International Family Justice Judicial Conference for Common Law and Commonwealth Jurisdictions 2009.
- PETER BOSHER AND JENNIFER WADEMAN. The Strengths and Weaknesses of the Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction: A New Zealand Perspective. International Family Law [2010] IFL 1–124 MARCH 2010 Special Issue: The International Family Justice Judicial Conference for Common Law and Commonwealth Jurisdictions 2009.
- TAGLE DE FERREYRA, Graciela. (coord.), El interés superior del niño. Visión jurisprudencial y aportes doctrinarios, Nuevo Enfoque Jurídico, Argentina, 2009.
- WILLIAM DUNCAN. Future Developments in International Family Law with special emphasis on Cross-border Child Protection: A view from The Hague International Family Law [2010] IFL 1–124 MARCH 2010 Special Issue: The International Family Justice Judicial Conference for Common Law and Commonwealth Jurisdictions 2009.

Zaragoza, Noviembre de 2010

«LA VIVIENDA FAMILIAR EN LA LEY 2/2010, DE 26 DE MAYO DE IGUALDAD EN LAS RELACIONES FAMILIARES ANTE LA RUPTURA DE LA CONVIVENCIA DE LOS PADRES».

MARIA JOSE BALDA MEDARDE

Abogada

SUMARIO: I.-ANTECEDENTES:-Referencia a la regulación en el Código Civil.- La Custodia Compartida y el empadronamiento de los menores. II.-RÉGIMEN DE LA VIVIENDA FAMILIAR EN LA LEY DE IGUALDAD EN LAS RELACIONES FAMILIARES ANTE LA RUPTURA DE LA CONVIVENCIA DE LOS PADRES. (Ley 2/2010 de 28 de mayo de las Cortes de Aragón) III.- LA VIVIENDA FAMILIAR. IV.-LA DECISIÓN SOBRE EL DESTINO DE LA VIVIENDA EN EL PACTO DE RELACIONES FAMILIARES. V.- ANÁLISIS DE LAS MEDIDAS JUDICIALES EN DEFECTO DE PACTO ENTRE LOS PROGENITORES: 1.-Supuestos de Custodia compartida: A)Atribución preferente de uso al progenitor que por razones objetivas tenga más dificultad en el acceso a vivienda B)En su defecto, decisión judicial sobre su destino en función del mejor interés para las relaciones familiares). 2.-Supuestos de Custodia individual: A)Atribución del uso del domicilio al que ostenta la custodia. B)Atribución al otro progenitor cuando así lo aconseje el mejor interés para las relaciones familiares. 3.-Limitación Temporal del uso de la vivienda Familiar. 4.-Venta de la vivienda como medida judicial. VI.-OMISIONES

I.-ANTECEDENTES.

Referencia a la regulación del código civil

La reforma operada por la ley 15/2005 de 8 de julio por la que se modifica el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de Separación y Divorcio

introduce en el Código Civil¹ la figura de la custodia compartida que hasta entonces, sin estar prohibida, no había sido recogida de forma expresa en la normativa estatal. Así se regula por primera vez la posibilidad de que este tipo de custodia sea el adoptado por los progenitores de mutuo acuerdo y, asimismo, la posibilidad de que esta medida sea adoptada por el juez en supuestos contenciosos.

La reforma del año 2005, sin embargo, no contempló ni reguló en forma alguna los criterios que debían guiar las decisiones sobre la atribución del uso del domicilio en los casos en que se adoptara el régimen de custodia compartida.

En los procesos en los que la guarda y custodia compartida es la medida adoptada por los progenitores de mutuo acuerdo, dicha omisión no resulta trascendente puesto que la ausencia de criterios legales es suplida por el consenso de los progenitores respecto al destino del domicilio familiar.

Sin embargo, en los procesos contenciosos en que se ha acordado la custodia compartida, la ausencia de criterios legales que sirvan de guía a las decisiones que afectan al domicilio familiar, ha provocado importantes problemas² desde su entrada en vigor; problemas que debieron ser previstos por el legislador, teniendo en cuenta que éste ha sido desde siempre uno de los aspectos más controvertidos entre los progenitores a la hora de regular sus relaciones tras el cese de la convivencia.³

Así, en la normativa estatal, el artículo 96 sigue siendo la única norma que regula la atribución del uso de la vivienda familiar en las situaciones de ruptura, por lo que continúa vinculándose su atribución al progenitor al que se atribuya la custodia de los hijos; no existiendo por tanto norma de referencia para los supuestos de custodia compartida.

El citado precepto únicamente concede amplias facultades al juez en los supuestos en que algunos de los hijos quedan en compañía de uno de los progenitores⁴ y los restantes en la del otro, indicando que en dicho caso «*el juez acordará lo procedente*». Ha sido este apartado del artículo 96 el que se ha venido aplicando por analogía a los supuestos de custodia compartida, lo que ha llevado, como no podía ser de otra manera, a resoluciones judiciales que resuelven esta cuestión aplicando criterios dispares y diversos, provocando inseguridad jurídica.

En cuanto a la atribución temporal del uso de la vivienda familiar, el Código Civil solo prevé esta posibilidad para el supuesto en que se atribuye su uso al cónyuge no titular de la vivienda por ser el interés de éste el más necesitado de protección.

Desde antes y después de la reforma de 2005 se ha venido solicitando en distintos foros jurídicos la reforma del artículo 96 del Código Civil, cuestionando el carácter imperativo con que el mismo regula la atribución del uso del domicilio,

1 Modificando el artículo 92

2 La Ley 15/2005 omite también cualquier referencia a la forma en que se harán efectivas las obligaciones alimenticias de los progenitores en el caso de la custodia compartida.

3 Conclusiones Encuentro de Jueces, Fiscales, Secretarios y Abogados de Familia Madrid 2005, sobre guarda y custodia compartida y uso del domicilio familiar.

4 Nuevamente Conclusiones Encuentro de Jueces, Fiscales, Secretarios y Abogados de Familia Madrid 2005, sobre guarda y custodia compartida y uso del domicilio familiar

demandando, asimismo, que se establezca con carácter general la fijación de un límite temporal a dicha atribución⁵.

Criterios del empadronamiento de los menores cuando su custodia sea compartida por ambos progenitores

Respecto a cual habrá de entenderse que es el domicilio de los menores cuya custodia corresponda a ambos progenitores tras la ruptura de la convivencia, es de interés tener en cuenta la Instrucción 1/2006 de la Fiscalía General del Estado «sobre la guarda y custodia compartida y el empadronamiento de los hijos menores» dictada tras la reforma del Código Civil del año 2005⁶,

Así pues partiendo de la premisa de que solo se puede estar empadronado en un único domicilio y que, a este efecto, el mismo habrá de producirse en aquel lugar donde se resida más tiempo al año, la citada Instrucción sienta las siguientes conclusiones:

1º.- Los hijos menores han de ser empadronados en un solo domicilio, también en los supuestos de guarda y custodia compartida.

2º.-El domicilio preferente será el de aquel de los progenitores con el que en cómputo anual el menor pase la mayor parte del tiempo.

3º.- En el supuesto de que los períodos de convivencia estén equilibrados deberán ser, en principio, los propios progenitores quienes de mutuo acuerdo, decidan en cual de los dos domicilios en que el menor resida ha de ser empadronado.

4º.-Los convenios reguladores y las resoluciones judiciales en que se opte por la guarda y custodia compartida deberán determinar cual ha de entenderse como domicilio del menor a efectos de empadronamiento.

Respecto a este tema ha de indicarse que la Ley 2/2010 de Igualdad de las relaciones familiares de Aragón, tampoco regula esta materia, por lo que la indicada instrucción de la Fiscalía sigue siendo en este tema la única referencia para su determinación.

II.- LA VIVIENDA FAMILIAR EN LA LEY DE IGUALDAD EN LAS RELACIONES FAMILIARES ANTE LA RUPTURA DE LA CONVIVENCIA DE LOS PADRES.

La ley de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres, aprobada por las Cortes aragonesas el 20 de mayo de 2010, regula la atribución del uso de la vivienda familiar específicamente en sus artículos 3 y 7, refiriéndose el primero de ellos al supuesto en que la decisión sobre su destino se lleva a cabo de forma consensuada entre los progenitores, y el segundo, a las medidas que el juez puede adoptar al respecto en defecto de pacto entre ellos.

⁵ Conclusiones Encuentro de Jueces, Fiscales, Secretarios y Abogados de Familia Madrid 2008, sobre Problemática actual de la atribución del derecho de uso del domicilio familiar.

⁶ Se aborda esta cuestión partiendo de la trascendencia jurídica que tiene el domicilio, tanto a efectos civiles como procesales y, asimismo, de la obligación de empadronamiento en el municipio en el que se resida habitualmente, indicando que a pesar de que el mismo no genera una presunción de residencia habitual iuris et de iure, no deja de ser un principio de prueba cuya apreciación compete a los Tribunales. (Se cita al efecto Sentencia de la AP de Huesca nº 243/1998 de 22 de julio)

Asimismo, el artículo 9 de la Ley hace referencia a la atribución de la vivienda familiar cuando regula la asignación compensatoria entre los progenitores.

III.- EL TÉRMINO VIVIENDA FAMILIAR.

Para aproximarnos al tema objeto del presente estudio es necesario, como punto de partida, referirnos al término «vivienda familiar» utilizado por el legislador aragonés en la presente ley, ya que llama la atención que no haya utilizado el de «domicilio familiar», que aparece claramente definido en el ámbito de la normativa aragonesa, encontrándose expresamente recogido en la Ley de Régimen Económico Matrimonial y Viudedad ⁷, apartado 2 del artículo 2, que establece:

«2.-Se presume que el domicilio familiar es aquel donde los cónyuges conviven habitualmente o bien uno de ellos y la mayor parte de la familia».

La mención expresa a «los cónyuges» del indicado precepto, entiendo que puede ser el motivo por el que la Ley de igualdad de relaciones familiares ha preferido utilizar el término «vivienda familiar», dado que «el nuevo régimen previsto en la ley es aplicable a las relaciones familiares de los padres con los hijos con independencia del régimen legal de convivencia de los padres»⁸ y, por tanto, su ámbito de aplicación comprende los supuestos de ruptura conyugal, de parejas estables no casadas y de parejas de hecho con hijos a cargo.

Partiendo de esta premisa y dado que la Ley 2/2010 no hace mención expresa al concepto de «vivienda familiar», entiendo que habrá de considerarse que se ha refundido en esta expresión, el concepto de «domicilio familiar» de la Ley de Régimen Económico matrimonial y la referencia a la «vivienda habitual» contenida en la Ley de Parejas estables no casadas⁹, considerando por ello que por «vivienda familiar» habrá de entenderse, en definitiva, el domicilio en donde conviven habitualmente los progenitores o bien uno de ellos y la mayor parte de la familia, sea cual sea la relación por la que ambos estén vinculados.

IV.- PACTO DE RELACIONES FAMILIARES: ACUERDO SOBRE EL DESTINO DE LA VIVIENDA.

Para el supuesto de que sean los propios progenitores los que, de mutuo acuerdo, establezcan las medidas que van a regular las relaciones con sus hijos tras la ruptura de la convivencia, ninguna novedad trascendente introduce la Ley aragonesa respecto a la normativa estatal sustantiva ya que, básicamente, mantiene la regulación del Código Civil¹⁰, dando validez a cualquier pacto de los progenitores en relación con la vivienda familiar.

⁷ Ley 2/2003, de 12 de febrero, de Régimen Económico Matrimonial y Viudedad (BOE 13 de marzo)(BOA número 22, de 24 de febrero de 2003)

⁸ Exposición de Motivos de la Ley 2/2010de Igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de sus padres

⁹ Ley 6/1999, de 26 de Marzo, relativa a parejas estables no casadas (BOE 21 de abril)(BOA número 39, de 6 de abril de 1999).

¹⁰ Artículo 90 del Código Civil: El Convenio Regulador a que se refieren los artículos 81 y 86 de este Código deberá referirse al menos a los siguientes extremos:....C)La atribución del uso de la vivienda y del ajuar familiar.

El artículo 3 apartado 2c) de la Ley se limita a establecer que, el pacto de relaciones familiares debe incluir necesariamente el acuerdo concreto alcanzado por los progenitores en relación con el destino de la vivienda y el ajuar familiar.

El acuerdo que hayan alcanzado al respecto, al igual que el resto del contenido del Pacto de Relaciones Familiares, en armonía con el principio de libertad de pacto (enunciado expresamente en el artículo 2, apartado 5 de la Ley), deberá ser aprobado por el Juez salvo que sea contrario a normas de carácter imperativo o cuando no quede suficientemente preservado el interés de los hijos e hijas.¹¹

La única diferencia que cabe destacar entre ambas normativas - estatal y autonómica - es que, mientras el Código Civil, al regular el contenido mínimo del Convenio Regulador - artículo 90 -, indica la necesidad de que el mismo haga referencia a la «atribución de uso de la vivienda», la ley aragonesa, - artículo 3-2 -, al referirse al contenido del Pacto de Relaciones Familiares establece que se deberá concretar «el destino de la vivienda» .

Entiendo que la redacción de la Ley aragonesa es más correcta y adecuada, ya que la realidad es que, en muchas ocasiones, el contenido del pacto sobre el uso de la vivienda, previsto en el artículo 90 del Código Civil, lo que refleja es el acuerdo en no efectuar dicha atribución, consensuando decisiones de distinto alcance respecto a la vivienda familiar (tales como adjudicación en propiedad a uno de ellos como consecuencia de la liquidación de la sociedad conyugal, venta a terceros, arrendamiento o cualquier otra).¹²

V.- ANÁLISIS DE LAS MEDIDAS JUDICIALES EN DEFECTO DE PACTO ENTRE LOS PROGENITORES.

Al regular las medidas que el Juez puede adoptar en relación con la atribución del uso de la vivienda familiar en defecto de pacto, la Ley aragonesa introduce por el contrario importantes novedades:

.-se aparta del criterio de atribución del Código Civil¹³ que vincula, de forma imperativa, uso del domicilio y custodia.

.-introduce criterios diferenciados, en función del régimen de custodia compartida o individual, en cuanto a las medidas que el juez puede acordar respecto a la vivienda familiar.

¹¹ La Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia en su artículo 233-3.1 indica «Los pactos adoptados en convenio regulador deben ser aprobados por la autoridad judicial, salvo los puntos que no sean conformes con el interés de los hijos menores», redacción que a mi parecer es más acertada que la referencia genérica a los hijos e hijas de la Ley aragonesa que somete a control judicial también los pactos que afectan a los hijos mayores de edad.

Por otra parte, llama la atención que en el citado apartado del artículo 5 se haga referencia expresa a los hijos e hijas, mientras en la mayor parte de sus artículos se utiliza el genérico «hijos», pero lo que más llama la atención es que la Ley tanto en su denominación como en su articulado utiliza el término «padres» en lugar de «progenitores» para referirse a los padres y madres, término que entiendo hubiera sido más correcto y, sobre todo, coherente con la perspectiva igualitaria que se invoca para justificar la necesidad de esta Ley

¹² La Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia en su artículo 233-2-apartado 3.(Medidas definitivas propuestas por convenio regulador).indica « el convenio regulador también debe contener, si procede:..b) La atribución o distribución del uso de la vivienda familiar con su ajuar

¹³ Artículo 96 del Código Civil

-establece con carácter obligatorio que, en todo caso, cuando se acuerde la atribución del uso de la vivienda familiar a uno de los progenitores, deberá establecerse un límite temporal a dicha atribución, sea cual sea el tipo de custodia adoptado.

- reconoce al Juez la facultad de acordar la venta de la vivienda si la misma fuera necesaria para unas adecuadas relaciones familiares cuando fuera propiedad de ambos progenitores.

1.- Custodia Compartida:

Indica el **artículo 7-1 de la Ley**: «*En los casos de custodia compartida*

- *el uso de la vivienda familiar se atribuirá al progenitor que por razones objetivas tenga más dificultad en el acceso a una vivienda*

-*y en su defecto, se decidirá por el Juez el destino de la vivienda en función del mejor interés para las relaciones familiares*».

A) ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR A FAVOR DEL PROGENITOR QUE POR RAZONES OBJETIVAS TENGA MÁS DIFICULTAD EN EL ACCESO A UNA VIVIENDA.

El tenor literal de la norma parece indicar que el Juez, en los casos de custodia compartida, debe valorar en primer lugar las situaciones de los progenitores en relación a sus posibilidades de acceso a una vivienda y, si tras esta valoración, concluye que la posición de ambos no es equiparable, deberá atribuir el uso al que tenga más dificultades.

Desde mi punto de vista, la redacción de este apartado del artículo 7 no es afortunada, ya que su interpretación literal va en contra de los principios contenidos en el Preámbulo de la Ley aragonesa que expresa :

-«*La custodia compartida se fundamenta en la conjugación de dos derechos básicos: por una parte, el derecho de los hijos a mantener una relación equilibrada y continuada con ambos padres y, por otra, el derecho-deber de los padres en la crianza y educación de los hijos en ejercicio de la autoridad familiar*».

-«*La ley establece un marco flexible para que el juez pueda valorar todas las circunstancias que concurren y decida el régimen de convivencia de cada progenitor en interés de unas adecuadas relaciones familiares*».

-«*la custodia compartida, tal y como se configura en la Ley, no implica necesariamente una alternancia en la residencia de los hijos con sus progenitores en períodos iguales, pero sí en un tiempo adecuado para la finalidad de la custodia compartida*».¹⁴

El Contenido del Preámbulo de la Ley es coherente con la reciente Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 11 de marzo de 2010 en la que se indica «*no ha de confundirse la institución de la guarda y custodia compartida*

¹⁴ El valor del Preámbulo o Exposición de Motivos de una Ley ha de servir como pauta de interpretación de la norma (artículo 3 del Código Civil y Sentencia del Tribunal Constitucional 31/21010 de 28 de junio). Además dichos principios aparecen asimismo recogidos en el apartado 2 del artículo 1 y en el párrafo segundo del artículo 6, referidos a la Finalidad de la Ley y a la Guarda y Custodia de los hijos, respectivamente.

con lo que es el ejercicio práctico de la misma, es decir, con la forma en que se van a relacionar los progenitores con los hijos. Debe existir una «coparentalidad» de modo que ambos progenitores deben tener los mismos derechos y responsabilidades que tenían antes de la ruptura; dicha coparentalidad es un derecho de los hijos, independientemente de que sus padres convivan o no. Custodia conjunta no es sinónimo de reparto de la convivencia al 50% entre ambos progenitores»¹⁵

Como consecuencia de todo lo anterior hemos de partir de que la esencia del régimen de custodia compartida no necesariamente radica en la alternancia en la residencia de los hijos con los progenitores, sino en que las bases que se establezcan para su ejercicio les permitan una relación equilibrada y continuada con ambos.

La interpretación sistemática de la Ley lleva a la conclusión de que la intención del legislador ha sido conferir al Juez un amplio poder de decisión, de forma que, acordada la custodia compartida, su ejercicio pueda llevarse a cabo a través de distintos regímenes de convivencia, pudiendo asignarse en cada caso tiempos de estancia con los menores de diverso alcance en función de las circunstancias concurrentes, partiendo siempre de que el beneficio del menor ha de ser el principio rector en la aplicación de la Ley, tal y como establece su artículo 2¹⁶.

¿Cómo se armoniza todo lo expuesto con que, en la atribución del uso de la vivienda familiar en los casos de custodia compartida, el criterio que en primer lugar haya de atender el juez sea el de «*la mayor dificultad de acceso a una vivienda de uno de los progenitores*»?

Entiendo que solo cabe interpretar este criterio desde la óptica del interés del menor, de forma que el mismo solo vincula al juez cuando las mayores dificultades de acceso a una vivienda de uno de los progenitores sean trascendentes desde el punto de vista del beneficio de los hijos menores.

Cualquier otra interpretación supondría admitir que, en la atribución del uso de la vivienda familiar, puede prevalecer el interés de uno de los progenitores sobre el interés y beneficio de los menores; y esta línea interpretativa no cabe en ningún caso, según lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley, ni respecto a la atribución del uso de la vivienda familiar, ni respecto a ninguna otra decisión, resolución o medida que afecte a los hijos menores de edad¹⁷.

15 Ponente, Magistrada Encarnación Roca Trias

16 Artículo 2 de la Ley: «Toda decisión, resolución o medida que afecte a los hijos menores de edad se adoptarán en atención al beneficio e interés de los mismos».

Sentencia TS de 8 octubre 2009 «Del estudio del derecho comparado se llega a la conclusión que se están utilizando criterios tales como la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales; el resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada en una convivencia que forzosamente deberá ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven, criterios que son los que deben tenerse en cuenta para decidir en los casos en que los progenitores no estén de acuerdo en la medida a adoptar, siendo una decisión, ciertamente compleja, en la que se deben tener en cuenta los criterios abiertos ya señalados que determinan el interés del menor.

17 STC 176/2008.Sala Primera. Sentencia 176/2008, de 22 de diciembre de 2008. El interés superior del niño opera, precisamente, como contrapeso de los derechos de cada progenitor y obliga a la autoridad judicial a ponderar tanto la necesidad como la proporcionalidad de la medida reguladora de la guarda y custodia del menor. Cuando el ejercicio de

Así pues, la mayor dificultad de acceso a una vivienda de un progenitor como criterio de atribución del uso de la vivienda familiar, ha de aplicarse en la medida que dicha atribución sea trascendente para el bienestar de los menores, partiendo y teniendo en cuenta el régimen de convivencia establecido para el ejercicio de la custodia compartida.

Sin embargo aún partiendo de lo anterior este criterio de atribución y sigue presentando importantes PROBLEMAS DE INTERPRETACION Y APLICACIÓN puesto que el mismo no contiene pautas para determinar que ha de entenderse por « *más dificultades objetivas de acceso a una vivienda*»:

-¿Bastará con que uno de los progenitores tenga mayores dificultades para acceder a una vivienda en propiedad, aunque tenga posibilidades de arrendamiento?.

-¿O con que un progenitor pueda ser acogido en la vivienda de algún familiar y el otro no tenga familiares en la localidad de residencia?

-¿Se quiere potenciar la adjudicación al progenitor no propietario de la vivienda familiar?

-¿Cómo se aplicará esta norma al supuesto de que la vivienda sea propiedad de terceros que hayan cedido su uso por razón de su relación con el progenitor con menores dificultades de acceso a una vivienda ?¹⁸

-¿Podrá interpretarse que tiene mayores dificultades de acceso a una vivienda aquel progenitor que dispone de menos ingresos?. Tampoco parece que éste haya de ser el criterio interpretativo, aunque a primera vista pueda parecer el más obvio, ya que el menor nivel de ingresos de uno de los progenitores puede posibilitar a éste el acceso a una vivienda de protección pública, acceso que podría estar vedado al otro, precisamente por sus ingresos superiores.

Además, del análisis de la Ley, no puede concluirse que la atribución del uso del domicilio familiar se configure como elemento equilibrador en los supuestos en que los niveles de ingresos de los progenitores sean de distinto alcance: así, en su artículo 8, se alude al criterio de contribución proporcional de los progenitores a los gastos de asistencia de los hijos en función de los recursos económicos disponibles y, en su artículo 9, apartado 2, al regular la asignación compensatoria por desequilibrio económico establece que la atribución del uso de la vivienda familiar será uno de los elementos a ponderar por el juez para determinar *su cuantía y naturaleza temporal o indefinida*, por lo que ha de concluirse que el menor nivel de ingresos de uno

alguno de los derechos inherentes a los progenitores afecta al desenvolvimiento de sus relaciones filiales, y puede repercutir de un modo negativo en el desarrollo de la personalidad del hijo menor, el interés de los progenitores deberá ceder frente al interés de éste. En estos casos nos encontramos ante un juicio de ponderación que debe constar expresamente en la resolución judicial, identificando los bienes y derechos en juego que pugnan de cada lado, a fin de poder calibrar la necesidad y proporcionalidad de la medida adoptada.

18 SSTs de 26 diciembre 2005, 30 octubre y 13 y 14 noviembre 2008, 30 junio 2009 y 18 de enero de 2010: Cuando el tercero propietario haya cedido el uso de forma totalmente gratuita y de favor al usuario de la vivienda, producida la crisis matrimonial y atribuido dicho uso al otro cónyuge, el propietario ostenta la acción de desahucio porque existe un precario. La posesión deja de ser tolerada y se pone en evidencia su característica de simple tenencia de la cosa sin título, por lo que puede ejercerse la acción de desahucio.

de los progenitores, aunque pueda implicar la fijación de una asignación compensatoria, no presupone la atribución a su favor del uso de la vivienda familiar.

B) «EN DEFECTO DEL ANTERIOR SE DECIDIRÁ POR EL JUEZ EL DESTINO DE LA VIVIENDA EN FUNCIÓN DEL MEJOR INTERÉS PARA LAS RELACIONES FAMILIARES»,

Desde mi punto de vista hubiera sido más adecuado la aplicación de este criterio a todos los casos de custodia compartida y, por consiguiente, la eliminación del criterio de atribución del uso en función de la mayor dificultad de acceso a una vivienda por parte de uno de los progenitores¹⁹.

Este criterio se aplica, según lo dispuesto en la Ley, en defecto del anterior, es decir que el Juez en primer lugar deberá analizar si alguno de los progenitores tiene más dificultades que el otro para acceder a una vivienda y, solo cuando considere que ambos tienen las mismas posibilidades o dificultades podrá decidir el destino de la vivienda en función del mejor interés para las relaciones familiares.

Como puede observarse, para resolver este segundo supuesto, la Ley al contrario que en el caso anterior, dota al juez de amplias facultades para adoptar la medida procedente en relación con la vivienda familiar. Así la facultad de decisión del juez no se contrae a la atribución de uso de la vivienda a uno de los progenitores, como en el supuesto anterior, sino que, según queda regulado, el juez puede adoptar cualquier decisión relativa al destino de la misma, pudiendo llegar incluso a la ordenación de su venta, tal y como se expresa en el apartado 4 del mismo artículo 7. La amplitud de las facultades de decisión del juez podrían amparar sin duda la atribución del uso alternativo del domicilio a uno y otro progenitor, pero lo cierto es que dicho sistema de atribución el legislador aragonés ha preferido no respaldarlo explícitamente, consciente seguramente de la gran cantidad de problemas e inconvenientes que esta fórmula plantea en su desenvolvimiento práctico²⁰.

¹⁹ Aunque entiendo que hubiera sido más coherente que se hubiera optado por establecer como criterio de decisión respecto a la vivienda familiar el de la garantía del derecho de habitación del menor.

²⁰ Uso alternativo del domicilio: supone la posibilidad de que el destino de la vivienda sea el de asegurar la permanencia de los hijos en la vivienda familiar, siendo los progenitores quienes rotan en el uso del mismo en función de los turnos de convivencia asignados con sus hijos. Ello implica necesariamente que la unidad familiar cuente con 3 viviendas –como mínimo dos de uso alterno- el incremento de las controversias sobre las condiciones de uso, reparaciones, consumos, la aparición de nuevas familias de las que pueden aparecer nuevos hijos....La realidad es que cuando se ha aplicado este criterio por las Audiencias Provinciales ha sido especialmente como solución a supuestos de matrimonio sin hijos a cargo hasta la liquidación de la sociedad de gananciales y como fórmula para posibilitar que la misma se lleve a cabo (Entre otras AP Madrid, 4, 06/07/09- 22, 31/10/2006; AP Cordoba, 2, 27/11/2008; AP Malaga, 6, 18/05/2006; AP Las Palmas, 5, 04/02/2003). La mayoría de los Tribunales y Audiencias rechazan este criterio de atribución cuando existen hijos a cargo por considerarlo semillero de conflictos, fuente de más problemas que soluciones o causa de enfrentamiento entre las partes en orden a quién paga las facturas, quién consume más o quién aborda las reparaciones (entre otras TSJ Cataluña de 3 de marzo de 2010 y 5 de septiembre de 2008; AP Barcelona de 28/01/2010; AP Valencia, 10, 22/12/2009; AP A Coruña, 4, 11/09/2007; AP Badajoz, 3, 21/06/2006 o AP Sevilla, 2, 03/02/2005). Por su excepcionalidad destacar el Auto de Medidas Provisionales del Juzgado de Primera Instancia nº8 de Gijón de fecha 22 de junio de 2010, que atribuye el uso del domicilio a los hijos – cuya edad no consta en la resolución- estableciendo que los progenitores tengan atribuido su uso alternativo cada seis días, coincidiendo con los períodos en que tiene atribuida la custodia de sus hijos, hasta tanto se venda el inmueble o se liquide la sociedad conyugal. Asimismo la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº7 de Sevilla que acuerda la custodia compartida por períodos de cuatro días y el uso alternativo del domicilio por cursos escolares

En definitiva, la norma otorga al juez la posibilidad de adoptar la medida que considere más adecuada a las concretas circunstancias familiares, pero dándole como única referencia «*el mejor interés para las relaciones familiares*», criterio que, además de ser un concepto jurídico indeterminado, carece de arraigo en nuestro ordenamiento, pendiente por tanto de interpretación doctrinal y jurisprudencial.

Por ello entiendo que hubiera sido preferible remitirse a criterios ya acuñados tales como «*el núcleo familiar más necesitado de protección*» o «*el interés del menor*»²¹ que ya cuentan con dicha interpretación.

En aras del principio de seguridad jurídica, entiendo que será necesario que el juez, cuando aplique este principio, se pronuncie específicamente sobre los aspectos concretos de la situación familiar que le hayan llevado a considerar que su decisión respecto al destino de la vivienda es la más adecuada en función del mejor interés para las relaciones familiares.

2.- Medidas judiciales respecto a la vivienda en los supuestos de custodia individual:

El apartado 2 del artículo 7 establece:

«Cuando corresponda a uno de los progenitores de forma individual la custodia de los hijos se le atribuirá el uso de la vivienda familiar,

salvo que el mejor interés para las relaciones familiares aconseje su atribución al otro progenitor».

De este precepto considero necesario destacar, en primer lugar, que en el supuesto de custodia individual la facultad de decisión del juez respecto a la medida procedente sobre la vivienda queda limitada a la atribución de uso de la vivienda familiar a uno u otro progenitor; estableciendo como criterio general que la atribución de uso del domicilio corresponderá al progenitor custodio, en coherencia con la protección del beneficio e interés del menor.

Se mantiene, por tanto, en principio el criterio tradicional de atribución de uso del domicilio al progenitor custodio. Sin embargo considero que la excepción que contiene puede ser fuente de problemas a la hora de su interpretación, tanto por los motivos ya apuntados en el apartado anterior, como porque no se concretan los supuestos a los que sería de aplicación.

Por mi parte solo veo justificación a esta medida en supuestos en los que ninguno de los progenitores es propietario de la vivienda sino que ésta pertenece a familiares o terceros vinculados con el no custodio, en cuyo caso, según la re-

hasta que se venda o adjudique el inmueble.

²¹ Entre otras la ya citada Sentencia TS de 8 octubre 2009: «Del estudio del derecho comparado se llega a la conclusión que se están utilizando criterios tales como la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales; el resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada en una convivencia que forzosamente deberá ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven, criterios que son los que deben tenerse en cuenta para decidir en los casos en que los progenitores no estén de acuerdo en la medida a adoptar, siendo una decisión, ciertamente compleja, en la que se deben tener en cuenta los criterios abiertos ya señalados que determinan el interés del menor.

ciente jurisprudencia del TS²², la adjudicación podría suponer el desahucio por precario del custodio al que se hubiera atribuido su uso, por lo que puede ser más adecuada la compensación por vía de aplicación de los artículos 8 y/o 9 de la Ley al progenitor custodio. Si esta era la pretensión de la norma entiendo que hubiera sido más procedente indicarla expresamente incluyéndola como supuesto de aplicación excepcional de la atribución al no custodio, dejando en todo caso indicada la necesidad de que se garantice el derecho de habitación del menor.

La reciente Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia, concreta este supuesto excepcional indicando²³ que podría excluirse la atribución del uso de la vivienda familiar al progenitor custodio si el mismo tiene medios suficientes para cubrir sus necesidades y las de los hijos, o bien si el no custodio puede asumir y garantizar suficientemente el pago de los alimentos a los hijos y la prestación que pueda corresponder al cónyuge en una cuantía que permita cubrir las necesidades de vivienda de éste.

Entiendo que éste es el marco en que deberá ser interpretado el supuesto excepcional previsto en el apartado 2 del artículo 7 de la Ley aragonesa, de forma que solo pueda aplicarse el mismo cuando las necesidades habitacionales del menor estén garantizadas.

3.-Limitacion temporal de la atribucion del uso de la vivienda familiar

El apartado 3 del artículo 7 establece:

«La atribución del uso de la vivienda familiar a uno de los progenitores debe tener una limitación temporal que, a falta de acuerdo, fijará el juez teniendo en cuenta las circunstancias concretas de cada las familia».

Esta regulación, en su interpretación literal, supone que toda atribución de uso de la vivienda – sea cuál sea el régimen de custodia establecido- estará sometida a una limitación temporal cuya duración podrán determinar, los progenitores mediante pacto, o en su defecto el juez.

Esta limitación temporal de la atribución de uso de la vivienda, que con la regulación del artículo 96-3 del Código Civil, solo era aplicable al supuesto de adjudicación de uso en ausencia de hijos, (aunque los Tribunales lo habían ido extendiendo a otros supuestos)²⁴venía siendo demandada desde hace tiempo por la doctrina y en muchos foros jurídicos²⁵.

22 Como se ha indicado anteriormente la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha sentado la doctrina de que el tercer propietario haya cedido el uso de forma totalmente gratuita y de favor al usuario de la vivienda, producida la crisis matrimonial y atribuido el uso de la misma al otro cónyuge, el propietario ostenta la acción de desahucio porque existe un precario. La posesión deja de ser tolerada y se pone en evidencia su característica de simple tenencia de la cosa sin título, por lo que puede ejercerse la acción de desahucio (SSTS de 26 diciembre 2005, 30 octubre y 13 y 14 noviembre 2008, 30 junio 2009 y 18 de enero de 2010.)

23 Preámbulo de la Ley y Artículo 233-20.4. Excepcionalmente, aunque existan hijos menores, la autoridad judicial puede atribuir el uso de la vivienda familiar al cónyuge que no tiene su guarda si es el más necesitado y el cónyuge a quien corresponde la guarda tiene medios suficientes para cubrir su necesidad de vivienda y la de los hijos.

24 Sentencia del TS de 23 de noviembre de 1998.y AP de Las Palmas de Gran Canaria de 4 de junio de 2008 que establece limitación temporal del uso aun existiendo hijos menores.

25 Conclusiones «IV Encuentros Magistrados y Jueces de Familia, Asociaciones Abogados de Familia » y «VI Jornadas Nacionales de Magistrados, Jueces de Familia, Fiscales y Secretarios Judiciales » Valencia 26, 27 Y 28 de Octubre de 2009; asimismo en los Encuentros Jueces, Fiscales, Secretarios y Abogados de Familia Madrid 2008. («Problemática

Sin embargo, llama la atención que en la Ley de Igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres, a pesar de establecer la limitación temporal a la atribución de uso de la vivienda familiar de forma imperativa y con carácter absoluto (en todo caso), contenga como única referencia para su determinación que, a falta de acuerdo, el plazo será fijado por el juez «*teniendo en cuenta las circunstancias concretas de cada familia*».

Se echa de menos especialmente que, al regular el límite temporal de la atribución de uso de la vivienda familiar, no se haya previsto la posibilidad de prórroga del plazo inicialmente previsto, tal y como se contempla en la Ley 25/2010 de Cataluña.

Esta omisión, unida a la dificultad de prever el momento concreto en que dejará de estar justificada o cesará la causa que motivó la atribución de uso a uno de los progenitores, en la práctica puede conllevar que se siga recurriendo en muchos casos a límites temporales inciertos, como el momento de la independencia de los hijos²⁶ o el del momento de la liquidación de la sociedad conyugal, con el fin de evitar situaciones de desprotección no deseadas que podrían derivarse de la fijación de un plazo concreto de atribución²⁷.

Dichos criterios indefinidos, a pesar de su amplitud, seguirían sin solventar situaciones como la de la atribución de uso al progenitor que tenga más dificultades de acceso a una vivienda, en los casos de custodia compartida, ¿podría entenderse cumplida la limitación temporal de la atribución del uso con la indicación «mientras dure la situación de necesidad que la motivó»?.

Por otra parte, considero que hubiera sido conveniente incluir en la norma expresamente que el cese en el uso de la vivienda familiar por parte del progenitor que lo tenía atribuido, supondrá la revisión del importe de la contribución del otro progenitor a los gastos de asistencia de los hijos, en función de la desaparición de la contribución en especie a las necesidades habitacionales de sus éstos.²⁸

No obstante llama la atención que esta regulación de la necesidad de fijar un límite temporal al uso del domicilio no haya ido acompañada por una relación de causas de extinción del uso, aunque no se hubiera cumplido el plazo, regulación que si se ha contemplado en la Ley 25/2010 de Cataluña²⁹

actual de la atribución del derecho de uso del domicilio familiar») y en las Conclusiones de los mismos Encuentros del año 2005.

26 Hasta los 26 años según la Ley de Derechos de la Persona de Aragón, (artículo 66-2)

27 La Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia en su artículo 233-20-apartado 5 indica «La atribución del uso de la vivienda a uno de los cónyuges, en los casos de los apartados 3 y 4, debe hacerse con carácter temporal y es susceptible de prórroga, también temporal, si se mantienen las circunstancias que la motivaron. La prórroga debe solicitarse, como máximo, seis meses antes del vencimiento del plazo fijado y debe tramitarse por el procedimiento establecido para la modificación de medidas definitivas». La Ley catalana prevé por tanto la posibilidad de que se acuerde la prórroga del límite temporal previsto inicialmente, posibilidad que alivia muchos de estos problemas. Lo cierto es que la ley aragonesa ni la regula ni la prohíbe, pero la interpretación literal del precepto que la regula parece excluirla.

28 La Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia en su artículo 233-20. Atribución o distribución del uso de la vivienda familiar: 1. Los cónyuges pueden acordar la atribución del uso de la vivienda familiar con su ajuar a uno de ellos, a fin de satisfacer, en la parte que proceda, los alimentos de los hijos comunes que convivan con el beneficiario del uso o la prestación compensatoria de este.

29 La Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia en su artículo 233-24. Extinción del derecho de uso.

4.- Venta de la Vivienda como medida judicial

El apartado 4 del artículo 7 establece:

»Cuando el uso de la vivienda sea a título de propiedad de los padres, el Juez acordará su venta, si es necesaria para unas adecuadas relaciones familiares».

del Tratado de Este previsión de la Ley tiene en realidad importantes problemas para llevarse a cabo en la práctica, pues ha de partirse de la base de que la norma ni siquiera hace depender esta decisión judicial de que la misma haya sido solicitada por ninguna de las partes. Evidentemente si ninguno de los dos estuviera de acuerdo en la venta, sería imposible su ejecución, pero la realidad es que por mucho que uno de ellos los solicite y el Juez lo acuerde este precepto sigue sin aclarar muchas cuestiones como las siguientes:

¿Cómo se determina el precio adecuado para dicha venta?; ¿se puede obligar a vender por debajo del precio de mercado en ausencia de compradores?; ¿se puede acordar la venta judicial en subasta?; ¿dicha venta se incardina en el proceso de liquidación de la sociedad conyugal o se le aplica un régimen aislado y específico al margen del resto del resto de los bienes y deudas comunes de los progenitores?.

La eficacia de esta medida como solución al problema de los progenitores respecto a la vivienda familiar ha de ser en todo caso cuestionada, máxime en la actual situación económica y la saturación del mercado inmobiliario.

Lo único que parece claro respecto a este apartado es que, lo lógico será que, mientras se lleva a cabo la venta el juez habrá de establecer la atribución de su uso a favor de uno de los progenitores o adoptar cualquier decisión respecto a la vivienda, que quedará sin efecto en el momento en que se lleve a cabo su venta.

IV.- OMISIONES.

Para terminar creo necesario destacar algunas cuestiones que se suscitan a diario ante los Tribunales y sobre las que nada regula el Código Civil y a las que la Ley 2/2010 de 26 de mayo de Igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres tampoco ha dado respuesta.

Me refiero a temas que con frecuencia son fuente de conflictos entre los progenitores tras la ruptura de su convivencia, por lo que vienen siendo planteados para que sean resueltos por el órgano judicial, estableciendo las medidas oportu-

1. El derecho de uso se extingue por las causas pactadas entre los cónyuges y, si se atribuyó por razón de la guarda de los hijos, por la finalización de la guarda.

2. El derecho de uso, si se atribuyó con carácter temporal por razón de la necesidad del cónyuge, se extingue por las siguientes causas: a) Por mejora de la situación económica del cónyuge beneficiario del uso o por empeoramiento de la situación económica del otro cónyuge, si eso lo justifica. b) Por matrimonio o por convivencia marital del cónyuge beneficiario del uso con otra persona.

c) Por el fallecimiento del cónyuge beneficiario del uso. d) Por el vencimiento del plazo por el que se estableció o, en su caso, de su prórroga.

3. Una vez extinguido el derecho de uso, el cónyuge que es titular de la vivienda puede recuperar su posesión en ejecución de la sentencia que haya acordado el derecho de uso o de la resolución firme sobre la duración o extinción de este derecho, y puede solicitar, si procede, la cancelación registral del derecho de uso.

tunas. La realidad es que su falta de regulación posibilita que las resoluciones judiciales en muchas ocasiones no se pronuncian sobre las mismas por considerar que quedan fuera del ámbito del procedimiento de familia y, cuando lo hacen, podemos encontrar con soluciones y medidas dispares e incluso divergentes, lo que desde luego no ayuda para llegar a formulas de consenso que eviten o ayuden a superar el conflicto.

Sin ánimo exhaustivo, paso a relacionar algunas de las cuestiones a las que acabo de referirme que siguen precisando regulación que expresamente las incluya entre las medidas que ha de resolver el órgano judicial en los procedimientos de familia:

-Deudas contraídas por los progenitores: forma en que se ha de hacer frente a las mismas en tanto se liquida su sociedad conyugal o se procede a la división del patrimonio común.

-Atribución del uso de otras viviendas o enseres (vehículos normalmente) en tanto se procede a su adjudicación o venta en el proceso correspondiente.

-Relación de las causas de extinción de la atribución de uso de la vivienda familiar entre las que se incluyan: la convivencia con terceras personas en la vivienda familiar propiedad de ambos progenitores, cuyo uso le ha sido atribuido a uno de ellos, como consecuencia de nuevas relaciones afectivas de aquel al que le ha sido atribuido su uso.

-La atribución de uso en el caso de que el propietario de la vivienda la hubiera cedido gratuitamente a los progenitores exclusivamente por razón de su relación con uno de ellos.

BIBLIOGRAFÍA.

-MARGARITA CASTILLA BAREA (Universidad de Cadiz). Notas sobre la guarda y custodia de los hijos a propósito de la aragonesa Ley de Igualdad de las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres (Aranzadi Civil 7/2010).

-FRANCISCO SALINERO ROMAN. «La custodia compartida: el cambio de la custodia monoparental a la custodia por ambos progenitores». XV Jornadas de Derecho de Familia organizadas por la Asociación Española de Abogados de Familia y el Ilustre Colegio de Abogados de Sevilla . Sevilla 2010.

-PEDRO JOAQUÍN HERRERA PUENTES: «Vivienda: Atribución del Uso». Tratado de Derecho de Familia. Aspectos sustantivos y procesales. Capítulo VIII. (Editorial Sepin 2005).

-MARGARITA PÉREZ SALAZAR-RESANO: «Patria Potestad». Tratado de Derecho de Familia. Aspectos sustantivos y procesales. Capítulo III. (Editorial Sepin 2005).