

Adrián Langa Muela

Custodia compartida en Aragón

Análisis de los artículos 75 a 84 del Código de Derecho Foral de Aragón, de las relaciones familiares tras la ruptura de la convivencia de los progenitores con hijos comunes a cargo

Índice

1.- Introducción.....	4
2.- Estado de la cuestión.....	5
2.1.- Acogida popular.....	5
2.2.- Situación de los Juzgados.....	6
3.- Análisis formal del texto legal.....	8
4.- Situación previa a la ley 2/2010.....	10
5.- Objeto y ámbito de aplicación.....	11
5.1.- Objeto.....	11
5.2.- Campo de aplicación.....	11
5.3.- Finalidad.....	14
6.- Derechos y deberes tras la ruptura de la convivencia.....	15
6.1.- De los progenitores.....	15
6.2.- De los hijos.....	17
7.- Principios.....	19
7.1.- El interés superior del menor.....	19
7.2.- La igualdad entre los progenitores en sus relaciones con los hijos.....	21
7.3.- Otros principios.....	22
8.- El pacto de relaciones familiares.....	23
8.1.- Requisitos para su aprobación.....	23
8.2.- Contenido mínimo y facultativo.....	25
8.3.- Modificación y extinción.....	29
9.- Mediación familiar.....	31
9.1.- Concepto y regulación.....	31
9.2.- Modalidades.....	33
9.3.- Duración y prohibiciones de acceso.....	35
9.4.- Arbitraje familiar.....	36

10.- Aspectos comunes a las medidas judiciales.....	41
10.1.- Criterios comunes para su adopción.....	42
10.2.- Medidas cautelares y provisionales.....	44
10.3.- Modificación y extinción.....	47
11.- Guarda y custodia de los hijos.....	49
11.1.- La preferencia legal por la custodia compartida.....	49
11.2.- Conceptos clave y terminología.....	52
11.3.- Modalidades.....	57
11.4.- Puntos de encuentro familiar.....	63
11.5.- Criterios de atribución.....	64
11.6.- Jurisprudencia.....	74
12.- Atribución del uso de la vivienda y el ajuar familiar.....	76
12.1.- Terminología.....	76
12.2.- Criterios de atribución.....	77
12.3.- Limitación temporal de uso.....	81
12.4.- Ajuar familiar.....	82
12.5.- Consideraciones finales.....	83
13.- Gastos de asistencia de los hijos.....	84
13.1.- Criterios generales para su distribución.....	85
13.2.- Gastos ordinarios.....	86
13.3.- Gastos extraordinarios.....	87
14.- La asignación compensatoria.....	88
14.1.- Concepto y requisitos.....	89
14.2.- Cuantía, modalidad y duración.....	90
14.3.- Extinción y revisión.....	91
15.- Derecho Comparado.....	95
15.1.- España.....	96
15.2.- Comunidades Autónomas.....	96
15.3.- Otros Estados.....	101
16.- Conclusión.....	101
17.- Fuentes consultadas.....	103

1.- Introducción

El objetivo del presente trabajo es realizar un completo análisis de la ley aragonesa 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia entre los progenitores, ahora integrada en el Código del Derecho Foral de Aragón, aprobado por Decreto legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón. Con ello se busca profundizar en el estudio del ordenamiento jurídico de la Comunidad Autónoma de Aragón, en el marco de la beca que con este propósito concede cada año el Justicia de Aragón.

El orden de exposición será el siguiente. En primer lugar haré una breve descripción de cuál es la situación actual en esta materia, es decir, cómo se aplican los preceptos 75 a 84 CDFA, cuál es la situación de los juzgados, cómo ha sido acogida por los progenitores, etc. A continuación veremos los aspectos formales de la ley, ahora sección dentro del Código, viendo la disposición de los diferentes artículos y su agrupación en subsecciones. Esta configuración del articulado ha determinado que se dedique un precepto a cada cuestión en materia de crisis y ruptura de la convivencia, por lo que veremos cada artículo por separado en su capítulo correspondiente.

En cada uno de estos capítulos haré una sucinta referencia a cuál era la regulación anterior y qué cambio supuso la aprobación de la ley 2/2010. Comentaré con detalle cuál es el tratamiento de cada aspecto de la materia por el legislador aragonés y cuáles son, en su caso, las soluciones ofrecidas por otras Comunidades Autónomas que han legislado sobre la materia, y también las apuntadas por la doctrina. Para facilitar el análisis seguiremos el orden en que aparecen los artículos en la ley. Primero se delimitará el objeto y la finalidad de la norma, con referencia incluida a su ámbito de aplicación. A continuación veremos los derechos y deberes que se reconocen a los distintos miembros de la familia, y el sistema de principios que determina esos mismos derechos y deberes. El art. 77 regula la importante cuestión del pacto de relaciones familiares. El siguiente y extenso artículo se dedica a la mediación, institución en la que el legislador aragonés ha depositado su confianza como medio de resolución de conflictos en esta materia. En el mismo capítulo veremos la posibilidad de introducir otro método extrajudicial de resolución de conflictos, el arbitraje. Los siguientes artículos regulan las medidas judiciales que el juez puede o, en su caso, debe adoptar en defecto de pacto entre los progenitores, o si tal acuerdo no es aprobado por la autoridad judicial. Así, el art. 79 se dedica a regular los aspectos comunes a las diferentes medidas, como la posibilidad de adoptar medidas cautelares para garantizar su cumplimiento o los criterios que deben orientar los dictados del juez. Que tendrá que determinar el régimen de guarda y custodia de los hijos, la distribución entre los progenitores de sus gastos de asistencia y la eventual asignación compensatoria en favor del progenitor al que la ruptura perjudique económicamente. Todas estas cuestiones serán objeto de estudio en su correspondiente capítulo. Para finalizar trazaré una breve panorámica de la guarda y custodia de los hijos tras la ruptura de sus progenitores en nuestro entorno, tanto a escala nacional como internacional, y haremos una recopilación de las conclusiones apuntadas en cada capítulo con una valoración general de la sección.

2.- Estado de la cuestión

Han pasado dos años desde la aprobación de la ley aragonesa de custodia compartida, tiempo suficiente para establecer una valoración general de la norma y ofrecer una visión de conjunto de su recepción y aplicación por la sociedad aragonesa, dentro y fuera de la práctica jurídica. En este capítulo veremos las diferentes posturas adoptadas por los destinatarios de la ley (los progenitores y otros familiares, señaladamente los abuelos) y los pormenores de su aplicación diaria en los tribunales.

2.1.- Acogida popular

La aprobación de la ley dio lugar a posturas encontradas entre los sujetos a los que estaba destinada, especialmente progenitores y madres. En realidad, las posiciones de muchos de estos sujetos ya estaban fijadas a favor o en contra de la custodia compartida con anterioridad a la ley, estableciendo dos movimientos de ámbito nacional a favor y en contra la custodia compartida (lo que contrasta con la supuesta demanda generalizada de guarda conjunta preferente a la que se refiere el preámbulo de la ley).

A favor se encuentran diversas asociaciones de progenitores y madres que apoyan la custodia compartida, agrupadas en su mayoría en el ámbito nacional en torno a la Plataforma Custodia Compartida Ya. En el caso aragonés, se pueden destacar dos: Padres Aragoneses en Acción (PAEA), cuya iniciativa llevó al Partido Aragonés a proponer la norma en las Cortes de Aragón y la Asociación de Padres de Familia Separados de Aragón (APFS Aragón). También se posicionan a favor asociaciones que agrupan al resto de los familiares de los menores, además de los progenitores, como por ejemplo la Asociación de Abuelos por la Custodia Compartida (ASACCO) y la Asociación Nacional de Abuelos Separados de sus Nietos¹. Estos colectivos ven un avance en la ley y son partidarios de su mantenimiento y desarrollo.

En contra se pueden encontrar a diversas asociaciones, principalmente de mujeres (perjudicadas respecto a la regulación anterior), entre las que cabe destacar Custodia en Positivo y la Asociación de Mujeres Juristas Themis. Sus críticas, y esto puede decirse de la práctica totalidad de los detractores de la ley, no van dirigidas a la guarda conjunta como posible régimen de guarda y custodia de los hijos ante situaciones de ruptura familiar, sino contra la preferencia legal en favor de este sistema y su consiguiente imposición judicial al margen del desacuerdo entre ambos progenitores. Consideran que “la custodia compartida impuesta debe ser excepcional y solo debe darse si se reúnen los requisitos exigidos por la jurisprudencia” dado que “requiere un nivel de comunicación y afinidad entre los progenitores separados, que con mucha frecuencia no existe en las rupturas familiares”. Además entienden que no se trata una demanda social mayoritaria, en contra de lo que afirma el legislador aragonés, sino solo de una demanda de determinados colectivos que “oculta frecuentemente reivindicaciones sobre las pensiones y el domicilio familiar en caso de ruptura”².

¹ PAEA, ASACCO y la Asociación Nacional de Abuelos Separados de sus Nietos comparecieron en la Comisión de Peticiones y Derechos Humanos de las Cortes de Aragón el día 25 de mayo de 2010 para informar sobre su sentir en relación a la ley aragonesa de custodia compartida (Boletín Oficial de las Cortes de Aragón n°:241, pp. 15685 y 15686).

² Conclusiones finales de sus Talleres de Derecho de Familia, celebrados en Madrid el 4 de marzo de 2011.

Ambos bandos defienden que su postura es la mejor para los hijos menores de edad, apoyándose en argumentos como la regulación de los territorios de nuestro entorno (que se hayan divididos entre diferentes sistemas de guarda y custodia, como veremos en el capítulo sobre el Derecho comparado), igualdad de sexos o informes psicológicos. Respecto a estos últimos apenas voy a hacer ninguna referencia salvo en el marco de la prueba pericial, dado que este es un estudio de naturaleza jurídica y la psicología infantil es una ciencia cuyos pormenores escapan a mi conocimiento. No obstante cabe apuntar que las pretendidas bondades de la custodia compartida no parecen ser tan pacíficamente aceptadas como el legislador nos quiere hacer creer. Así, pueden encontrarse tanto ensayos donde se enumeran abundantes beneficios para los niños bajo custodia compartida como alarmantes estudios que advierten de las numerosas y perjudiciales consecuencias de tal régimen de guarda y custodia. Sintetizando, los informes favorables a la custodia compartida afirman que los hijos que conviven de este modo con sus progenitores rinden más en sus estudios, disfrutan de una mejor relación con ambos progenitores, tienen mayor autoestima y confianza en sí mismos, y son menos excitables e impacientes³. Por el contrario otros especialistas aseguran que existe una auténtica patología psíquica provocada por la residencia alterna, con la aparición de síntomas como inseguridad, ansiedad, depresión, trastornos del sueño, eccemas, agresividad y pérdida de confianza en los adultos, síntomas que también se han producido en situaciones donde ambos progenitores estaban de acuerdo con el establecimiento de un régimen de custodia compartida⁴. Para acabar hay un grupo de estudios que no aprecian diferencias relevantes entre los menores bajo una u otra modalidad de guarda y custodia⁵. Cómo puede verse, no parece posible afirmar categóricamente que el mejor sistema para los menores es la guarda y custodia compartida.

2.2.- Situación de los Juzgados

Además de posiciones a favor y en contra de la custodia compartida, la entrada en vigor de la LIRF ha dado lugar a problemas en los Juzgados de Familia, debido a la falta de personal para atender el elevado número de casos en esta materia. Hay que tener en cuenta que, según la disposición transitoria sexta del Código del Derecho Foral de Aragón, “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”. Esto supuso que los Juzgados de Familia de Aragón no solo tuvieran que hacer frente a los nuevos procesos en los que se discutía la guarda y custodia de los hijos, sino también atender las solicitudes de revisión al amparo de tal norma. El efecto casi inmediato de la entrada en vigor de la norma fue el colapso de estos órganos judiciales, como demuestra la entrada de 120 casos en apenas mes y medio, tanto de revisión de los convenios de relaciones familiares como de separación y divorcio. En total ha supuesto un aumento

³ Puede consultarse un listado de tales informes en TEJEIRO SALGUERO, R., Divorcio, custodia y bienestar del menor: una revisión de las investigaciones en psicología, 2009. (<http://www.custodiacompartida.org/content/view/1072/1003/>).

⁴ BERGER, M.; CICONNE, A.; GUEDENEY, N. y ROTTMAN, H., Residencia alterna en niños menores de seis años: una situación de alto riesgo psicológico, 2004. (http://www.observatoriovioencia.org/upload_images/File/DOC1319805536_estudio_francia_SAP.pdf).

⁵ También puede consultarse un listado de estos informes en TEJEIRO SALGUERO, R., op. cit.

del 11% en las demandas, pasando de 3.831 en 2010 a 4.248 el año pasado, de las que fueron resueltas 3.966⁶.

El desbordamiento de los Juzgados de Familia se traduce en procesos mucho más prolongados, donde se alarga el tiempo necesario para completar cada ítem procesal. El tiempo medio actual para conseguir una sentencia está en dos años (solo el tiempo medio de señalamiento ha pasado de cuatro meses a diez). Pero la demora no se circunscribe a la adopción de medidas definitivas: las audiencias para dictar las medidas provisionales en los procesos de ruptura de la convivencia familiar sin acuerdo entre los progenitores se están dictando con hasta cinco meses vista.

Para paliar el exceso de trabajo de estos tribunales el Tribunal Superior de Justicia de Aragón recomendó en su Memoria correspondiente al ejercicio 2010 crear un cuarto juzgado de familia “dada la relevancia de las materias que son objeto de la competencia de estos juzgados, la afectación de intereses de menores y la necesidad de revisar decisiones adoptadas conforme a la legislación anterior”. Asimismo a comienzos de 2011 el Partido Popular presentó en las Cortes de Aragón una proposición no de ley en la que solicitaba la facilitación de los medios personales y materiales necesarios para agilizar la aplicación de la ley aragonesa sin colapsar el normal funcionamiento de los juzgados, tanto los de familia de Zaragoza, como los civiles del resto de partidos judiciales. No obstante la propuesta caducó debido a que, pese a ser tramitada, no llegó a debatirse antes de las elecciones autonómicas de 2011. Igualmente, las peticiones de más medios y la creación del cuarto Juzgado de Familia en la capital han sido desatendidas por los gobiernos estatal y autonómico, que solo han mejorado el servicio existente en un punto: la contratación de personal de refuerzo para el equipo psicosocial, de todos modos insuficiente para recuperar el ritmo normal anterior a la entrada en vigor de la LIRF. La Memoria del TSJA relativa al año 2011 mantiene las mismas exigencias de medios, personal y la creación de una nueva unidad judicial, pero además sugiere la creación de tres nuevas plazas de jueces de adscripción territorial en Aragón, una especie de profesionales “volantes” que, sin tener un “destino determinado”, trabajen en los juzgados con más necesidades para agilizar los trámites.

La falta de medios se ha hecho notar especialmente en el campo del peritaje psicosocial. El art. 77.3 CDFA faculta al juez para recabar estos informes de oficio o a instancia de parte. Dado su carácter objetivo, la valoración del perito tendrá una gran influencia en la decisión del juez, con lo que se solicitan en la práctica totalidad de los procesos. Los informes particulares suelen hacerse “a la carta”, y por ello los jueces siguen confiando más en las valoraciones de los funcionarios públicos. Esto, unido al ahorro económico que supone para los litigantes, ha dado lugar a que la inmensa mayoría opten por no pagar un psicólogo particular y recurrir a este servicio. La consecuencia es una sobrecarga del equipo psicosocial de los juzgados, originalmente formado por una sola psicóloga. Las demandas de los jueces han logrado que se refuerce este punto con otras tres psicólogas y una trabajadora social, pero a pesar de ello los juzgados no consiguen absorber los numerosos pleitos que llegan cada mes. El juez decano de Zaragoza, ÁNGEL DOLADO⁷, apunta como solución que estos informes no deberían ser gratuitos para todos. “Está comprobado que en torno a un 75% de quienes presentan una demanda de divorcio en Zaragoza tienen recursos económicos suficientes para costear el

⁶ Últimos datos ofrecidos por el Instituto Nacional de Estadística, 19 de septiembre de 2011.

⁷ Heraldo de Aragón, 19 de diciembre de 2011, p. 9.

proceso”, por lo que insiste en la necesidad de apostar por el sistema de designación judicial, de forma que el magistrado elija al perito entre una larga lista de profesionales y sean los progenitores quienes sufragen su coste. Con ello se conseguiría el doble objetivo de descongestionar al equipo psicosocial de los juzgados y ahorrar costes a la Administración.

3.- Análisis formal del texto legal

La ley de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia entre los progenitores (LIRF) fue la segunda ley en aprobarse por las Cortes de Aragón el año 2010. Fue promulgada el día 26 de mayo, y publicada en el Boletín Oficial de Aragón el 8 de junio. Sin embargo, conforme a lo dispuesto por su disposición final tercera no entró en vigor hasta tres meses después, es decir, el día 8 de septiembre.

La ley estaba formada por diez artículos, dos disposiciones transitorias, cuatro adicionales, una derogatoria y tres finales. No obstante la aprobación del texto refundido de las leyes civiles aragonesas bajo el nombre de Código de Derecho Foral de Aragón (Decreto legislativo 1/2011 de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón) también ha afectado a la norma que nos ocupa. La ley 2/2010 se ha integrado en el Código adoptando su numeración con arreglo a la siguiente tabla de equivalencias:

Ley de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia entre los progenitores	Código del Derecho Foral de Aragón
Artículo 1	Artículo 75
Artículo 2	Artículo 76
Artículo 3	Artículo 77
Artículo 4	Artículo 78
Artículo 5	Artículo 79
Artículo 6	Artículo 80
Artículo 7	Artículo 81
Artículo 8	Artículo 82
Artículo 9	Artículo 83
Artículo 10	Artículo 84
Disposición Adicional 1ª	Disposición Adicional 1ª
Disposición Adicional 2ª	Disposición Adicional 2ª
Disposición Adicional 3ª	Disposición Adicional 3ª
Disposición Adicional 4ª	Disposición Adicional 4ª
Disposición Transitoria 1ª	Disposición Transitoria 6ª
Disposición Transitoria 2ª	Disposición Transitoria 7ª

Se mantienen en su ubicación original las disposiciones derogatoria y finales. Debemos recordar que ya se ha dado cumplimiento al mandato contenido en la segunda de estas disposiciones finales con la aprobación de la Ley 9/2011, de 24 de marzo, de Mediación Familiar de Aragón (LMF), y que la segunda de las disposiciones transitorias tampoco tiene ya relevancia por la misma razón, puesto que establecía un régimen provisional de mediación familiar para su aplicación hasta que se aprobase la LMF.

Como puede verse en la tabla, la adaptación del texto legal al articulado del código no ha alterado la estructura interna de la norma. Los diez artículos han sido reproducidos en bloque y en el mismo orden de su redacción original. Para ello gozan de una sección específica, titulada “efectos de la ruptura de la convivencia de los progenitores con hijos a cargo”. Se trata de la sección tercera del Capítulo II (Deber de crianza y autoridad familiar), Título II (De las relaciones entre ascendientes y descendientes), del Libro I, Derecho de la Persona. La división del articulado en cinco capítulos también ha sido respetada por el Código, de forma que la sección se divide a su vez en cinco subsecciones análogas a los mencionados capítulos.

La primera sección, titulada “Disposiciones generales” señala el ámbito de aplicación de la sección, su finalidad y los derechos y principios más importantes. La segunda está dedicada por completo a regular el pacto de relaciones familiares, esto es, el instrumento para resolverlas cuestiones que suscite la ruptura de la convivencia mediante acuerdo de los progenitores. Para favorecer ese consenso el legislador confía en la mediación familiar, a la que dedica la subsección tercera. La cuarta subsección es la más larga de las cinco y aglutina todas las posibles medidas que puede adoptar la autoridad judicial cuando no se logre llegar a un acuerdo, es decir, en defecto del pacto de relaciones familiares. Por último la subsección quinta consta tan solo de un breve artículo que contempla la posibilidad de adoptar esas medidas judiciales de forma provisional. La división del articulado en subsecciones no aporta gran cosa al operador jurídico. La sección únicamente contiene diez preceptos, y tres de las subsecciones abarcan uno solo de ellos, con cuyo encabezamiento se identifica su título. De este modo la única subsección con una moderada utilidad práctica es la cuarta, que traza la división entre la regulación consensuada de las relaciones familiares post-ruptura y su regulación a través de resoluciones judiciales.

En conclusión se trata de una sección que reproduce una ley muy breve en la regulación de tantos y tan importantes y complejos asuntos como los derivados de la ruptura de la convivencia familiar. La parquedad del texto hace que numerosas cuestiones queden a la interpretación de doctrina y jurisprudencia, como veremos en los capítulos siguientes, aunque esa labor interpretadora se ve en gran medida facilitada por el hecho de que la mayoría de sus disposiciones estén inspiradas en las que recoge el Código Civil en sus artículos 90 a 101, lo que nos permitirá tener muy en cuenta la lectura que se les ha dado en sede jurisprudencial y doctrinal, y extrapolar sus conclusiones a nuestra norma.

La competencia para la conservación, modificación y desarrollo del Derecho propio en esta materia se indica en el apartado VI del preámbulo: “La labor de actualización de nuestro Derecho Civil continúa, aunque igualmente al margen de la política legislativa diseñada en 1996, con la Ley 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los progenitores, aprobada en ejercicio de la competencia exclusiva de Aragón en las materias de conservación, modificación y desarrollo del Derecho civil foral aragonés y de Derecho procesal derivado de las

particularidades del derecho sustantivo aragonés, reconocidas en los arts. 149.1.8 a) y 6 a) CE y 71.2 y 3 del Estatuto de Autonomía de 2007”⁸.

4.- Situación previa a la Ley 2/2010

Esta norma fue una novedad legislativa, no vino a sustituir o reformar ninguna ley anterior de custodia compartida y fue pionera tanto por ser la primera ley específica en la materia como por su tratamiento de la misma, dando preferencia a la guarda y custodia conjunta. A pesar de que modifica algunos preceptos de las leyes aragonesas 6/1999, de 26 de marzo, de parejas estables no casadas y 13/2006, de 27 de diciembre, de Derecho de la persona, no existía previamente ninguna ley de custodia compartida en Aragón. En consecuencia, las rupturas de la convivencia de los progenitores con hijos comunes a su cargo carecían de regulación específica, y esta debía ser buscada en el Derecho común supletorio. En efecto, el art. 41 del Estatuto de Autonomía de Aragón, en su apartado 2º, dispone “El Derecho civil general del Estado se aplicará como supletorio sólo en defecto de normas aragonesas y de acuerdo con los principios que las inspiran”. En el mismo sentido se pronuncia el art. 1.-2º de la Compilación de Derecho Civil de Aragón (ley 15/1967, de 8 de abril).

Esta situación nos llevaba a buscar en el Derecho estatal español una solución, pero tampoco a nivel nacional había una ley específica. No obstante sí podían encontrarse soluciones a muchos de los problemas que plantean estas situaciones en los arts. 90 y siguientes del Código Civil, reformados por la ley 15/2005, de 8 de julio. Tal y como se indica en el preámbulo de la LIRF este artículo establecía (y continúa estableciendo en el ámbito del Derecho común) la guarda y custodia compartida como excepcional, siendo además requisito indispensable para su adopción el informe favorable del Ministerio Fiscal hasta la reforma operada en el 2005. No es objeto de este trabajo analizar tal normativa, de modo que me remito para su estudio a las numerosas obras dedicadas a ese tema. Me limitaré en este punto a esbozar algunos de los aspectos más importantes de tal regulación, para detallar los cambios que supuso la ley aragonesa en cada capítulo correspondiente.

Excepción hecha de la preferencia legal por la custodia compartida introducida en nuestra Comunidad Autónoma, el resto de la regulación que en esta materia hace el Código Civil es bastante similar, como hemos apuntado, al Código del Derecho Foral Aragonés. Las relaciones familiares post-ruptura pueden arreglarse mediante pacto en la mayoría de los casos y por si no fuera posible llegar a un acuerdo se establecen una serie de medidas judiciales para la determinación de los aspectos más importantes: guarda y custodia de los hijos, destino de la vivienda y el ajuar familiar, contribución a los gastos de los hijos y eventual compensación económica. No obstante la norma aragonesa profundiza en la regulación de todos estos aspectos, amplía el ámbito de aplicación subjetivo, al incluir a las parejas no casadas con hijos y lo más importante, invierte el orden de preferencia de los regímenes de guarda y custodia en favor de su modalidad conjunta. El legislador aragonés decidió, en el marco de una creciente tendencia internacional hacia la configuración como preferente del régimen compartido de la guarda y custodia de los hijos, aprobar una ley que estableciera esa preferencia en

⁸I. TENA PIAZUELO, “Ley aragonesa de mediación familiar..., la que faltaba”, Diario La Ley 2011, nº 7626, p. 1232.

la creencia de que esto redundaba en una mayor protección del interés de los menores implicados, principio este que orienta la regulación de esta materia en todos los rincones del globo. Esta no es una opinión pacífica, como hemos visto al mostrar la acogida de la ley.

5.- Objeto y ámbito de aplicación

5.1.- Objeto

El art. 75.1 del Código da respuesta a estas cuestiones con una sola frase: “La presente sección tiene por objeto regular las relaciones familiares en los casos de ruptura de la convivencia de los progenitores con hijos a cargo, incluidos los supuestos de separación, nulidad y divorcio y los procesos que versen sobre guarda y custodia de los hijos menores”. Esas relaciones familiares van mucho más allá que la mera decisión sobre el régimen de custodia que se aplicará a los hijos a cargo. Aunque este es el punto estrella de la ley (y lo digo así porque ha sido sobradamente mediatizado) el texto también se ocupa de otras cuestiones no menos importantes, incluidos aspectos no relacionados directamente con los hijos, como la asignación compensatoria del art. 83.

En primer lugar se establecen los derechos y principios que informarán las aludidas relaciones familiares. Aquí no encontramos grandes novedades, es más, los dos derechos básicos que vertebran la ley ya eran reconocidos con anterioridad por la ley de Derecho de la persona. Tales principios son el derecho de los progenitores a la igualdad en su relación con los hijos y el principio de interés superior del menor.

Se regula también el pacto de relaciones familiares, creado a imagen y semejanza del convenio regulador del Código Civil, si bien con algunas diferencias que veremos en el correspondiente capítulo. Para todo lo que no resuelva este pacto la ley prevé distintas actuaciones judiciales y la posibilidad de acudir a la mediación para solucionar eventuales conflictos, opciones todas ellas que trataremos con mayor detalle más adelante.

Por último son de gran importancia las cuestiones económicas tras la ruptura de la convivencia y de estas también se ocupaba la LIRF y ahora la sección correspondiente del CDFFA. En concreto arbitra soluciones para problemas tales como el destino de la vivienda y el ajuar familiares, la eventual asignación compensatoria y la distribución de los gastos asociados a los hijos.

5.2.- Campo de aplicación

Pasemos ahora a determinar en qué situaciones serán aplicables los artículos contenidos en esta sección, antes integrantes de la LIRF. El art. 75.1 CDFFA marca dos condiciones cuya concurrencia es necesaria para la aplicación de la sección. La primera de ellas es la ruptura de una previa situación de convivencia. La segunda es la existencia de hijos a cargo de la pareja que cesa en la cohabitación. Veamos cada una de ellas por separado. Para que pueda haber ruptura es necesaria una cohabitación anterior en el tiempo. Esto no exige que ambos progenitores hayan de ser copropietarios de la vivienda, ni arrendatarios, ni que sean titulares simultáneos de ningún derecho real que de lugar a su

uso y disfrute. Lo que se exige es que compartan un inmueble, que será el domicilio habitual de ambos, y en el que también vivirán sus hijos, en los términos establecidos por el art. 184 CDFR. Así, es perfectamente posible que sea propiedad exclusiva de uno sólo de los progenitores, o bien que no lo sea de ninguno.

No se hace referencia alguna en el artículo 75.1 al estado civil de la pareja con hijos a cargo, por lo que debemos entender que es irrelevante. Cualquier estado civil está dentro del campo de aplicación de la sección. Las situaciones con las que podemos encontrarnos incluyen, en primer lugar, la que será seguramente la más habitual, el matrimonio. Así lo entiende también el legislador cuando subraya en el art. 75.1 que la sección también será de aplicación en los supuestos de disolución, nulidad y separación del matrimonio. En segundo lugar tendríamos a las parejas estables no casadas registradas como tales de acuerdo con la ley 6/1999. Y por último las uniones de hecho o uniones *more uxorio*, no institucionalizadas de forma alguna pero cuyos miembros comparten domicilio y tienen hijos a cargo. La aplicación de la sección en estos tres supuestos viene confirmada por las disposiciones adicionales segunda y tercera del Código Foral, que se ocupan respectivamente de las especialidades procesales “en los casos de nulidad, separación o divorcio con hijos a cargo” y “en los casos de ruptura de la convivencia de parejas estables no casadas o parejas de hecho con hijos a cargo”⁹.

Este amplio ámbito de aplicación fue una de las mayores novedades que supuso la aprobación de la LIRF. La regulación contenida en los arts. 90 y ss. CC solo era y es aplicable cuando los progenitores se hallan unidos por un vínculo matrimonial, de hecho, se trata del Capítulo IX “de los efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio”, del título IV “del matrimonio”, del libro I del Código Civil. Por el contrario la LIRF extendió su regulación no solo a las relaciones entre los cónyuges y sus hijos, sino también todas las demás parejas no casadas con hijos comunes a cargo, siempre que conviviesen juntos.

La exigencia de cohabitación previa parece dejar fuera del campo de aplicación de la sección los supuestos de progenitores que no conviven juntos. En casos como estos deberíamos aplicar las reglas para los procesos de guarda y custodia de menores contenidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil. No obstante el último inciso del art. 75.1 CDFR permite extender el ámbito de aplicación de la sección que nos ocupa a tales situaciones sobre la base de que en su objeto se incluyen los procesos que versen sobre guarda y custodia de los hijos menores¹⁰. Esto incluiría también a los hijos fruto de uniones esporádicas que ni siquiera alcanzasen la calificación de unión *more uxorio*, pese a que la regulación de las relaciones familiares no es una consecuencia de la ruptura de una inexistente convivencia previa de los progenitores, sino de las divergencias surgidas entre los progenitores sobre el modo en que deben articularse sus

⁹ Puesto que no se distingue entre separación de hecho y de derecho, hay que entender que afecta a los dos, en la medida en que ambas suponen cesación de la convivencia. C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, “La regulación de la custodia compartida en la Ley de Igualdad de las Relaciones Familiares ante la Ruptura de la Convivencia de los Progenitores”, Actas de los XX encuentros del Foro de Derecho Aragonés, p. 136.

¹⁰ J. P. GONZÁLEZ DEL POZO, “Análisis crítico de las medidas judiciales a adoptar, ante la falta de acuerdo de los progenitores, en la llamada Ley Custodia Compartida de Aragón”, Diario La ley 2010, nº 7537, p. 1941 y, con menos convicción, C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, op. cit., p. 137. Este autor también llega a una solución parecida con la aplicación analógica de esta sección a esas situaciones, aunque matiza que en ambos casos solo serían aplicables las normas cuyo *ratio iuris* sean las relaciones paterno-filiales y no la propia situación de convivencia.

relaciones familiares en cuanto a la titularidad y ejercicio de la autoridad familiar, guarda y custodia de los hijos y régimen de estancias y alimentos. No se aplicarían las disposiciones legales que parten de la convivencia previa, como la atribución del uso de la vivienda y el ajuar familiar o la asignación compensatoria.

Por otra parte la mera ruptura de la convivencia entre dos personas adultas no redonda en la aplicación de estas normas, es necesario que además tengan hijos a cargo. Y no cualesquiera hijos, sino hijos comunes. De lo contrario, no tendrían sentido las previsiones legales para la determinación de la guarda y custodia¹¹: tales interrogantes solo se plantean en los supuestos donde los progenitores comparten la autoridad familiar sobre sus hijos. Asimismo, en lo que respecta a la asignación compensatoria, si no hay hijos comunes a ambos progenitores su procedencia, cuantía y en su caso duración se determinarán con arreglo al art. 310 CDFa. El art. 83 se reserva para los casos de parejas con hijos comunes a cargo.

Nada se dice en el art. 75.1 sobre la edad de los hijos. No obstante varios de los artículos (76.2, 76.3, 76.4, 79.2 u 80.1, entre otros) aluden a los hijos menores de edad, y en el art. 77.2.d., se hace referencia a los hijos mayores de edad. Por lo tanto es claro que los hijos a cargo pueden ser tanto menores de edad, para los que la ley dispone numerosas medidas de protección, incluido el principio de interés superior del menor, como mayores de edad que todavía no han terminado su formación académica, están incapacitados o simplemente carecen de recursos económicos propios suficientes. Por lo tanto la locución “hijos a cargo” debe interpretarse en un doble sentido económico y jurídico, no refiriéndose solo a los hijos sujetos a la autoridad familiar, sino también a los económicamente dependientes. Ni que decir tiene que todos los hijos son tratados por igual, nuestra legislación hace ya muchos años que no establece diferencias entre los hijos adoptivos, matrimoniales y extramatrimoniales (art. 56 CDFa).

¿Deben los menores convivir con sus progenitores para que se apliquen los artículos de la sección? No, de hecho el art. 77.2, letra d, hace referencia a los hijos emancipados que carezcan de recursos económicos propios. Dada su independencia no habrá lugar al establecimiento de un régimen para su guarda y custodia (ya no está sujeto a la autoridad familiar de sus progenitores), pero sí deberá determinarse en qué medida contribuirán los progenitores a sostener sus gastos (arts. 77.2. d y 82 CDFa).

Determinado el ámbito de aplicación objetivo conviene hacer una breve referencia al hecho de que los aragoneses podrían solicitar en cualquier lugar la aplicación de las especialidades de su Derecho en materia de guarda de los hijos, pero solamente podrían recurrir a la mediación prevista para los aragoneses cuando residan en Aragón, ya que la ley 9/2011, de 24 de marzo, de mediación familiar de Aragón se aplica en servicios prestados por mediadores designados por la Administración (para otros casos, ver el art. 4) cuando al menos uno de los beneficiarios resida en la Comunidad Autónoma aragonesa (cfr. art. 3)¹².

¹¹C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, La regulación de la custodia compartida en la Ley de Igualdad de las Relaciones Familiares ante la Ruptura de la Convivencia de los Progenitores”, Actas de los XX encuentros del Foro de Derecho Aragonés, p. 137.

¹² I. TENA PIAZUELO, “Ley aragonesa de mediación familiar..., la que faltaba”, Diario La Ley 2011, nº 7626, pp. 1233-1234

5.3.- Finalidad

Para acabar el art. 75.2 define la finalidad de la sección como “promover unas relaciones continuadas de los progenitores con sus hijos, mediante una participación responsable, compartida e igualitaria de ambos en su crianza y educación en el ejercicio de su autoridad familiar”. También se fomentará el mantenimiento de estas relaciones con los parientes y allegados. Algunas asociaciones critican que la LIRF no fue elaborada para dar respuesta a una demanda social mayoritaria, como argumenta su preámbulo, sino en respuesta a las demandas de la Asociación de Padres Divorciados de Aragón¹³. Aquellas asociaciones, como Mujeres Juristas Themis o Custodia en Positivo, integradas fundamentalmente por mujeres, consideran que la posición de la mujer sale perjudicada con el cambio de normativa y tampoco ven una mejora en la situación para los hijos afectados por esas rupturas. A su modo de ver el único objetivo de la ley pasa por establecer regímenes de custodia compartida¹⁴ que favorezcan la relación del progenitor con sus hijos, aunque ello vaya en detrimento de la posición de la madre.

Asimismo el preámbulo incluye entre sus objetivos la promoción del ejercicio de la custodia de forma compartida por ambos progenitores, en desarrollo de los principios rectores contenidos en el Estatuto de Autonomía de Aragón de protección de la familia y la infancia y de igualdad entre el hombre y la mujer. El principio de protección de la familia e infancia se reconoce en el art. 39 de la Constitución española, y en el Estatuto de Autonomía de Aragón, cuyo artículo 24 impone a los poderes públicos aragoneses la obligación de adoptar políticas que garanticen la protección de las relaciones familiares y la igualdad entre el hombre y la mujer. Igualmente, la Convención sobre los Derechos del Niño, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y ratificada por España el 30 de noviembre de 1990, obliga en su art. 9.3 a los Estados a respetar el derecho del niño a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos progenitores de modo regular, salvo que fuera contrario al interés superior del niño.

6.- Derechos y deberes tras la ruptura de la convivencia

Los derechos y deberes de los miembros de la unidad familiar, tanto progenitores como hijos, tras la ruptura de la convivencia entre los progenitores, se regulan en el art. 76 CDFA. El mismo artículo regula los principios que regirán las relaciones entre ellos, principios que a su vez determinan el esquema de derechos y deberes que veremos en este capítulo. La regulación de estos derechos y obligaciones no contiene diferencias significativas con la que contiene el Código Civil.

6.1.- De los progenitores

¹³ A. GONZALO VALGAÑÓN, Asociación de Mujeres Juristas Themis, junio de 2012

¹⁴ Según J. P. GONZÁLEZ DEL POZO (“Análisis crítico de las medidas judiciales a adoptar, ante la falta de acuerdo de los progenitores, en la llamada Ley de Custodia Compartida de Aragón”, Diario La ley 2010, nº 7537, p. 1947) los objetivos que la Ley pretende alcanzar, según el art. 1.2, vienen a coincidir, casi literalmente, con las ventajas que el Preámbulo de la Ley atribuye a la custodia compartida, en prueba inequívoca de que la finalidad fundamental de la Ley es fomentar y facilitar el establecimiento de regímenes de custodia compartida.

Antes de determinar cuáles son los cambios en los derechos y deberes de los progenitores y los hijos a su cargo vamos a repasar brevemente el estado de los mismos previo a la ruptura. Durante esa convivencia las relaciones entre progenitores e hijos vienen determinadas por la autoridad familiar, ostentada por cada uno de los progenitores sobre sus hijos menores de edad no emancipados y los incapacitados para cuyo cuidado se haya prorrogado.

Esta materia aparece regulada, tras la derogación de la Ley 13/2006, de Derecho de la Persona, en las dos primeras secciones del capítulo II, título II, libro I del Código de Derecho Foral, tituladas principios generales (del deber de crianza y de la autoridad familiar) y ejercicio de la autoridad familiar por los progenitores. El esquema básico de los derechos y deberes de los progenitores ligados al ejercicio de la autoridad familiar es el siguiente:

Derechos	Deberes
Tener a los hijos en su compañía. Art. 65.1.a.	
Corregirles de forma razonable. Art. 65.1.d.	Proporcionarles sustento, habitación, vestido y asistencia médica. Art. 65.1.b.
Decidir su tipo de formación, en especial la educación religiosa. Art. 65.1.c.	Educarlos y procurarles una formación integral. Art. 65.1.c.

Respecto a los hijos mayores de edad no incapacitados, y por lo tanto no sujetos a la autoridad familiar de sus progenitores, pero que al carecer de recursos económicos propios en una cuantía suficiente para independizarse permanecen en el domicilio familiar hasta completar su formación, los progenitores tienen la obligación de sufragar sus gastos de crianza y educación en la medida de lo razonable (art. 69). A cambio pueden exigir al hijo el cumplimiento de las reglas de convivencia que dispongan, una contribución equitativa para la satisfacción de las cargas familiares y les corresponde la potestad de dirigir la vida y economía familiar (art. 70).

Por supuesto tras la ruptura de la convivencia no se ven alterados los deberes vitalicios de respeto, ayuda y asistencia comprensiva de prestación de alimentos que impone el art. 58, tanto de los progenitores respecto de sus hijos como a la inversa. Del mismo modo permanecerán incólumes los deberes y derechos del progenitor respecto de sus hijos menores de edad a velar por ellos, visitarlos y relacionarse con ellos, así como el derecho a ser informado por el otro progenitor del estado de sus hijos (con el correlativo deber de información a su cargo). En la otra cara de la relación, los hijos mantienen a su vez el derecho a relacionarse con ambos progenitores, como dispone y ampara el art. 60.1.

Siendo esta la situación previa, ¿qué cambia tras la ruptura de la convivencia? La respuesta está en el art. 76 CDFA, cuyo apartado primero indica que los derechos y obligaciones propios de la autoridad familiar no se verán afectados por la ruptura. Esta afirmación debe ser matizada por cuanto la situación no es exactamente la misma que antes. Ahora los progenitores viven separados y los hijos vivirán con uno solo de ellos,

ya sea en periodos alternativos, si se ha optado por la custodia compartida, o indefinidamente, caso de establecerse la custodia individual. Es por ello que manteniéndose el conjunto de derechos y deberes propio de la autoridad familiar su ejercicio deberá ser modalizado¹⁵.

En primer lugar el derecho-deber de convivencia con los hijos solo podrá exigirse en los periodos donde el régimen de custodia compartida le asigna al progenitor en cuestión la convivencia con ellos. En los periodos restantes, cuando los hijos conviven con el otro progenitor, el derecho-deber quedará circunscrito a las visitas previstas en el plan de custodia adoptado. El art. 76.3.a CDFA subraya el derecho de los hijos a mantener un contacto directo con sus progenitores de modo regular, en lo que es una manifestación del interés superior del menor, al que se supeditan el resto de disposiciones de la sección. Tal derecho de los hijos menores es la otra cara de la moneda en la relación familiar, y refuerza la convivencia alternada con ambos progenitores en un régimen de custodia compartida, o un amplio régimen de visitas si se opta por la custodia exclusiva de uno de los progenitores.

Lo dicho arriba sobre el derecho a convivir con los hijos puede aplicarse también a la posibilidad que tienen los progenitores de instar a sus hijos a que colaboren en las labores domésticas. El hijo ayudará en la medida de sus posibilidades en la vivienda donde resida en el momento en que su ayuda sea reclamada. Además la dimensión de sus tareas vendrá determinada por la exigencia del progenitor custodio, respetando siempre los límites legales de razonabilidad. Podemos extender este sistema al derecho de corrección y a la educación en el ámbito familiar.

La educación de sus hijos no es el único campo en el que el progenitor no custodio pierde poder de decisión. El ejercicio conjunto de la autoridad familiar supone la actuación consensuada de ambos progenitores a la hora de adoptar las decisiones que afecten a sus hijos (sin perjuicio de que esos mismos progenitores adoptaran de común acuerdo otro sistema decisorio, por ejemplo, un reparto de competencias). En caso de divergencias el art. 74 CDFA arbitra varios mecanismos para resolverlas, como el recurso a un Juez o a la Junta de Parientes. Tras la ruptura va a ser imposible la actuación de común acuerdo en todas y cada una de las decisiones que versan sobre los hijos comunes a cargo. Así, las pequeñas decisiones del día a día podrán ser tomadas por el progenitor custodio sin necesidad de consulta o comunicación previas a su expareja. Aunque por supuesto no hay ningún obstáculo legal a que los progenitores mantengan una estrecha comunicación en estos asuntos, es más, seguramente un mayor consenso contribuirá al bienestar del menor. Así lo entiende también el legislador al configurar como un derecho del menor de edad la toma conjunta de las decisiones por parte de los progenitores.

Por el contrario las decisiones verdaderamente trascendentes para la vida o futuro de los hijos, señaladamente los menores de edad, habrán de ser tomadas conjuntamente¹⁶. No

¹⁵C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, “La regulación de la custodia compartida en la Ley de Igualdad de las Relaciones Familiares ante la Ruptura de la Convivencia de los Progenitores”, Actas de los XX encuentros del Foro de Derecho Aragonés, p. 144.

¹⁶ C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE op., p. 163) incluye también en este grupo las decisiones acerca de la organización general del día a día de la vida del menor en sus líneas más importantes, como horarios y permisos, deberían ser también fruto del consenso parental, porque ello es beneficioso para la continuidad y estabilidad en la vida del menor y evita que reciba mensajes contradictorios.

es posible elaborar una distinción taxativa entre ambos tipos de decisiones porque su relevancia puede variar en función de las circunstancias familiares de cada hijo. En general, algunos ejemplos de las decisiones de mayor envergadura serían la elección del colegio o la autorización para realizar un viaje al extranjero. Los derechos a elegir el tipo de formación que recibirán sus hijos, así como los valores religiosos, también se encuadran dentro de este tipo de decisiones.

En tercer lugar estarían las decisiones que pese a tener una considerable importancia deben ser tomadas inmediatamente o no admiten la demora que supondría comunicarse con el otro progenitor. El ejemplo más representativo estaría en las lesiones graves sufridas por el hijo, que requieren de atención médica urgente. En casos como estos es de sentido común que será el progenitor que esté en ese momento con el menor el que habrá de tomar las decisiones pertinentes. No tiene porqué ser el progenitor custodio, piénsese por ejemplo en un accidente en el transcurso de una visita por parte del progenitor no custodio, con ausencia de su expareja.

Por último están las cuestiones dinerarias, en primer lugar la obligación de proporcionar sustento, habitación, vestido y asistencia médica a los hijos a su cargo. La sección contiene varias disposiciones dirigidas a solucionar los problemas derivados de estas cuestiones, tanto por vía consensuada (a través del pacto de relaciones familiares) como por iniciativa del Juez a falta de acuerdo entre las partes. Destacan los preceptos 81, 82 y 83, que se ocupan de tres de las cuestiones económicas más importantes tras la ruptura de la convivencia. Esas cuestiones son, respectivamente, la atribución del uso de la vivienda y el ajuar familiar, los gastos de asistencia de los hijos y la eventual asignación compensatoria. Baste apuntarlas en este momento, porque veremos cada una de ellas con más detenimiento en los siguientes capítulos. A la aplicación de los eventuales ingresos de los hijos haré referencia a continuación.

6.2.- De los hijos

Al analizar los deberes de los progenitores ya hemos visto también los derechos de sus hijos, pues son el reverso de la misma moneda. No obstante no los hemos visto todos. En este apartado veremos el derecho del hijo a ser escuchado en los procesos de guarda y custodia y el deber de contribuir a las cargas familiares. El interés del menor como principio informador de todos los derechos también será objeto de estudio en el capítulo siguiente.

El derecho del hijo menor de edad a ser oído antes de adoptar cualquier decisión, medida o resolución respecto a él se recoge en el art. 76.4 CDFA, aunque para su definición este precepto se remite al art. 6 del mismo Código. Mucho se ha escrito sobre este derecho del menor y no es el objeto de este estudio su análisis exhaustivo. Únicamente diremos que, a efectos de las rupturas de la convivencia familiar, supone la obligación para el Juez de dar audiencia a los menores de edad con suficiente capacidad de juicio, y en cualquier caso si el menor es mayor de doce años de edad. El reconocimiento de este derecho era obligado en un ordenamiento jurídico como el aragonés, que ampara la autonomía progresiva del menor, y en una ley como la que redactó la sección aquí comentada, en la que el interés superior del menor es uno de los dos ejes sobre los que se asienta toda la regulación de las situaciones de ruptura. No será necesario dar audiencia al menor cuando su parecer sobre el particular ya fuera

suficientemente conocido a través de terceros, conforme a las prescripciones del art. 9.2 LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor¹⁷.

Siempre que se acuerde la exploración del menor o este solicite ser oído y la autoridad judicial le conceda audiencia, el Ministerio Fiscal deberá estar presente (aunque adoptará una posición imparcial, art. 2.1 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal) para garantizar que se respetan sus derechos, en su papel de protector de los menores e incapacitados. Esta es una intervención de carácter necesario y con fundamento constitucional (art. 124.2 CE) por lo que no puede negarse en aras de la intimidad de los menores (arts. 138.2 y 754 Ley de Enjuiciamiento Civil) ya que provocaría la vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva recogido en el art. 24 CE, como afirmó la sentencia del Tribunal Supremo nº 17/2006, de 27 de enero de 2006¹⁸.

Respecto la facultad de los progenitores para exigir al hijo su contribución a las cargas familiares, ya hemos visto cómo afecta la ruptura en el caso de las tareas domésticas. Cuestión distinta es el caso de que el hijo, todavía económicamente dependiente, perciba ingresos en una cuantía relevante para la economía familiar. También hemos visto que como contenido de la autoridad familiar está el derecho de los progenitores a aplicar esas cantidades al sostenimiento de los gastos de la unidad familiar, preferentemente los ocasionados por el hijo que aporta los ingresos. En caso de adoptarse la custodia individual tras el cese de la convivencia, la situación no se verá alterada: ese dinero irá destinado a los mismos fines, si bien circunscritos al nuevo ámbito familiar (sin el progenitor no custodio) y parece razonable entender que su administración corresponderá al progenitor custodio. En caso de establecerse la custodia compartida con dos viviendas separadas, la remuneración del menor debería ser aplicada a cada uno de los hogares en los que alterne su residencia de forma proporcional al tiempo que dure esa residencia. De la misma forma se alternará el poder de administración de esas cantidades entre ambos progenitores.

7.- Principios

Dos son los principios fundamentales que, según el preámbulo, inspiran esta sección: el interés superior del menor y el derecho de los progenitores a relacionarse con sus hijos en condiciones de igualdad. Aunque tienen numerosas manifestaciones y alusiones a lo largo de la sección aparecen formulados como tales en los arts. 76.2. y 76.3.b CDFA respectivamente. A continuación analizaremos por separado cada uno de ellos. Acto seguido veremos que papel juegan en la sección. Por último haré un breve comentario a los demás principios que deberán tenerse en cuenta en las situaciones de ruptura de la convivencia con hijos comunes a cargo: libertad de pacto, información recíproca y lealtad en beneficio del menor.

¹⁷ Por otra parte era necesario seguir a la legislación estatal en este punto, ya que España firmó la Convención Universal de los Derechos del Niño de 1989, ratificándola el 6 de diciembre de 1990, y en su art. 12 se impone a los Estados parte la obligación de garantizar al menor el derecho a ser escuchado en todo procedimiento, judicial o administrativo que le afecte.

¹⁸ Puede consultarse un análisis más detallado de esta sentencia y la posición del Ministerio Fiscal en las audiencias de menores en la siguiente obra: M. MIRANDA ESTRAMPES, “La protección de menores: una perspectiva constitucional”, Custodia Compartida y protección de menores, 2009.

7.1.- El interés superior del menor

El interés superior del menor no es ni mucho menos una creación de nuestro ordenamiento. Su origen hay que buscarlo en varias Convenciones de naturaleza no vinculante, pero cuando de verdad adquirió una verdadera protección internacional fue a partir de 1989, con la aprobación de la Convención Universal de los Derechos del Niño en el seno de la Asamblea de Naciones Unidas. Su principio 7º.2 establece que el interés del niño es el principio rector de quienes tienen la responsabilidad de su educación y orientación.

Este interés superior del menor obliga en su actuación a tres grupos de personas, que se designan “sujetos pasivos en el principio del interés del menor”¹⁹:

- Los progenitores y demás responsables del desarrollo del menor en el cumplimiento de los deberes que tienen adjudicados y que se derivan de la posición en que se encuentran respecto a él.
- Los magistrados respecto de las cuestiones sobre las que están llamados a fallar y en las que están involucrados menores
- El legislador, los encargados de desarrollar actividades administrativas y cualquier institución pública o privada.

El interés superior del menor es nombrado de forma recurrente a lo largo de la sección, pero no es definido en esta ni en ninguna otra parte del ordenamiento jurídico aragonés. Esto es la tónica general en la gran mayoría de las legislaciones de todo el mundo, como consecuencia de la indeterminación de origen del principio (la Convención Universal de los Derechos del Niño no incluía una definición al respecto). Tampoco aparece su definición en el Derecho común español, lo que cierra el círculo normativo sin darnos una solución. No obstante no debemos ver en el carácter abierto del principio un despiste o negligencia del legislador. Por el contrario, el legislador aragonés, en consonancia con la gran mayoría de parlamentos en todo el mundo²⁰, prefiere dejar su significado abierto. Su configuración como un concepto jurídico indeterminado permite una mayor libertad a los tribunales a la hora de decidir que es mejor para el hijo menor de edad en cada caso concreto, y adaptar el concepto a la realidad social de cada momento. Pero en esas ventajas radica también el mayor inconveniente de dejar abierto el concepto: la autoridad judicial será el único intérprete del mismo. Esto conlleva dejar su amparo a la discrecionalidad del juez, lo que a su vez genera inseguridad jurídica.

A pesar de no estar definido, la legislación interna ampara el principio del interés superior del menor más allá de la mera ratificación de la Convención Universal de los Derechos del Niño el 6 de diciembre de 1990. Tal principio también es consagrado por el artículo 39 de la Constitución, informa toda la regulación que nuestro derecho hace de las relaciones paterno-filiales y es proclamado, de forma específica, en el artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, y también en el art. 4 de la Ley 12/2001, de 2 de julio, de la Infancia y la Adolescencia en Aragón.

¹⁹ W. HOWARD, “El interés del niño y adolescente en las crisis familiares”, Factores y contenidos de la evolución del Derecho de Familia, p. 19

²⁰ W. HOWARD, op. cit., p. 20, quien cita como excepción el art. 6 del C.N.A. uruguayo, pero cuya definición es estéril: “el interés superior del menor consiste en el reconocimiento y respeto de los derechos inherentes a su calidad de persona humana”.

Con todo, podemos encontrar en la sección varias pistas que orienten al juez a la hora de fijar el interés superior del menor en el caso concreto. En especial, y como ya se apunta en el preámbulo del Código aragonés, el interés superior del menor se considera más salvaguardado cuanto más continua y equilibrada es su relación con ambos progenitores. Así lo entiende también el artículo 9.3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que obliga a los Estados partes a “respetar el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos progenitores a mantener relaciones personales y cuidado directo con ambos de modo regular, salvo si ello es contrario al interés del niño”. En consecuencia, el art. 80 CDFA dispone el régimen de la guarda y custodia compartida como preferente. La custodia individual sólo podrá adoptarse de forma excepcional, cuando ello redunde en un mayor beneficio para los intereses de los hijos menores, tal y como dispone el art.80.2. Este mismo precepto incluye una lista de factores a considerar por el juez para determinar cuál es el régimen de guarda y custodia más adecuado, y dado que el más adecuado será el que redunde en un mayor interés del menor, podemos deducir que son útiles también para determinar cuál es el interés de ese menor. Por ello la lista completa será analizada más adelante, en el capítulo dedicado a la guarda y custodia de los hijos. Junto a esos factores el juez puede recabar la asistencia de profesionales de otros campos para que, en calidad de peritos, aporten su dictamen profesional al respecto. Estos informes periciales serán especialmente relevantes en el campo de la psicología, pues con ellos se podrá establecer de una forma objetiva (con razonamientos científicos) qué es lo mejor para los hijos menores de edad en cuanto a su bienestar emocional y su desarrollo intelectual.

Así pues la modalidad escogida por nuestro legislador para determinar el interés del menor consiste en una amplia discrecionalidad judicial, con pautas e instrumentos legales para ayudar y orientar al juez en la interpretación y concreción del interés de los menores. Pero este no es el único sistema posible. Se han propuesto otros sistemas diferentes para la determinación en cada caso concreto de este principio básico. Siguiendo a CLAVIJO SUNTURA²¹ podemos distinguir los siguientes sistemas:

- Técnica de la cláusula general y determinación por medio de la casuística
- Criterios normativos preestablecidos
- Método de la objetivización
- Método del *dynamicself-determinism*
- Técnica de la tópica jurídica

Nuestro sistema toma elementos de varios de ellos. El más parecido al diseñado por nuestro legislador es el sistema de la cláusula general y casuística, donde destaca la flexibilidad legal: la concreción del principio se deja al juez en cada caso concreto. No obstante la ley aragonesa incluye también criterios normativos preestablecidos para orientar al juez en su decisión. Junto a los factores del art. 80.2 CDFA deben tenerse en cuenta las presunciones legales de que el mejor interés de los menores pasa por permanecer junto a sus hermanos y convivir con ambos progenitores (principios de no separación de hermanos y preferencia por la custodia compartida respectivamente).

²¹ J. H. CLAVIJO SUNTURA, El interés del menor, p. 273.

Los métodos de la objetivación y el *dynamicself-determinism* fueron propuestos por el mismo autor, JOHN EEKELAR²². La objetivación consiste en introducir criterios generales, presentes en la sociedad, en la valoración del interés del menor, lo que guarda gran parecido con el empleo de una o varias cláusulas generales y criterios normativos preestablecidos. El *dynamicself-determinism* es una alternativa al método de objetivación y consiste en seguir la opinión de los hijos menores, recogiendo asimismo los cambios de parecer que puedan registrar con el paso del tiempo. Es decir, que su opción por la convivencia con uno u otro de sus progenitores no será irrevocable, sino que periódicamente se sometería a revisión y podría ser modificada. Por su parte la técnica de seguir los tópicos jurídicos²³ consiste en recurrir a la argumentación jurídica: para la concreción del interés superior del menor los argumentos deben ser valorados a partir de las características intrínsecas de cada relación, en función al ejercicio de la autoridad parental durante la relación conyugal o de hecho.

Así pues, ninguno de estos sistemas aportan nada relevante a nuestro modelo de determinación del interés del menor, el cual toma en cuenta la opinión de los menores, especialmente si son mayores de doce años y consta de un elenco de elementos objetivos para orientar el fallo del juez, entre los que se incluye la aptitud de los progenitores para asegurar la estabilidad de sus hijos, aptitud que será corroborada por el juez con atención a su comportamiento pasado con el menor, entre otros factores.

7.2.- La igualdad entre los progenitores en las relaciones con sus hijos

El segundo de los derechos esenciales en esta materia es el derecho de los progenitores a la igualdad en las relaciones con sus hijos. Junto al principio de interés superior del menor fundamenta el cambio de orientación que supuso la LIRF, al pasar de la guarda y custodia exclusiva de uno de los progenitores como regla general (y la custodia compartida como régimen excepcional) a la custodia compartida como el régimen preferente, pasando a ser la excepción la custodia individual.

Ya hemos visto que los hijos menores de edad tienen derecho a relacionarse de forma directa y continuada con ambos progenitores, pero esto es algo distinto. Este no es un derecho de los hijos, sino de los progenitores. Su fundamento radica, tal y como indica el preámbulo de la ley, en los principios rectores contenidos en el Estatuto de Autonomía de Aragón de igualdad entre el hombre y la mujer. Al otorgarle un papel esencial en el desarrollo de la ley, el legislador aragonés ha buscado desmarcarse del Derecho Común estatal, cuya aplicación conduce en la mayoría de los casos a la custodia exclusiva de la madre²⁴.

²² J. EEKELAR, “*The interest of the Child and the Childs wishes: the role of the dynamic self-determinism*”, *International Journal of Law Policy and the Family*, Oxford University Press, 1994, pp. 42-61, citado a su vez en J. H. CLAVIJO SUNTURA, *El interés del menor*, p. 282.

²³ T. WIEHWEG, *Tópica y jurisprudencia*, 1964, pp. 49, 121 y 124, citado a su vez en J. H. CLAVIJO SUNTURA, *op. cit.*, p. 285

²⁴ Poniendo como ejemplo el año 2009, fecha en la que habían transcurrido cuatro años desde la modificación del Código Civil respecto a la guarda y custodia compartida, según datos del INE, hubo en España 98.207 divorcios. De esos divorcios se otorgó la custodia a la madre en 44.048, al padre en 2.918 y a ambos 5.046. Entendiendo que de esos 98.207 divorcios del año 2009 sólo en 55681 existían hijos menores de edad o incapacitados, los porcentajes resultantes serían: en 2009 se concedió la guarda y custodia a las madres en el 79,11% de los casos, al padre en un 5,22% de los casos, a ambos progenitores en el 9,06 % de los casos y a personas distintas de los progenitores en un 0,67% de las ocasiones.

Delimitados los dos pilares básicos de la ley, es necesario decir que no interactúan en un plano de igualdad. El interés superior del menor, como su propio nombre indica, se encuentra en una situación prevalente. Esto significa que ante un conflicto de intereses, donde choquen el interés del menor y el derecho de los progenitores a relacionarse con su hijo en pie de igualdad, el juez deberá fallar siempre del lado que más convenga al interés del menor. Incluso aunque ello suponga romper el equilibrio en las relaciones paterno-filiales. La más clara manifestación de esto la encontramos en la posibilidad de adoptar la custodia exclusiva por cualquiera de los progenitores, aunque ello suponga reducir el contacto del otro progenitor con el hijo al régimen de visitas que se establezca.

En este sentido, se considera “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”²⁵.

A pesar de todo hay que señalar que, a pesar del valor absoluto del interés superior del menor no deberíamos desmerecer la importancia de los intereses y pretensiones de las demás personas involucradas en la crisis familiar, cuando el objetivo es lograrla prolongación de las relaciones afectivas generadas con anterioridad a la ruptura de la convivencia. De modo que sea complementado, nivelado y compatibilizado con los intereses de todos los miembros de la familia desmembrada.

7.3.- Otros principios

Para acabar una sucinta referencia los otros tres principios informadores de la sección, todos ellos mencionados en el art. 76.5 CDFA, pero de menor importancia en este ámbito. El primero de ellos es un clásico de nuestro Derecho, el principio de libertad de pacto. Sin embargo, es superflua su mención por cuanto el art. 3 CDFA ya recoge el principio *standumestchartae* y es de aplicación a la sección que nos ocupa, igual que al resto del ordenamiento jurídico autonómico. Los otros dos principios son los de información recíproca y lealtad en beneficio del menor. Van dirigidos a presidir las relaciones de los progenitores tras la ruptura de la convivencia, pero tampoco tienen más trascendencia que la de orientar al juez en la interpretación de las normas contenidas en la sección. Hacen referencia a la necesaria cooperación entre los cónyuges para un adecuado desarrollo de cualquier régimen de guarda y custodia, en especial compartida. Esa colaboración también facilitará el cumplimiento de los demás aspectos convenidos en el pacto de relaciones familiares o impuestos por la autoridad judicial.

²⁵C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, “La regulación de la custodia compartida en la Ley de Igualdad de las Relaciones Familiares ante la Ruptura de la Convivencia de los Progenitores”, Actas de los XX encuentros del Foro de Derecho Aragonés, p. 143.

8.- El pacto de relaciones familiares.

Acorde con el principio de libertad de pacto, el art. 77.1 CDFA permite a los progenitores plasmar en un documento los términos de las relaciones con sus hijos tras la ruptura. Nuestro Código del Derecho Foral lo denomina pacto de relaciones familiares.

El pacto de relaciones familiares está claramente inspirado en el convenio regulador previsto en el art. 90 CC. Esto se deduce tanto de la similitud en su redacción como de la disposición adicional segunda, que en su apartado número dos equipara ambas figuras. Pero a pesar de su similitud no hay una completa identidad entre pacto y convenio. Algunos autores (GONZÁLEZ DEL POZO) consideran esas diferencias casi anecdóticas, mientras que otros (MARTÍNEZ DE AGUIRRE) les atribuyen relevancia jurídica²⁶. Personalmente comulgo más con este segundo sector doctrinal pues, como veremos al diseccionar el art. 77 CDFA, las diferencias son notables y trascendentes. En cualquier caso veremos cada una de esas diferencias con detalle y las contrastaremos con las soluciones adoptadas en otros ordenamientos o que fueron propuestas durante la tramitación de la LIRF.

8.1.- Requisitos para su aprobación

El pacto de relaciones familiares adoptará siempre la forma de un acuerdo escrito. Debe ser aprobado por el juez salvo que concurra una o ambas de las dos circunstancias siguientes:

- Primera, que el pacto de relaciones familiares sea contrario a normas imperativas. De nuevo, la sección se limita a repetir lo que ya nos dice el CDFA en su art. 3, cuando fija los límites al principio *standum est chartae*. Siguiendo con esta idea, cabe señalar que tampoco podrá aprobarse el pacto de relaciones familiares si traspasa los otros dos límites impuestos al principio de libertad de pacto por el art. 3 CDFA: lo imposible y la Constitución. Pero sí debemos preguntarnos cuáles son esas normas imperativas con las que habrá que contrastar el pacto de relaciones familiares. La mayoría de los preceptos de esta sección tienen carácter dispositivo, por cuanto solo se aplican a falta de pacto, pero también hay prohibiciones imperativas: por ejemplo, no será posible pactar la atribución de la custodia, individual o compartida, al progenitor incurso en un procedimiento penal por violencia doméstica (art. 80.6).

Aquí conviene tener en cuenta la doble función de las normas dispositivas: por un lado, como supletorias de la voluntad de las partes y por otro como determinantes de la posición negociadora de los progenitores. La doctrina norteamericana ha abordado este segundo aspecto, que ha sido denominado negociación a la sombra de la ley. La fortaleza en la negociación del acuerdo será más elevada cuanto más se aproxime la postura del progenitor en cuestión a las disposiciones legales aplicables a falta de pacto.

²⁶ 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”, Diario La Ley 2010 nº 7529 y C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, “La regulación de la custodia compartida en la Ley de Igualdad de las Relaciones Familiares ante la Ruptura de la Convivencia de los Progenitores”, Actas de los XX encuentros del Foro de Derecho Aragonés.

La parte que quiera modificar ese resultado deberá ceder al menos en alguna de sus pretensiones, lo que puede desequilibrar la relación entre los progenitores en legislaciones como la aragonesa, que establecen una preferencia legal por un régimen determinado de guarda y custodia (en nuestro caso compartida)²⁷.

- El segundo de los límites radica en el interés superior de los hijos menores de edad. Podría entenderse ya incluido en el primer límite, pues el art. 76 es una norma imperativa. En cualquier caso si el juez entiende que tal interés, determinado de acuerdo a los parámetros apuntados más arriba, no queda lo suficientemente preservado en el pacto de relaciones familiares, la ley le impide aprobarlo. Como elemento de apoyo en la valoración del interés del menor, el art. 77.4 exige dar audiencia previa al Ministerio Fiscal en su papel de defensor de los derechos de los menores de edad e incapacitados que puedan estar presentes en el proceso. Entiendo que si los únicos hijos comunes a cargo fueran mayores de edad con plena capacidad de obrar no habría necesidad de tal audiencia, puesto que la audiencia de los hijos tiene su fundamento en “la garantía de los derechos y principios recogidos en el artículo 76.

En tercer lugar es necesario añadir que si el pacto de relaciones familiares establece un régimen de comunicación, estancias o visitas con otros parientes u otras personas allegadas el juez deberá concederles audiencia antes de aprobar el pacto de relaciones familiares en ese punto, de conformidad con el art. 77.6.

Tanto si no se respetan los límites de la libertad de pacto, como si no se salvaguarda el interés de los menores, el art. 77.5 permite una aprobación parcial del pacto. Esto permite salvar los términos del convenio que se ajustan a la legalidad y cumplen ambos requisitos, rechazando los términos que contravengan el interés de los hijos menores o traspasen los límites marcados al principio de libertad de pacto. En estos casos se concederá a los progenitores un nuevo plazo para que subsanen esos aspectos del acuerdo cuya aplicación no fue posible, o todo el pacto si este fue rechazado en su totalidad por el juez. Hay que tener en cuenta que el juez puede aprobar o rechazar el pacto, pero la ley en ningún momento permite su modificación. Si la autoridad judicial considera que el pacto sería aprobado de reunir determinadas características deberá indicárselo así a las partes y conceder el correspondiente plazo para la subsanación del pacto. No puede alterar la voluntad de las partes.

Estas condiciones para la aprobación del pacto de relaciones familiares no coinciden con las previstas en el art. 90 del Código Civil para la aprobación del convenio regulador. Ambos textos coinciden en que el juez puede rechazar el acuerdo si considera que el interés de los hijos menores no queda suficientemente salvaguardado (si los acuerdos son “dañosos para los hijos”, en la redacción del CC). Esto no podía ser de otra manera dado el imperativo constitucional e internacional de protección a los menores de edad. Por otra parte el Código Civil dispone que tampoco se de curso al convenio si contiene acuerdos “gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges”. El legislador aragonés no ha incluido una previsión similar en el art. 77.5 CDFA, lo cual extraña en un texto legal cuyo título ya indicaba que su objetivo primordial era lograr la

²⁷C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, “La regulación de la custodia compartida en la Ley de Igualdad de las Relaciones Familiares ante la Ruptura de la Convivencia de los Progenitores”, Actas de los XX encuentros del Foro de Derecho Aragonés, p. 146.

igualdad en las relaciones familiares tras la ruptura. El art. 76.3.b exige que se respete este derecho, lo que interpretado en un sentido muy amplio permitiría al juez denegar la aprobación del pacto en los casos en que perjudique notablemente la posición de uno de los progenitores en la relación con sus hijos. No obstante aún esta solución permitiría desequilibrios de tipo patrimonial. La única explicación posible es que el legislador aragonés ha dejado un mayor margen de actuación a los progenitores, dándoles libertad para renunciar a ese derecho de relación con los hijos en condiciones de igualdad y a sus derechos patrimoniales, pero con ello también ha desamparado en cierta medida los intereses de ambos. Me refiero una vez más a la posición negociadora de la mujer, que se resiente duramente con disposiciones de este tipo.

Para que el juez apruebe el pacto de relaciones familiares es necesario un último requisito: en él deben figurar las soluciones adoptadas por los progenitores para una serie de relaciones afectadas por la ruptura. Si el acuerdo alcanzado por los progenitores no reúne todas esas menciones necesarias no tendrá la consideración de pacto de relaciones familiares y el juez deberá conceder un plazo suficiente para que sea completado. El listado de menciones necesarias se conoce como contenido mínimo del pacto de relaciones familiares y lo veremos en el siguiente apartado.

8.2.- Contenido mínimo y facultativo

El contenido mínimo aparece enumerado en el art. 77.2 CDFFA, e incluye los siguientes aspectos:

a) El régimen de convivencia o de visitas con los hijos. Es el principal y más importante aspecto a tratar, en la medida que afecta a los dos derechos fundamentales que rigen la LIRF: el derecho de los hijos a un contacto directo y continuado con sus progenitores y el derecho de estos a relacionarse con aquellos en pie de igualdad con el otro progenitor.

Los progenitores disponen de tres opciones, a saber: custodia compartida, custodia partida y custodia exclusiva de uno solo de ellos. Además de la modalidad deberán pactar sobre los detalles de su desarrollo. Así, de optarse por la custodia compartida o conjunta deberán establecerse los periodos que pasarán los hijos con cada uno de sus progenitores; en la custodia partida qué hijos quedarán bajo la guarda de cada progenitor y en la custodia individual a quién le corresponde la misma. En todos los casos deberá establecerse un régimen de comunicaciones, visitas y estancias que garantice unas adecuadas relaciones familiares.

El juez deberá aprobar la elección de los progenitores a no ser que infrinja las condiciones que ya hemos esbozado y veremos después en el capítulo dedicado a la guarda y custodia (se fija un modelo de residencia complejo y desestabilizador para el menor, si no se respeta la recomendación de no separar a los hermanos...), pero no podrá fundarse en que el sistema de guarda elegido por los progenitores es, en abstracto, perjudicial para el interés del menor sino porque lo es en ese caso particular y concreto²⁸.

²⁸C. GUILARTE MARTÍN-CALERO, La custodia compartida alternativa, p. 16

b) El régimen de relación de los hijos con sus hermanos, abuelos y otros parientes y personas allegadas. GONZÁLEZ DEL POZO critica aquí que la inclusión de este régimen sea obligatoria y no facultativa, como ocurre en el Código Civil. El magistrado señala que “solo será procedente recoger en el pacto de relaciones familiares un concreto régimen de comunicaciones y estancias del menor con sus hermanos, parientes o allegados que no convivan en el mismo domicilio en los supuestos en que, por enemistad del progenitor con los mismos, o por otras causas, sea imposible el contacto del hijo menor con aquéllos cuando permanece con el progenitor de la línea correspondiente”²⁹. No puedo sino coincidir con él en este punto. Otra solución nos llevaría a diseñar un régimen mucho más complejo de visitas y desplazamientos del menor. En este sentido hay que señalar que ni las partes en su pacto de relaciones familiares ni el juez pueden imponer derechos u obligaciones a terceras personas sin su aprobación, tal y como dispone el art. 77.6 CDFJ. Ello supondría cargar al hijo menor de edad con un periplo por los diferentes lugares de residencia de sus familiares, lo que iría en contra de su propio interés.

Hay que considerar también que, de ser necesario diseñar ese régimen de relaciones con otros parientes y personas allegadas, la noción de “hermanos” irá referida generalmente a los hermanos de un solo vínculo, ya que como dispone el art. 80.4 “salvo circunstancias que lo justifiquen específicamente no se adoptarán soluciones que supongan la separación de hermanos”. Por el ámbito de aplicación de la ley, la referencia a los hermanos que hace este apartado tiene que entenderse referida a los hijos comunes o hermanos de doble vínculo.

La ley no nos proporciona un concepto de allegado, y ni doctrina ni jurisprudencia han profundizado en su significado más allá del que comúnmente se le atribuye a la palabra. Por lo tanto acudiremos al concepto de allegado que proporciona la Real Academia, el cual hace referencia a una persona cercana o próxima a otra en parentesco, amistad, trato o confianza. Podemos descartar la primera de las relaciones a las que se refiere, pues la ley diferencia entre parientes y personas allegadas en los arts. 75.2, 77.2.b y 79.2.b. Quedarían dentro de este concepto, por lo tanto, los amigos más cercanos, las personas de confianza y aquellos sujetos con los que el trato es más cercano. Dentro de este último grupo destacarían los hijos de alguno de los progenitores fuera de la pareja que ahora se rompe, con los que los hijos comunes no tienen ningún vínculo familiar, pero con los que han convivido un tiempo más o menos prolongado, estableciéndose fuertes lazos afectivos. Esta es una situación relativamente frecuente que se produce cuando, al formar una nueva pareja (sea cual sea su nivel de juridificación, es decir, desde uniones de hecho al vínculo conyugal) cada miembro aporta hijos propios de su anterior relación, teniendo después hijos comunes.³⁰

A su vez, también pueden surgir problemas respecto a otros sujetos a los que se debería tener en cuenta no ya por su proximidad, sino por su apego o cariño, como pueden ser amigos de sus progenitores con los que ha convivido el niño por diversas circunstancias. Como manifiesta RIVERO HERNÁNDEZ “podrá, por tanto, concederse a ciertos parientes más lejanos cuando se ha negado, o podría negarse, a otros más próximos del menor en

²⁹J. 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”, Diario La Ley 2010 nº 7529, p. 1795.

³⁰J. P. GONZÁLEZ DEL POZO, op. cit., p. 1796

quienes no concurren esos motivos y particulares circunstancias”³¹. Por tanto, tal determinación no opera de forma automática, sino de acuerdo con el interés del menor, por lo que habrá que sopesar en cada caso las circunstancias. RUIZ DE LA CUESTA entiende que también se podrá conceder este derecho “en casos muy especiales y debidamente matizados, en favor de un profesor, maestro, religioso, preceptor, párroco, etc., cuando un menor, hasta cierta edad, haya estado sujeto, fuera de los progenitores, a su tutela de hecho o encargo judicial”³².

Finalmente añadir que, tal y como previó DEL POZO, los juzgados aragoneses han sido flexibles con esta exigencia y no se considera necesaria para la aprobación del pacto de relaciones familiares la inclusión de un régimen detallado de estas relaciones. Es suficiente con indicar que las mismas se seguirán desarrollando del mismo modo que antes de la ruptura de la convivencia, indicando en su caso las alteraciones más relevantes.

c) El destino de la vivienda y el ajuar familiar. El pacto de relaciones familiares no introduce ninguna novedad en este punto: la letra c del art. 90 CC ya contemplaba esta materia. Sin embargo la elección del término “destino”, frente al término “atribución del uso”, empleado tanto por el Código Civil como por el propio Código Foral en su art. 81, ha sido elogiada por la doctrina por tener un sentido mucho más amplio³³. El acierto de esta elección viene corroborado por el hecho de que la ley valenciana 5/2011, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven también haga referencia al “destino” de la vivienda en lugar de únicamente a su “uso”. Con el término “uso” se hace referencia a la mera utilización, es decir, a decidir cual de los progenitores va a residir en la vivienda y a utilizar los muebles y enseres contenidos en ella, o en caso de asignarse a ambos, cuando y como van a alternarse en esa utilización. Por el contrario al hablar del destino del inmueble se incluye cualquier otra posibilidad que quisieran pactar los progenitores, como puede ser la venta de la vivienda, su arrendamiento, etc. Lo mismo puede decirse respecto al ajuar familiar.

Hecha esta puntualización, pospondremos el análisis de las cuestiones relativas a la vivienda y el ajuar familiares hasta el capítulo correspondiente, donde analizaré las medidas judiciales que pueden adoptarse al respecto.

d) La participación con la que cada progenitor contribuirá a sufragar los gastos ordinarios de los hijos, incluidos en su caso los hijos mayores de edad o emancipados que no tengan recursos económicos propios, la forma de pago, los criterios de actualización y, en su caso, las garantías de pago. También se fijarán la previsión de gastos extraordinarios y la aportación de cada progenitor a los mismos. Este apartado contiene una clasificación de los gastos de los hijos relevante jurídicamente. Se trata de la distinción entre gastos ordinarios y extraordinarios. Aunque estos conceptos ya eran manejados por doctrina y jurisprudencia, es novedosa su inclusión en un texto legal. A

³¹ F. RIVERO HERNÁNDEZ, *El interés del menor*, 2007, p. 267.

³² F. RIVERO HERNÁNDEZ, *op. cit.*, 2007, p. 269.

³³ M. 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 entre los progenitores”, *Actas XX encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, p. 221, y 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”, *Diario La Ley* 2010 n° 7529, pp. 1796-1797.

pesar de ello, no se contiene una definición de los mismos, lo que obliga a seguir acudiendo a las interpretaciones doctrinales y jurisprudenciales al respecto.

Así, serían gastos ordinarios los necesarios para satisfacer todas las necesidades básicas de los hijos, o visto desde la perspectiva opuesta, para dar cumplimiento a todos los deberes derivados del ejercicio de la autoridad familiar y la guarda y custodia. Por lo tanto incluirían los mencionados en el art. 65, como alimentos, vestido, vivienda, asistencia médica y educación.

Los gastos extraordinarios se definen por oposición a los ordinarios: todo gasto no incluido entre los apuntados arriba, ya sea por su naturaleza imprevisible o bien por constituir un lujo o complemento superfluo debe ser considerado un gasto extraordinario. Como ejemplos respectivos podríamos citar gastos médicos no cubiertos por la Seguridad Social (o el seguro médico, de tenerlo) y la asistencia del menor a clases de tenis o un viaje de fin de curso. Dado que es imposible conocer con exactitud la naturaleza e importe de estos gastos solo se exige una previsión acerca de quién afrontará los mismos.

Respecto de su equivalente en el convenio regulador, la letra “d” del art. 90 CC, el precepto aragonés no hace referencia al matrimonio ni a los gastos de los cónyuges ya que como hemos visto el ámbito de aplicación de la sección va más allá de las parejas casadas con hijos. En consecuencia con la finalidad de la sección y del pacto lo que se exige en el acuerdo es el reparto de las cargas relativas a los hijos. En cambio ambas leyes contienen idéntica alusión a que es necesario incluir en el pacto/convenio “sus bases de actualización” para evitar la necesidad de periódicas revisiones del pacto/convenio con su necesaria aprobación judicial.

En un intento por reducir la litigiosidad que suscita esta materia tras la ruptura, ambas leyes prevén la inclusión de garantías de pago. No obstante, frente a la contundencia de la norma estatal, que lo exige en todo caso, el precepto aragonés introduce un “en su caso” que a mi parecer convierte la previsión de garantías en facultativa. Una desafortunada redacción del legislador que reduce la utilidad del convenio en la medida que la aportación de los progenitores se vuelve incierta, facilitando el impago y subsiguientes reclamaciones judiciales de la participación en los gastos, con el correlativo aumento de la litigiosidad. En su lugar sí se exige pactar la forma de pago, pero esto no ofrece ni mucho menos la misma seguridad.

Por último este apartado especifica que los gastos de los hijos no se circunscriben únicamente a los menores de edad, sino también a los que habiendo alcanzado la mayoría de edad todavía continúan a cargo de sus progenitores, ya sea por carecer de recursos económicos propios o por estar incapacitados. La previsión es superflua, pues ya vimos al delimitar el ámbito de aplicación de la ley que los hijos a cargo incluyen también a estos adultos dependientes de sus progenitores, pero no viene mal que el legislador lo subraye para evitar discusiones interpretativas.

e) La liquidación, cuando proceda, del régimen económico matrimonial. Una redacción calcada casi literalmente del art. 90 CC, pero que por eso mismo no merece objeción alguna. Únicamente apuntar que ese régimen económico matrimonial no tiene porque ser el consorcial aragonés, dependerá de la vecindad civil de los progenitores o lo que hubieran pactado.

f) La asignación familiar compensatoria, en su caso, que podrá determinarse en forma de pensión, entrega de capital o bienes, así como la duración de la misma. Respecto a la regulación anterior, que nos remitía al Código Civil, la novedad está en la posibilidad de abonar la asignación en especie (bienes). Al igual que hemos señalado al tratar la participación en los gastos de los hijos, se echa de menos la exigencia de garantías al pago, por las mismas razones de seguridad y previsión de futuros conflictos. También hubiera sido conveniente añadir la necesidad de establecer unas bases para la actualización de las cantidades en caso de optarse por una pensión, a fin de evitar la necesidad de sucesivas modificaciones del pacto con sus preceptivas convalidaciones por el órgano judicial.

Además de este contenido mínimo, el pacto de relaciones familiares podrá contener cualquier otro acuerdo con relevancia para las relaciones de los hijos con sus progenitores o con otros parientes y allegados. Por ejemplo el art. 77.4.b CDFa tiene como requisito de aplicabilidad la inclusión en el pacto de causas de modificación del mismo. Del mismo modo, a mi entender sería posible incluir en el pacto aspectos relativos a la relación post-ruptura de ambos progenitores en los aspectos que la ley considera relevantes para el cuidado de los hijos. Estos aspectos serían fundamentalmente de carácter económico.

8.3.- Modificación y extinción

Una vez que el acuerdo redactado por ambos progenitores de consuno contiene todas las materias relacionadas en el art. 77.3, no infringe ninguna norma imperativa, el Ministerio Fiscal se ha pronunciado sobre la adecuación del pacto a los intereses de los hijos menores y el juez también considera que se preserva de un modo adecuado y suficiente el mismo, el pacto de relaciones familiares debe ser aprobado por el órgano judicial. A pesar de la redacción del art. 77.5, que comienza con un contundente “el juez aprobará” ha quedado demostrado que el juez tiene un margen de actuación y libertad decisoria considerablemente amplio, tan amplio como indeterminado está el concepto jurídico de interés superior del menor.

No obstante el pacto de relaciones familiares, pese a tener pretensiones de permanencia, no es inalterable. Previendo una serie de circunstancias que pueden afectar al régimen de relaciones establecido, el legislador incluye en el art. 77.3 CDFa una serie de causas que podrán dar lugar a la modificación y extinción del pacto de relaciones familiares. Son las siguientes:

- El mutuo acuerdo de los progenitores
- Causas que consten en el pacto de relaciones familiares
- La petición de uno de los progenitores al sobrevenir circunstancias relevantes
- Por iniciativa del Ministerio Fiscal
- Por privación, suspensión y extinción sobrevenidas de la autoridad familiar a uno de los progenitores
- Incumplimiento grave o reiterado de las obligaciones del pacto

De todas estas causas podemos extraer varias conclusiones. En primer lugar que los legitimados para instar la modificación del pacto son los progenitores de común acuerdo, uno sólo de los progenitores, el Ministerio Fiscal o el juez de oficio. Pero no todos están legitimados en virtud de las mismas causas. Así, solo los progenitores,

otorgantes del pacto, podrían esgrimir cualquier motivo para la modificación o extinción del mismo. Únicamente ellos pueden restringir esa facultad acordando la inclusión en el propio pacto de una lista de causas tasadas para la modificación y/o extinción del pacto. Cuando la iniciativa por el cambio surja de uno solo de los progenitores, la legitimación objetiva se limita a la concurrencia de una causa relevante para ello. Esa causa podría ser, por ejemplo, la pérdida de su empleo fijo, lo que determinaría un importante cambio en el balance económico con su expareja, con eventuales efectos sobre pensiones, asignaciones al otro progenitor, reparto de gastos de los hijos, etc. También podría ser una circunstancia referida a los propios hijos, como la necesidad de una estancia prolongada (o indefinida) del menor en una institución médica para tratar unas lesiones, lo que llevaría a replantear el reparto en su guarda y custodia.

En tercer lugar está legitimado subjetivamente el Ministerio Fiscal, en su papel de defensor de los más débiles, en este caso los hijos menores o mayores pero incapacitados. En consecuencia, las causas de su legitimación se limitan a circunstancias relevantes cuya concurrencia afecte al pacto de relaciones familiares de tal forma que este ya no salvaguarde el interés de los hijos. La posición de los hijos menores o incapacitados habrá de verse empeorada con respecto a antes de producirse tal circunstancia, pero no tiene que tratarse necesariamente de un hecho relativo a ellos. Así, un cambio importante en el estado o las relaciones de los progenitores puede determinar un empeoramiento de las condiciones de vida del menor tal y como está configurado el régimen de guarda y custodia del mismo en ese momento. En cuarto y último lugar entiendo que el juez puede intervenir de oficio cuando no lo haga ninguno de los demás sujetos legitimados, pues también el juez está obligado por el mandato legal de amparar el interés de los hijos menores y discapacitados por encima de todo.

La más novedosa de estas causas, es la prevista en el apartado b) de incorporar al pacto de relaciones familiares las causas por las que se podrá llevar a cabo la posterior modificación o extinción de las medidas contenidas en el propio pacto. Con ello se abre una vía que facilita enormemente la ulterior modificación del pacto por una sobrevenida alteración sustancial de las circunstancias tenidas en consideración por las partes para alcanzar los acuerdos recogidos en el pacto. En realidad, este tipo de pactos, referidos especialmente a la subsistencia y cuantía de las pensiones, ya venían incluyéndose habitualmente en los convenios reguladores y se aprobaban normalmente por los tribunales sin objeción o reparo alguno. Sin embargo, su validez y eficacia debe ponerse en tela de juicio cuando afectan a medidas personales de los hijos, como la guarda y custodia o el régimen de estancias, en cuyo caso el juez, antes de darle validez y eficacia a la causa concurrente, precisa comprobar que la modificación o extinción producida no perjudica los intereses del menor, lo que hará normalmente a través del oportuno proceso de modificación de medidas previsto en la Ley de Enjuiciamiento Civil³⁴.

³⁴J. 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”, Diario La ley 2010, nº 7529, p. 1799.

9.- Mediación familiar.

9.1.- Concepto y regulación

El Código del Derecho Foral de Aragón dedica a la mediación familiar todo su art. 78, que a su vez es el único de la sección dedicado a este método de resolución de conflictos. Tiene gran importancia en las rupturas de la convivencia familiar, como atestiguan no solo el art. 78, sino también el preámbulo de la ley 2/2010 que le dio origen y su disposición transitoria segunda, donde se establecía un régimen básico de mediación hasta que el legislador cumpliera el mandato contenido en la disposición final segunda, que le emplazaba a dictar una ley de mediación aragonesa en tres meses. Tal mandato se materializó en la ley 9/2011, de 24 de marzo, de mediación familiar en Aragón (LMF), con lo que el régimen transitorio se hizo innecesario y fue formalmente derogado por el Código de Derecho Foral de Aragón.

Hay una estrecha relación entre la ley de mediación y la sección que nos ocupa, de hecho, como he apuntado, la ley de mediación nace de la ley de igualdad en las relaciones familiares tras la ruptura de la convivencia. El preámbulo de la ley de mediación hace referencia a la estrecha relación entre ambas leyes: “especial importancia en la figura de la mediación tiene la Ley 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los progenitores, una norma aprobada por las Cortes de Aragón, pionera en aspectos fundamentales del Derecho de familia, que en su preámbulo señala que la mediación familiar resulta un instrumento fundamental para favorecer el acuerdo entre los progenitores, evitar la litigiosidad en las rupturas y fomentar el ejercicio consensuado de las responsabilidades parentales tras la ruptura”. Todo lo relacionado con la mediación se regirá por su ley, el art. 78 se limita a establecer cuando procede la misma y qué valor se le da a los eventuales acuerdos alcanzados en su seno.

El legislador aragonés se ha hecho eco de la corriente mundial a favor del establecimiento de un sistema de mediación como método alternativo de resolución de conflictos (de hecho su origen está en los ADR anglosajones). Esta tendencia se fundamenta en diversos estudios que demuestran la utilidad de los mediadores en la resolución de todo tipo de conflictos frente al proceso judicial. La mayor eficacia de la mediación se basa en una serie de ventajas como una mayor flexibilidad frente a la rigidez del proceso o la posición de igualdad que asume el tercero, pero la clave está en que su objetivo es alcanzar una solución consensuada por ambas partes y no impuesta por el tercero mediador. Los expertos señalan que esto facilita tanto la consecución del acuerdo como su posterior desarrollo y ejecución. Además, al no basarse en la contradicción de las partes, la mediación minimiza las hostilidades y no tensa tanto las relaciones entre las partes. Esta es una de las razones fundamentales de su éxito en la resolución de conflictos dentro de la familia. No solo el menor impacto sobre las relaciones familiares ha llevado a los legisladores a regular la mediación, a ella también se asocian beneficios económicos derivados del ahorro de costes que para el Estado o las autonomías puede suponer respecto de los que comporta el sistema judicial de gestión de los conflictos familiares³⁵.

³⁵I. TENA PIAZUELO, “Ley aragonesa de mediación familiar..., la que faltaba”, Diario La Ley 2011, nº 7626, p. 1229.

Aragón no es la primera Comunidad autónoma en regular un sistema de mediación. Disponen de su propia ley de mediación Cataluña, Galicia, Valencia, Canarias, Castilla-La Mancha, Castilla y León, Baleares, Madrid, Asturias, País Vasco y Andalucía. A ellas habría que añadir los Reglamentos catalán, gallego, castellano-manchego, canario y balear. Se está elaborando el Reglamento en la Comunidad Autónoma del Principado de Asturias, en el que destaca la propuesta de crear la figura del Letrado Asesor del Mediador dentro del Centro de Mediación Familiar. En Navarra, pese a la ausencia de ley específica se está llevando a cabo una mediación vía institucional. Y en Murcia existen protocolos firmados entre la Consejería de Trabajo y Política Social y la Asociación de Mediación de la Región de Murcia, para realizar mediación en caso de conflicto intergeneracional y a través de los Puntos de Encuentro Familiar.³⁶

Recientemente el Gobierno español ha dado cumplimiento al mandato establecido por la disposición final tercera de la ley 15/2005, y ha sido aprobado el Real Decreto-ley 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles. Con ello se da cobertura a este sistema alternativo de resolución de conflictos en los territorios que no contaban con su propia ley sobre mediación, o las complementa.

Además, desde la Unión Europea se potencia la mediación a través de la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2008 sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles y el Libro Verde sobre modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del Derecho civil y mercantil, de abril de 2002. También se pronuncia al respecto el art. 55 d) del Reglamento CE 2201/2003 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental: “las autoridades centrales cooperarán... para facilitar acuerdos entre los titulares de la responsabilidad parental a través de la mediación o por otros medios, y facilitar con este fin la cooperación transfronteriza”. Con todo lo que apenas puede regularse es la práctica en sí de la mediación; más allá de señalar cuándo debe tener lugar la reunión inicial del mediador con las partes en conflicto, las contraindicaciones de la mediación, o las obligaciones y derechos de aquél, la duración máxima del proceso, y sus prórrogas..., poco más se puede decir. Es una actividad no sometida a patrones inexorables³⁷.

Sin embargo, es obvio que para desarrollar un proceso de mediación con garantías de éxito es necesaria una actitud positiva y colaboradora de todas las partes implicadas. El acuerdo debe ser fijado y aprobado por los sujetos en disputa, debe ser una solución que salga de ellos mismos. En este sentido el mediador no es un árbitro, ni tan siquiera un negociador. Porque los negociadores pueden proponer acuerdos a las partes, mientras que el mediador solo crea un entorno favorable a la adopción de los acuerdos, fomenta el diálogo y orienta a las partes sobre sus diversas opciones, pero no puede proponer acuerdos ni medidas concretas a las partes ni mucho menos imponerles una solución, en lo que se conoce como principio de neutralidad (art. 7.f LMF).

³⁶ A. L. CAMPO IZQUIERDO, “Mediación Familiar. Estudio comparativo de la normativa nacional y autonómica”, *Actualidad Civil* 2010, nº 15, p. 1734-1736.

³⁷ I. TENA PIAZUELO, “Ley aragonesa de mediación familiar..., la que faltaba”, *Diario La Ley* 2011, nº 7626, p. 1229.

9.2.- Modalidades

Tal y como dispone el art. 78 CDFA, la mediación familiar se puede llevar a cabo en distintos momentos del proceso, o incluso antes de iniciarse este. Algunos autores como MARTÍNEZ DE AGUIRRE consideran que se deberían actuar estos mecanismos aún con mayor antelación, en el marco de un sistema no de solución de conflictos sino de prevención de los mismos³⁸. En cualquier caso el art. 78 permite la mediación en tres hitos diferentes (aunque en su redacción el art. 78.2 parece permitir al juez su imposición, las características de la mediación que hemos apuntado impiden su desarrollo si no ha sido un sistema libremente escogido por las partes). Esos tres momentos son: antes de interponer acciones judiciales, presentadas estas pero antes de iniciarse el proceso y durante el curso del mismo. El art. 12 de la ley de mediación añade en su letra c la posibilidad de emplear la mediación también cuando el procedimiento ha finalizado. Esto puede ser especialmente útil para un correcto desarrollo de las medidas acordadas en el pacto de relaciones familiares y la resolución de los conflictos que puedan llevar aparejados.

Estos tres supuestos están recogidos en el art. 78 de forma cronológica. Así, la primera posibilidad es acudir a la mediación familiar antes de iniciarse el proceso (art. 78.2 CDFA y 12.a LMF), lo que se conoce como mediación extrajudicial, por oposición a la mediación intrajudicial que incluye las demás posibilidades de mediación, ya dentro del procedimiento judicial. Supone una manifestación del principio de libertad de pacto del art. 3 CDFA, concretado para las rupturas de las relaciones familiares con hijos a cargo en el art. 76.5, como ya hemos visto. Aquí no interviene en la decisión ningún juez, sino que son los progenitores quienes libremente y de común acuerdo eligen la mediación como vía para la solución de los conflictos derivados de su ruptura en lugar de la vía contenciosa. Dada la naturaleza de la mediación, en cualquier momento uno de los progenitores podrá desistir unilateralmente de las negociaciones (art. 19.1 LMF) y presentar una demanda judicial contra el otro progenitor. Igualmente es posible alcanzar un acuerdo, que deberá ser aprobado judicialmente en los mismos términos que el pacto de relaciones familiares, según reza el art. 78.4 CDFA. Es decir, lo que se negocia en el proceso de mediación es el pacto de relaciones familiares, pues esta será la naturaleza del convenio que se obtenga, y por lo tanto deberán respetarse los límites de las normas imperativas y el mejor interés de los hijos menores de edad, así como reunir el contenido mínimo que exige el art. 77 y respetar el resto de derechos y principios que rigen las rupturas de la convivencia con hijos a cargo, como la información recíproca entre ambos progenitores.

La segunda posibilidad está recogida en el apartado tercero del art. 78. Consiste en, presentada la demanda judicial, acudir a la mediación familiar antes de realizar más actos procesales. Aquí los progenitores han escogido la vía judicial como método para resolver sus diferencias (o uno de ellos se ha negado a recurrir a la mediación familiar) pero el juez decide intentar lograr una solución consensuada antes de dar curso a un procedimiento contencioso que probablemente dañará aún más las relaciones entre la expareja, lo que también perjudicará el interés de los menores. En este sentido es claro que el recurso a la mediación familiar está previsto en este artículo pensando en salvaguardar el interés de los hijos menores, como subraya también la ley de mediación

³⁸C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, "La regulación de la custodia compartida en la Ley de Igualdad de las Relaciones Familiares ante la Ruptura de la Convivencia de los Progenitores", Actas de los XX encuentros del Foro de Derecho Aragonés, p. 167.

en sus artículos 6.2 y 10.f. En caso de ruptura sin hijos comunes a cargo, el Código Foral no contempla el recurso a la mediación, ni su recomendación por el juez. Ello no quiere decir que la mediación les esté vedada (el art. 5.2.a de la ley de mediación permite su acceso) pero nos confirma la preocupación del legislador por los menores al incluirla en la sección.

Aceptada la proposición de mediación por ambos progenitores el juez debe designar un mediador familiar. Su designación no se regirá por la ley de mediación familiar, ya que su art. 15, dedicado a la designación, está pensando en mediaciones extrajudiciales, donde la elección del mediador es competencia de la Administración autonómica. De este modo deberá reunir la titulación requerida y aparecer como tal en el Registro de Mediadores de Aragón (que proporcionará una lista de los profesionales que reúnan tales condiciones al juez). ¿Podrían las partes recusar al mediador o abstenerse este de intervenir en el conflicto? Aunque nada digan la ley ni el Código yo entiendo que sí. No podría ser de otra manera, pues el mediador podría tener un interés subjetivo en el caso (por ejemplo por ser familiar de una de las partes) o plantearse un conflicto de lealtades (si fuera también el abogado de uno de los progenitores). Para evitar su recusación o abstención el juez deberá tener en cuenta estas cuestiones. De acuerdo con el art. 23.3 LMF también podrá ejercer como mediador “personal técnico en mediación familiar al servicio de la Administración”.

El mismo apartado 78.2 ofrece una segunda posibilidad al juez: antes de ofrecer a los progenitores el recurso a la mediación familiar puede acordar su asistencia a una sesión informativa sobre la misma, para que se les explique en qué consiste. Dada la redacción del precepto (podrá acordar frente al podrá proponerles la mediación) y la puntualización de que podrá hacerlo “si estima posible que lleguen a un acuerdo”, entiendo que en este caso el juez sí puede imponer a los progenitores esa asistencia. Algunos autores consideran que, al igual que ante la proposición de mediación, la asistencia de los progenitores es opcional, basándose en la necesidad de un acuerdo previo sobre el uso de la mediación para que esta tenga alguna posibilidad de funcionar³⁹. Pero en este caso no estamos hablando de una sesión de mediación, se trata únicamente de una sesión informativa, que, de acuerdo con el art. 14.3 de la ley de mediación “consistirá en una reunión de las partes con un técnico especializado dependiente del departamento competente en materia de Justicia, que les informará sobre las ventajas que supone la figura de la mediación familiar, especialmente para los hijos menores de edad, así como el procedimiento y las características del proceso de mediación”. Obligando a los progenitores a asistir a tal sesión el juez puede romper la actitud reticente de uno de los progenitores, o de ambos, a emplear la mediación o a alcanzar acuerdos en general⁴⁰. Pues es posible que su negativa a someterse a la

³⁹ I. TENA PIAZUELO, “Ley aragonesa de mediación familiar..., la que faltaba”, Diario La Ley 2011, nº 7626, p. 1234.

⁴⁰ En consonancia con el art. 5 de la Directiva de 52/2008, cabría establecer algún tipo de medio compulsivo (ya se trate propiamente de sanciones, o de una previsión en el régimen de las costas procesales) para animar a todas las partes contendientes a prestarse a la mediación. Pero con tal posibilidad, en la medida en que se impusiera una participación forzosa en cualquiera de las fases de un proceso de mediación, se pone en crisis una voluntariedad que resulta característica de la institución. Cabría la esperanza de que la insuficiente previsión procesal sobre la mediación pudiera paliarse mediante la legislación autonómica, pero no debe olvidarse que la legislación procesal es competencia del Estado (art. 149.1.6 CE) “...sin perjuicio de las necesarias especialidades que en este orden se deriven de las particularidades del derecho sustantivo de las Comunidades Autónomas”. I. TENA PIAZUELO, op. cit., p. 1234.

mediación radicara en su desconocimiento de la misma, y se muestren más dispuestos a utilizarla tras saber, por ejemplo, que será más rápida o que supone menores costes que el proceso judicial.

En tercer y último lugar el art. 78.3 establece que una vez iniciado el procedimiento judicial los progenitores pueden solicitar al juez someterse a mediación familiar. Esto es coherente con la naturaleza de este tipo de procesos, donde el impulso procesal depende de las partes. La solicitud debe partir de los progenitores conjuntamente, no de uno solo de ellos. Como ya hemos visto, la ley viene requiriendo un acuerdo previo para el acceso a la mediación, que funciona como una muestra de buena voluntad, por cuanto sin una actitud colaboradora este servicio no tendrá ninguna eficacia. En base al mismo principio de justicia rogada, el juez no podrá denegar o ignorar la petición de los progenitores de someterse a mediación, ni siquiera aunque considerase que solo va a prolongar el proceso. En este sentido el interés superior de los hijos menores no debe ser determinado por el juez, sino que ya ha sido prefijado por el legislador: la mediación familiar salvaguarda los intereses de los menores implicados mejor que el procedimiento judicial.

9.3.- Duración y prohibiciones de acceso a la mediación

La horquilla temporal en la que es posible plantear esa solicitud va desde el primer acto procesal hasta el último, es decir, se mantiene durante todo el proceso. La reacción del juez ante el ruego de las partes no puede ser otra que la de suspender el proceso durante el tiempo necesario para el correcto desarrollo de la mediación. Aunque el Código Foral indica que lo hará el juez, la ley de mediación matiza que el auto de suspensión será dictado por el secretario judicial, como corresponde tras la reforma de la oficina judicial operada por la ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina Judicial y Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, del Poder Judicial.

También la Ley 15/2005 contiene algunas previsiones procesales cuando modifica la LEC (los arts. 770 y 777), en orden a la posibilidad de suspensión de un proceso matrimonial, de nulidad, separación y divorcio, de modificación de medidas o de guarda, custodia y alimentos de hijos menores de edad cuando se siga una mediación entre las partes. Al igual que la ley aragonesa, el art. 770 LEC permite que las partes, de común acuerdo, puedan solicitar la suspensión del proceso (de conformidad con el art. 19 de la propia LEC) para someterse a mediación. De lo que resulta (y esto también afecta a la normativa aragonesa) que la suspensión de las actuaciones procederá cuando las partes manifiesten su deseo de acudir a mediación, pero en cambio no es posible que la autoridad judicial acuerde por propia iniciativa la suspensión de las actuaciones para forzar la derivación a un encuentro mediatorio. La duración máxima de la suspensión será de sesenta días, tal y como disponen los arts. 18.1 LMF y 19.4 LEC. Aunque ni el Código Foral ni la LEC mencionan nada más al respecto, creo que el periodo de suspensión podría y debería ser prorrogado cuando las negociaciones estén teniendo éxito o se encuentren muy avanzadas, con amparo legal en el art. 18.3 de la ley de mediación. En este sentido el secretario judicial habrá de consultar al mediador cuando

se acerque el vencimiento del plazo de suspensión para informarse acerca de la conveniencia de prorrogar o no la mediación, y en caso afirmativo, por cuanto tiempo.

El procedimiento se reanudará si así lo solicita cualquiera de los progenitores o de alcanzarse un acuerdo en la mediación. En este último caso el mediador deberá remitir a la autoridad judicial una copia del acta final del proceso de mediación que se haya seguido, de acuerdo con el art. 19.3 LMF. El juez examinará (art. 20.1 LMF) si el acuerdo alcanzado reúne los requisitos que el Código Foral exige al pacto de relaciones familiares (art.77. 4 y 5 CDFA, analizados en el capítulo anterior), y en caso afirmativo lo aprobará como tal. En caso contrario cabría su aprobación parcial, en la medida que se adecúe a las exigencias legales, y entiendo que procedería una prórroga de la mediación para que los progenitores subsanen los defectos del acuerdo o lo completen si habían olvidado algún elemento del contenido mínimo necesario. No procederá la prórroga si alguno de los progenitores se niega, por ejemplo, por entender que las diferencias restantes son insalvables. Respecto a la solicitud de los progenitores para la reanudación del procedimiento, creo que podría entenderse su manifestación tanto expresa como tácita. No tendría sentido continuar con la mediación si los progenitores no acuden a las sesiones programadas por el mediador. Si se hubiese llegado a un consenso sobre materias distintas a las relativas a las relaciones familiares post-ruptura (contenido mínimo del pacto de relaciones familiares) los progenitores podrán elevar el acuerdo a escritura pública o solicitar su homologación judicial al tribunal, de acuerdo con el art. 20.2 LMF.

En último lugar, el art. 78 CDFA dedica su apartado quinto a disponer una prohibición de acceso a la mediación en los supuestos previstos en el art. 80.6 del mismo código. Tales supuestos son dos:

- Primero.- Al menos uno de los progenitores está incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro progenitor o de los hijos y se ha dictado resolución judicial motivada en la que se constatan indicios fundados y racionales de criminalidad.
- Segundo.- Cuando el juez advierta, basándose en las alegaciones de las partes y otras pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género.

Ambos supuestos también aparecen recogidos en el art. 13.3 de la ley de mediación como impedimentos al acceso a la mediación. Los trataremos en profundidad más adelante, cuando analicemos el art. 80 en el capítulo dedicado al establecimiento judicial del régimen de guarda y custodia de los hijos.

9.4.- Arbitraje familiar

El legislador aragonés ha seguido la corriente nacional e internacional que propugna la mediación como método extrajudicial para la resolución de conflictos familiares, pero existen otros mecanismos privados de resolución de conflictos. Dentro de los ADR destaca también el arbitraje, objeto en nuestro país de regulación a escala nacional en la

ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje, aunque ninguna Comunidad Autónoma se ha interesado lo suficiente por él como para aprobar su propia normativa al respecto.

Así como la mayoría de la doctrina tiene fe en las virtudes de la mediación y apoyan la extensión de su ámbito de aplicación, especialmente en Derecho de Familia, la mayor parte de los autores rechazan el arbitraje en esta misma materia. Los principales argumentos que fundamentan esta negativa incluyen que la mayoría de sus normas son de carácter imperativo⁴¹ y la existencia de un orden público familiar, que justificaría la necesaria intervención de los órganos del Estado en buena parte de los actos jurídico-familiares⁴². Aunque ambas afirmaciones son ciertas, el ámbito de la autonomía privada no queda totalmente excluido (ya que si así fuera tampoco habría lugar a la mediación). El Tribunal Supremo se ha pronunciado en diversas ocasiones sobre la validez de los acuerdos realizados por los cónyuges en ejercicio de su autonomía privada. En este sentido, es interesante citar la STS de 31 de marzo de 2011, que declara la eficacia de un convenio en el que se acuerdan las consecuencias económicas en previsión de una futura ruptura de la pareja, por cuanto el acuerdo reúne los requisitos exigidos para la validez de los contratos.

En cuanto al orden público familiar, la intervención judicial resulta indispensable en ciertos actos jurídico-familiares, fundamentalmente para comprobar el cumplimiento de los requisitos legales de determinados actos, para controlar la constitución de un estado civil que afecta a la condición de la persona y para velar por los intereses de los miembros del grupo familiar más necesitados de protección⁴³. Pero en el resto de aspectos, especialmente los referidos a las relaciones horizontales entre los progenitores, la autonomía privada sigue teniendo un amplio margen de actuación, amparado en la normativa aragonesa por el principio *standum est chartae*.

La ley de arbitraje no contiene una definición del mismo. Pero por su contenido y por la regulación internacional, así como por la labor de doctrina y jurisprudencia, sabemos que consiste en dos o más personas (físicas o jurídicas) que acuerdan someter sus discrepancias presentes o futuras a la decisión de un tercero imparcial, el árbitro (aunque puede ser un tribunal arbitral formado por un número impar de árbitros), en lugar de acudir a las autoridades judiciales. A diferencia de la mediación, donde la

⁴¹ C. MESA MARRERO, “Arbitraje y familia. El modelo canadiense y su posible proyección en el Derecho español”, *Actualidad Civil* 2012, nº 6, p. 562 y ss., quien a su vez cita a L. DÍEZ PICAZO Y A. GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, vol. IV, 2006, p. 44; E. ROCA TRÍAS, “Crisis matrimonial y arbitraje”, *Anuario de Justicia Alternativa*, nº 6, 2005, p. 173; y C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, “Familia, Sociedad y Derecho”, en *Curso de Derecho Civil (IV)*, Derecho de Familia (Coord.), 2007, p. 28.

⁴² C. MESA MARRERO, op. cit., p. 564, quien a su vez cita a L. DÍEZ PICAZO Y A. GULLÓN, op. cit., p. 43

⁴³ C. MESA MARRERO, op. cit., p. 565. En este sentido, E. ROCA TRÍAS, op. cit., p. 179, especifica las situaciones en que el órgano judicial está obligado a intervenir: “la comprobación de la concurrencia de los requisitos para contraer matrimonio, para el correcto ejercicio del derecho fundamental reconocido en el art. 32 CE; la homologación del convenio regulador del divorcio/separación; el control de la constitución de un estado civil que afecta a la condición de la persona, como los procesos de separación y divorcio, la adopción, la emancipación, la incapacitación y la constitución de la tutela, etc.; la sustitución de la capacidad de quienes no pueden prestar consentimiento por sí mismos, como la intervención en la separación/divorcio en relación con los hijos menores, el reconocimiento de menores de edad e incapacitados, las medidas a tomar en los procesos de impugnación de la filiación, ejercicio irregular de la potestad de los progenitores o el conflicto de intereses entre el titular de la potestad y el sometido a ella y el control de la tutela; y la intervención del Fiscal en los procesos sobre estado civil de las personas”.

solución es consensuada por ambas partes y el mediador actúa como moderador del debate, el árbitro dictará al final del procedimiento un laudo que las partes se comprometen a acatar, y que es susceptible de ejecución judicial. La decisión del árbitro es inapelable, salvo por causas legalmente tasadas en las que la esencia del arbitraje quedaría desvirtuada (por ejemplo si el árbitro actúa de forma parcial o no se respeta el convenio arbitral). Asimismo las partes, una vez están de acuerdo en emplear este mecanismo, lo que se manifiesta en el convenio arbitral (que debe constar por escrito o en otro soporte que atestigüe su existencia y permita conocer su contenido) no pueden abandonar unilateralmente el procedimiento.

Hay que tener en cuenta que el arbitraje tuvo un origen ligado al comercio, y aún en la actualidad se encuentra muy ligado a las controversias en materia de Derecho Mercantil, especialmente en el plano internacional, como atestigua el preámbulo de la ley de arbitraje. De hecho, en el mismo, el legislador reconoce que la redacción de la ley “no responde plenamente a los cánones tradicionales de nuestro ordenamiento, pero facilita la difusión del arbitraje entre operadores pertenecientes a áreas económicas con las que España mantiene activas y crecientes relaciones comerciales”, para lo que se ha tomado como referencia la Ley Modelo elaborada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, de 21 de junio de 1985 (Ley Modelo de CNUDMI/UNCITRAL), “recomendada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 40/72, de 11 de diciembre de 1985, teniendo en cuenta las exigencias de la uniformidad del derecho procesal arbitral y las necesidades de la práctica del arbitraje comercial internacional”.

¿Puede entonces una institución diseñada para resolver disputas comerciales emplearse con éxito para resolver problemas en el seno del Derecho de Familia, y más en concreto, derivados de la ruptura de la convivencia con hijos a cargo? MESA MARRERO lo cree posible y toma como referencia el modelo canadiense de arbitraje familiar, introducido en el año 2006 por *TheFamilyStatuteLawAmendmentAct*⁴⁴, una norma que modificó otras ya existentes, en especial la Ley de arbitraje de 1991 (*ArbitrationAct*) y la Ley de Familia de 1990 (*TheFamilyLawAct*), así como en otras disposiciones legales relativas a la custodia y régimen de visitas de los hijos menores.

El modelo canadiense reconoce efectos jurídicos al arbitraje siempre que respete la legislación canadiense en la materia. Siempre se iniciará con la firma de un convenio arbitral en el que las partes acuerdan someterse al arbitraje para resolver sus diferencias respecto a una serie de materias que podrían tratarse en determinados convenios previstos en la Ley de familia canadiense (*FamilyLawAct*): en un convenio matrimonial (*marriagecontracts*), de convivencia (*cohabitationagreement*), de separación (*separationagreement*) o en un acuerdo de paternidad (*paternityagreement*)⁴⁵. Algunas de las materias que pueden ser objeto de este tipo de pactos son las cuestiones relativas al patrimonio y su liquidación, las obligaciones de manutención, los aspectos relativos a la educación y formación de sus hijos, la guarda y custodia y el régimen de visitas. Al igual que en España queda excluida la cuestión relativa al estado civil de los cónyuges, pues solo las autoridades judiciales pueden pronunciarse sobre la declaración de divorcio, separación o nulidad del matrimonio.

⁴⁴C. MESA MARRERO, “Arbitraje y familia. El modelo canadiense y su posible proyección en el Derecho español”, *Actualidad Civil* 2012, nº 6, p. 568

⁴⁵C. MESA MARRERO, op. cit., p. 569

Para garantizar los intereses de todas las personas afectadas por estas materias, en particular de los menores de edad, el legislador canadiense ha establecido una serie de cautelas y controles adicionales en el procedimiento arbitral⁴⁶:

- Los árbitros son profesionales. La legislación española no exige ningún tipo de preparación a los árbitros: el art. 13 LA solo exige “el pleno ejercicio de sus derechos civiles y que no se lo impida la legislación a la que puedan estar sometidos en el ejercicio de su profesión”. Por el contrario en Canadá, además de reunir el resto de las condiciones exigidas en su ley de arbitraje, tienen la obligación de pertenecer a una organización especializada en resolución de conflictos y haber recibido la formación adecuada para desempeñar su función asignada. Esas organizaciones deben crear un registro para este tipo de arbitrajes con las debidas garantías de confidencialidad.
- Para evitar que se esquive la normativa estatal sobre violencia familiar, la ley exige que el árbitro designado para resolver la controversia familiar confirme que se han realizado las comprobaciones necesarias para determinar si podría existir en el caso concreto violencia doméstica física o psíquica, o un significativo desequilibrio de poder entre las partes. A tal efecto, el árbitro debe asegurarse de que las partes son entrevistadas por otro profesional, generalmente por un psicólogo o un trabajador social, y recabar el informe correspondiente antes de iniciar el procedimiento de arbitraje.
- En aras de garantizar siempre el interés superior de los hijos menores de edad, el árbitro o tribunal arbitral deberá tenerlo siempre en cuenta y adoptar la decisión que mejor lo satisfaga. Para orientar su decisión en este sentido el legislador ofrece una lista *numerus apertus* de factores y circunstancias que deben ser valorados antes de dictar el laudo, similares a los recogidos en el art. 80.2 CDFFA. Además, cuando se plantee la ejecución de un laudo que establece un determinado régimen de guarda y custodia de los hijos, el tribunal examinará el fondo del asunto y solo lo ejecutará si considera que la decisión adoptada ha respetado el interés superior de los menores (en cambio si el laudo ordena el pago de una suma dineraria será ejecutado sin más).
- Asimismo para que el laudo arbitral sea ejecutable por la jurisdicción ordinaria es necesario que reúna otro requisito adicional a los genéricos para un laudo en cualquier materia de libre disposición (los requisitos formales y de procedimiento que establece su ley de arbitraje son semejantes a los nuestros, por ejemplo, la necesidad de constar por escrito, indicación del lugar y fecha, con la firma de los componentes del Tribunal arbitral, y que se haga entrega de una copia del laudo a cada una de las partes). Es necesario que antes de formalizar el convenio arbitral las partes hayan recibido asesoramiento legal independiente, extremo que será confirmado por un certificado firmado por cada uno de los abogados.
- Por último la ley exige que el convenio arbitral sea suscrito después de que haya surgido el conflicto, de manera que no se admite un convenio arbitral adoptado en previsión de eventuales controversias que podrían producirse después de una

⁴⁶C. MESA MARRERO, “Arbitraje y familia. El modelo canadiense y su posible proyección en el Derecho español”, Actualidad Civil 2012, nº 6, p. 570.

ruptura de la pareja. No obstante, esta limitación no es aplicable si se trata de un segundo arbitraje (*secondary arbitration*), en cuyo caso las partes sí podrían expresar su voluntad de someterse a un procedimiento arbitral en previsión de un futuro conflicto. Y ello porque el segundo arbitraje tendría por objeto resolver las diferencias que pudieran surgir sobre cuestiones pactadas en el convenio de separación, respecto a las medidas establecidas en la resolución judicial del proceso matrimonial o, incluso, sobre las cuestiones resueltas en un laudo arbitral anterior, siempre que se hubiera previsto la posibilidad de un nuevo arbitraje para resolver las futuras controversias relacionadas con la ejecución del convenio, con el cumplimiento de la sentencia o del laudo arbitral.

Las ventajas del arbitraje frente a la jurisdicción ordinaria son las mismas que ofrece la mediación, fundamentalmente rapidez y economía de costes. En este sentido beneficia tanto a las partes que acuden a ella como a la administración, pues supone un importante ahorro en gastos judiciales, que como apuntan desde los colegios judiciales van destinados a sostener con fondos públicos una justicia de naturaleza privada como es la que nos ocupa. La rapidez viene determinada por oposición a un procedimiento judicial ordinario, ya que como hemos visto los juzgados de familia están sobrecargados. De hecho, la vía arbitral descargaría parte de trabajo de estos órganos, con lo que también mejorarían los plazos de resolución en la jurisdicción ordinaria.

Sin embargo el ahorro para los usuarios sería significativamente menor que el que supone la mediación ante la necesidad de contar con asistencia letrada y la obligación legal de recabar un informe pericial previo sobre la violencia familiar. Del mismo modo, la que suele considerarse la mayor ventaja de la mediación, que la solución no sea impuesta sino alcanzada de común acuerdo por ambas partes, queda desvirtuada en el arbitraje, pues aunque se decide acudir a este mecanismo por ambas partes la decisión final no depende de los progenitores. Esto aumenta el riesgo de futuros conflictos para el desarrollo y ejecución de las obligaciones establecidas. Para conjurar estas desventajas la legislación canadiense prevé el recurso a una tercera figura, un sistema mixto de mediación y arbitraje que recibe el nombre de "*mediation-arbitration agreement*". Se trata de un procedimiento en el que las partes acuerdan someterse a mediación para resolver un determinado conflicto, pero si la mediación no funciona el procedimiento se transforma en un arbitraje que será dirigido por la misma persona que intervino como mediador y la decisión que este adopte será vinculante en los mismos términos que un laudo arbitral⁴⁷.

MESA MARRERO concluye su estudio mostrándose favorable a la introducción del arbitraje para la resolución de disputas familiares en nuestro país. La autora considera que "la eventual expansión del arbitraje en este sector del ordenamiento puede producirse con una lectura flexible y no restrictiva de la Ley de arbitraje, que junto a una reforma del Derecho de familia que siga la tendencia de reforzar la autonomía privada en esta materia, paulatinamente contribuyan a superar el escepticismo con el

⁴⁷C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, "La regulación de la custodia compartida en la Ley de Igualdad de las Relaciones Familiares ante la Ruptura de la Convivencia de los Progenitores", Actas de los XX encuentros del Foro de Derecho Aragonés, p. 167. Señala este autor que esta solución tiene la ventaja de ser más ágil que recurrir al proceso judicial, y tener una mayor neutralidad que la Junta de Parientes. Por el contrario presenta el inconveniente de desnaturalizar la figura del mediador, que puede acabar generando rechazo por el progenitor que se considere perjudicado por sus decisiones.

que se sigue valorando el arbitraje en el terreno de las relaciones familiares”⁴⁸. Aunque estoy de acuerdo en sus posibilidades, no creo que pueda emplearse la actual ley de arbitraje con esta finalidad. Como he apuntado se trata de una ley concebida exclusivamente para los arbitrajes en materia de Derecho mercantil, y sus disposiciones no pueden ser extrapoladas al campo del Derecho familiar, donde rigen muy diferentes principios y la disponibilidad sobre las materias esta mucho más restringida. En mi opinión la reforma de la regulación de las relaciones familiares a la que apunta la profesora debería extenderse también a la ley de arbitraje antes de plantearnos su aplicación en este ámbito, incorporando las garantías que hemos visto en la normativa canadiense. Y este cambio no tiene porque ser a escala nacional. Igual que ha ocurrido con la ley de mediación la Comunidad Autónoma de Aragón puede ser pionera en el desarrollo de una ley de arbitraje autonómica que ofrezca una alternativa en una situación como la actual, en la que se ha demostrado la insuficiencia de los sistemas judicial y de mediación para dar una respuesta adecuada a la enorme cantidad de problemas derivados de la ruptura de la convivencia con hijos a cargo.

La valoración general de la mediación familiar debe ser positiva. Ya se han apuntado las ventajas que supone para la administración pública en materia de costes y reducción de la litigiosidad. La psicología también corrobora sus buenos resultados en este ámbito, tanto para los progenitores como para sus hijos⁴⁹. Y la regulación de esta institución en Aragón es muy completa, contando con una ley específica propia y el artículo 78 CDFA para las cuestiones vinculadas a la mediación familiar.

10.- Aspectos comunes a las medidas judiciales.

Ya hemos visto que los progenitores tienen la posibilidad de pactar el régimen de las relaciones entre ellos y con sus hijos en el pacto de medidas familiares. Para ello pueden requerir el auxilio de un mediador profesional. Pero si los progenitores no se ponen de acuerdo sobre todos o alguno de los aspectos que integran el contenido mínimo de dicho pacto será el juez quien tendrá que diseñar el régimen de relaciones familiares en todo aquello que no haya sido objeto de convenio, o que siéndolo, no respete los límites legales al principio de libertad de pacto. El Código Foral dedica la subsección cuarta de la sección que nos ocupa a exponer las diferentes medidas de aplicación judicial a falta de pacto que el juez puede adoptar en relación con algunos puntos clave de las relaciones familiares: la guarda y custodia de los hijos (art. 80), la atribución del uso de la vivienda y el ajuar familiar (art. 81), los gastos de asistencia a los hijos (art. 82) y la asignación compensatoria (art. 83). El art. 79, que abre la subsección, recoge los aspectos comunes al elenco de medidas que la autoridad judicial puede adoptar a falta de acuerdo entre los progenitores. A continuación analizaremos cada uno de estos preceptos por el orden en que aparecen en el Código.

⁴⁸C. MESA MARRERO, “Arbitraje y familia. El modelo canadiense y su posible proyección en el Derecho español”, *Actualidad Civil* 2012, nº 6, p. 571.

⁴⁹G. SERRANO MARTÍNEZ, “Eficacia y mediación familiar”, *Boletín de Psicología*, nº 92, 2008, p. 51.

10.1.- Criterios comunes para su adopción

Como puede deducirse del título de la subsección (medidas “en defecto de pacto de relaciones familiares”) la sentencia del juez debe ir dirigida a suplir la voluntad de los progenitores y completar el régimen de relaciones familiares tras la ruptura de la convivencia. Por lo tanto, las medidas que debe tomar el juzgador quedan circunscritas a los puntos del pacto de relaciones familiares a los que la expareja no ha dado una solución, fracasado en su caso el procedimiento de mediación. Aún debe hacerse otro matiz: tales aspectos han de integrar el contenido mínimo consagrado en el art. 77.2 CDFR, sin que el juez pueda pronunciarse sobre otros temas quizás planteados en el proceso judicial o de mediación por los progenitores, ya que incurriría en incongruencia *extra petita*. No obstante la ley amplía su margen de actuación en orden a la protección de los hijos menores e incapacitados que el propio legislador le encomienda. Así, a las medidas que debe tomar para cubrir los aspectos de la vida familiar enumerados en el art. 77.2 se suman las que sean necesarias para evitar la sustracción de los hijos menores por alguno de los progenitores o por terceras personas, tal y como dispone el art. 79.2.b. Aunque este precepto se enmarca en el conjunto de criterios que deben orientar la adopción de medidas judiciales lo cierto es que de haber un riesgo real de secuestro el juez tendrá que dictar medidas específicas para evitarlo, como retirar el pasaporte al menor o alguno de sus progenitores, limitar su libertad de movimiento, etc. El art. 79.2 recoge un pequeño listado de los sujetos legitimados para instar la adopción de estas medidas donde se incluyen los hijos menores de edad y el Ministerio Fiscal. No obstante a continuación el legislador amplía tanto la legitimación subjetiva que puede instarlas cualquier persona interesada (por ejemplo otros parientes del menor de edad) o ser dictadas por la autoridad judicial de oficio.

El juez debe pronunciarse sobre todos los puntos relativos a las relaciones familiares incluidos en el art. 77.2 que no hayan sido objeto de su aprobación dentro del pacto de relaciones familiares, y lo debe hacer, como siempre, buscando salvaguardar el interés de los hijos, en especial los menores de edad y los incapacitados. Para la adopción de las medidas necesarias el legislador le proporciona en el art. 79.2 tres criterios que guíen su decisión. Sin embargo no se trata de principios, sino de concreciones legales del interés superior del menor. Incluyen:

a) Garantizar la continuidad y la efectividad del mantenimiento de los vínculos de los hijos menores con cada uno de sus progenitores, así como la relación con sus hermanos, abuelos y otros parientes y personas allegadas. Este apartado no aporta gran cosa a lo dispuesto por el resto de la sección. Como ya hemos visto, la relación de los hijos con sus progenitores es uno de los principios básicos que rigen todas las normas relativas a las rupturas de la convivencia con hijos a cargo (arts. 75.2, 76.3.a, 77.a, etc.). La relación de los menores con sus otros parientes, amigos y allegados también es un derecho mencionado en los primeros artículos de la sección (como el 75.2 o el 77.2.b). La única diferencia estriba en la necesidad de asegurar la viabilidad futura de esas relaciones con las medidas que se adopten. Para ello, la ley tendría que prever algún tipo de control que le permitiera comprobar periódicamente que los derechos de los hijos menores son respetados y que el régimen de relaciones familiares que diseñó con sus medidas es puntual y correctamente desarrollado. En este sentido hubiera sido interesante incluir una disposición semejante a la del apartado 5 del artículo 5 de la ley valenciana de custodia compartida, conforme a la cual “la autoridad judicial, atendidas las circunstancias particulares del caso, podrá establecer un control periódico de la

situación familiar y, a la vista de los informes aludidos en el apartado anterior, podrá determinar un nuevo régimen de convivencia”. Con ello se permite al tribunal que, a petición de cualquiera de las partes, del Ministerio Fiscal, del Equipo Técnico e incluso de oficio, instaurar mecanismos de control periódico como informes de los Servicios Sociales o de algún psicólogo que intervenga con la unidad familiar o con los menores y que puedan apreciar alguna disfunción que avale un cambio de régimen, siempre en beneficio de los menores.

Otra opción es la que ofrece el art. 233-13 del Código Civil catalán. Permite a la autoridad judicial adoptar, por razones fundamentadas, medidas para que las relaciones personales del menor con el progenitor que no ejerce la guarda o con los abuelos, hermanos o demás personas próximas se desarrollen en condiciones que garanticen su seguridad y estabilidad emocional. Además, si existe una situación de riesgo social o peligro, puede confiarse la supervisión de la relación a la red de servicios sociales o a un punto de encuentro familiar.

En lugar de un precepto similar a estos artículos la ley aragonesa ofrece el art. 79.3 CDFA, que como veremos faculta al juez para disponer medidas cautelares con las cuales se asegure el cumplimiento de las medidas judiciales definitivas o provisionales. Creo que dada su amplitud (no hay un elenco cerrado de medidas cautelares posibles) la autoridad judicial podrá disponer cautelas similares a las recogidas por las leyes de nuestro entorno, pero no hubiera estado de más incluir aquellas para que el juez no tenga que inventar nada y pueda ofrecer soluciones mencionadas expresamente por la ley, lo que siempre redundaría en una mayor seguridad jurídica.

En cualquier caso, las medidas de control que finalmente pudieran adoptarse deberían mantenerse hasta que los hijos alcancen la mayoría de edad, momento en el cual decae la especial protección que les dispensa el legislador como menores. La guarda y custodia de los hijos adultos, salvo que e hallen incapacitados, no requiere, a mi parecer, de un control tan cercano como en el caso de los menores de edad, cuyo interés supremo protege la ley por encima de todo y a cuyo cuidado están orientados la mayoría de sus preceptos.

b) Evitar la sustracción de los hijos menores por alguno de los progenitores o por terceras personas. Este criterio irá ligado principalmente al traslado de los hijos menores al extranjero ante la emigración de uno de los progenitores. Se trata del fenómeno de la relocalización de menores (*relocation*). La suma de este criterio junto al derecho de los hijos a relacionarse de forma directa y continuada con ambos progenitores dará como resultado una predisposición de la autoridad judicial a autorizar el traslado de los hijos menores de edad al extranjero. En efecto, en la ponderación de intereses que lleve a cabo el juez tendrán mucho peso estos dos criterios ya que son concreciones legales del interés superior del menor, y en el caso del derecho de los hijos a relacionarse estrecha y frecuentemente se trata de uno de los pilares de la ley 2/2010, configurado como principio básico de la misma⁵⁰.

⁵⁰ F. J. FORCADA MIRANDA, “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 entre los progenitores: custodia compartida, autoridad familiar, responsabilidad parental, traslado y sustracción de menores”, Actas XX Encuentros del Foro de Derecho Aragonés, p. 177.

c) Evitar a los hijos perturbaciones dañosas en los casos de cambio de titular de la potestad de guarda y custodia. Este criterio está pensando en los casos en los que se haya optado por la guarda y custodia conjunta. El juez debe dictar las medidas necesarias para garantizar una transición tranquila y ordenada de la potestad de guarda y custodia, de tal manera que su incidencia en el equilibrio emocional del menor sea la mínima posible. Dado que la mayor fuente de perturbaciones es el desplazamiento físico del menor motivado por el cambio de residencia (cuanto mayor sea la distancia tanto mayor será la alteración de sus relaciones con el otro progenitor y el resto de sus familiares y allegados) entiendo que este criterio supone un prejuicio a favor de la atribución compartida del uso de la vivienda familiar, turnándose los progenitores en proporción a los periodos en que cada uno de ellos ostente la guarda y custodia de los hijos menores. Otra fuente de perturbaciones es la pérdida de contacto con el progenitor que ejercía la guarda y custodia en el periodo inmediatamente anterior. Para suavizar la nueva ruptura de la convivencia con este progenitor, el juez puede diseñar un régimen de visitas complementario al reparto de la guarda y custodia del menor. El número y la frecuencia de estas visitas del progenitor no custodio deberá ser mayor cuanto más prolongado sea el periodo de alternancia en la guarda y custodia. Finalmente, este criterio supone un argumento más para denegar el traslado de los hijos menores al extranjero, pues las perturbaciones asociadas al cambio de residencia y de progenitor custodio se multiplican si además es necesario abandonar el país.

10.2.- Medidas cautelares y provisionales

Las medidas que adopte el juez para cumplir los mandatos del legislador pueden ser ordinarias, cautelares y provisionales. Todas ellas se rigen por los mismos principios y criterios que ya hemos visto, pero cada tipo está pensado para hacer frente a una situación diferente. Las medidas ordinarias van dirigidas a diseñar el sistema de relaciones de los progenitores entre sí y con sus hijos, tanto en lo relativo a la convivencia y cuidado de los menores como en las cuestiones económicas que surgen tras la ruptura de la convivencia. Estas medidas tienen vocación de permanencia y por lo tanto su duración debería ser indefinida salvo que se dicten en respuesta a cuestiones puntuales.

El art. 79.3 permite al juez disponer también medidas cautelares. El objetivo de estas medidas es asegurar el cumplimiento de las medidas ordinarias, por lo que las medidas cautelares tienen un carácter meramente accesorio. No diseñan el sistema de relaciones familiares, sino que su finalidad es remover los obstáculos que puedan dificultar la efectividad de las medidas ordinarias. Por ello tiene un carácter temporal, y una vez que el óbice desaparezca y no haya dificultad en la ejecución de la medida ordinaria a la que acompaña, la medida cautelar también decaerá. Las medidas cautelares pueden ser adoptadas de oficio o a instancia de parte, estando legitimada para solicitarlas cualquier persona con un interés legítimo.

En tercer y último lugar el juez tiene la posibilidad de dictar medidas provisionales de acuerdo con el art. 84. Las medidas provisionales cumplen la misma función que las medidas ordinarias, pero no son dictadas al final del procedimiento sino durante el curso del mismo o incluso antes, si se solicitan junto a la demanda o reconvenición, en cuyo caso suele hablarse de medidas provisionales previas o simplemente de medidas previas. Su finalidad es dar respuesta a las cuestiones planteadas por distintos sujetos

mientras dure el proceso, lo que tiene una especial relevancia en una situación como la de los juzgados de familia aragoneses en la actualidad, que, como vimos en el capítulo “Estado de la cuestión”, se hallan desbordados en Zaragoza estando el tiempo medio para conseguir una sentencia en dos años.

Durante ese tiempo es necesario diseñar un plan de relaciones familiares que garantice los derechos de todos los miembros de la familia, para lo que el art. 84 legitima a los progenitores para instar la adopción de las medidas provisionales que consideren necesarias. Para cubrir los derechos de los miembros más vulnerables de la unidad familiar, los hijos menores de edad y los que se hallen incapacitados, también se concede legitimación al Ministerio Fiscal. Los hijos mayores de catorce años, en atención a la propia representación legal y capacidad de obrar que les reconoce la legislación aragonesa, también están legitimados para instar estas medidas por ellos mismos, sin perjuicio de que el Ministerio Fiscal siga velando por sus derechos.

También es posible que los progenitores presenten al juez determinados acuerdos para que sean aprobados como medidas provisionales y luego puedan pedir como medidas definitivas o presentar dentro del pacto de relaciones familiares otras de contenido distinto. El fundamento legal estaría en la aplicación por analogía del art. 773.1 LEC, el cual indica que los acuerdos no serán vinculantes para las pretensiones respectivas de las partes ni para la decisión que pueda adoptar el Tribunal en lo que respecta a las medidas definitivas. Esto tiene su trascendencia, por ejemplo, de cara a las pensiones alimenticias a favor de los hijos que tienen carácter imperativo y, por tanto, no son disponibles⁵¹.

Sin embargo no pueden solicitarse en el recurso de apelación medidas distintas de las que se solicitaron con la demanda o reconvención, como recuerda la SAP de Lérida de 12 de julio de 2007. Aunque el recurso de apelación permite al Tribunal de segunda instancia conocer en su integridad del proceso, no se abre un nuevo procedimiento ni se autoriza a resolver problemas o cuestiones distintos a los planteados en la primera instancia⁵².

Con las medidas provisionales lo que se diseña es una estructura que, sin embargo, puede ir variando a la vista de los acontecimientos que se suceden durante la tramitación del proceso. Así, las medidas previas ordinarias se convierten o son sustituidas por las medidas provisionales, a su vez las medidas provisionales se convierten o son sustituidas por las medidas definitivas adoptadas en la sentencia que se dicta en la primera instancia y, de interponerse recurso de apelación, las medidas definitivas se convierten o son sustituidas por las medidas firmes acordadas en la sentencia de la Audiencia Provincial resolutoria del recurso de apelación⁵³.

El art. 84 no recoge cuáles pueden ser estas medidas, pero podemos encontrar un listado de las mismas en el art. 233.1 del Código Civil de Cataluña, siendo fácilmente extrapolable a nuestro ordenamiento aunque sea a modo de ejemplo, ya que las medidas

⁵¹ J. M ASECIO MELLADO, “Guía práctica de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Adaptada a la Ley 13/2009, de 3 de noviembre; Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, y Ley 19/2009, de 23 de noviembre”, cuestión 2311.

⁵² J. M ASECIO MELLADO, op. cit., cuestión 2317.

⁵³ J. M ASECIO MELLADO, op. cit., cuestión 2305.

citadas en tal artículo son *numerus clausus*, mientras que en Aragón no se hayan tasadas. La lista incluye:

- La determinación de la forma en que los hijos deben convivir con los progenitores y deben relacionarse con aquel de ambos con quien no estén conviviendo. Excepcionalmente, la autoridad judicial puede encomendar la guarda de los hijos a los abuelos, a otros parientes, a personas próximas o, en su defecto, a una institución idónea, a las que pueden conferirse funciones tutelares con suspensión de la potestad parental.
- La forma en que debe ejercerse la potestad sobre los hijos. Es decir, el régimen de guarda y custodia que se adoptará provisionalmente y cómo se implementará.
- El establecimiento, si procede, del régimen de relaciones personales de los hijos con los hermanos que no convivan en el mismo hogar. Salvando la usual referencia al principio de no separación de hermanos, esta es la única referencia a la custodia partida tanto en el plano autonómico como en el estatal.
- La distribución del deber de alimentos en favor de los hijos y, si procede, la fijación de alimentos provisionales en favor de uno de los cónyuges. También la fijación de alimentos para los hijos mayores de edad o emancipados que no tengan recursos económicos propios y convivan con alguno de los progenitores. Esto forma parte en realidad del régimen de guarda y custodia al que se hace referencia la primera medida provisional, ya que se trata de determinar cómo, cuándo y quién asumirá los gastos de asistencia de los hijos. La regulación puede (y debería) ser considerablemente minuciosa, detallando el reparto de gastos ordinarios y extraordinarios, los periodos, garantías y formas de pago, etc.
- La asignación del uso de la vivienda familiar con su ajuar o, alternativamente, la adopción de medidas que garanticen las necesidades de vivienda de los cónyuges y de los hijos. Si se atribuye el uso de la vivienda familiar a un cónyuge, la autoridad judicial debe fijar la fecha en que el otro debe abandonarla. Junto a ello se determinará, en su caso, cómo se computa la cesión de uso del inmueble en los gastos de asistencia a los hijos y se dará al progenitor no custodio una autorización para la recogida de sus efectos personales (lo que no debemos confundir con bienes integrantes del ajuar familiar, en cuyo caso pese a su naturaleza privativa no podrán ser retirados).
- El régimen de tenencia y administración de los bienes en comunidad ordinaria indivisa y de los que, por capítulos matrimoniales o escritura pública, estén especialmente afectos a los gastos familiares y, si el régimen es de comunidad, de los bienes comunes. Esta es la única de las medidas provisionales que ofrece la ley que no guarda relación directa con el cuidado y bienestar de los hijos.
- Las necesarias para evitar el desplazamiento o la retención ilícitos de los hijos, si existe el riesgo. Ya mencionamos algunas con anterioridad, como la retirada del pasaporte.

Junto a estas medidas, en caso de violencia familiar o machista, la autoridad judicial competente debe adoptar las medidas establecidas por la legislación específica. Y se añaden dos puntualizaciones: la autoridad judicial puede acordar las garantías que sean adecuadas para asegurar el cumplimiento de las medidas provisionales, y la solicitud de medidas provisionales implica la revocación de los consentimientos y poderes que cualquiera de los cónyuges haya otorgado en favor del otro. Aunque la parquedad del art. 84 CDFA determina su amplitud, y casi todo lo incluido en el Código catalán puede ser aplicado por los tribunales aragoneses mediante su potestad interpretativa, creo que hubiera sido conveniente incluir una relación más profunda de las posibilidades que ofrecen las medidas provisionales, con lo que la ley ganaría en claridad y precisión.

10.3.- Modificación y extinción

Todas estas medidas, ya sean previas, provisionales, definitivas o firmes son susceptibles de modificación posterior cuando concurren causas o circunstancias relevantes, según dispone el art. 79.5. CDFA. El código especifica dos de esas causas:

a) La primera aparece en el art. 79.4, según el cual podrá haber lugar a la modificación en caso de **incumplimiento grave o reiterado de las medidas adoptadas judicialmente**. Como alternativa, el mismo precepto señala la posibilidad de exigir su cumplimiento de acuerdo con lo previsto en las normas de ejecución judicial. Parece claro que, antes de pensar en la modificación de las medidas, habrá que acudir a esta segunda vía para imponer su cumplimiento coercitivamente, así como para castigar un incumplimiento aislado (de carácter leve o moderado) del sistema de relaciones familiares diseñado por la autoridad judicial.

La gravedad del incumplimiento es algo que el legislador deja al libre discernimiento del juez, pero, dado el juego de principios y derechos que articula el art. 76 CDFA, sería razonable entender que el incumplimiento será más grave cuanto más perjudique el interés de los hijos menores o la igualdad entre los progenitores en sus relaciones con sus hijos, que son los dos principios básicos que introdujo la LIRF y que han de servir como guía para su interpretación. Por lo tanto, el juez únicamente debe sopesar la posibilidad de modificar las medidas que adoptó en su momento (sean provisionales, definitivas o firmes) en casos de incumplimiento grave y/o reiterado de las mismas.

Cuando el incumplimiento sea relativo al régimen de guarda y custodia adoptado, las eventuales modificaciones que el juez estime convenientes deberán tender a restringir proporcionalmente las responsabilidades o derechos del progenitor infractor respecto a sus hijos menores de edad. Así, en el caso de establecer el juez un régimen de custodia compartida, el incumplimiento de los periodos de alternancia por un progenitor podrá redundar en, o bien limitar su derecho de visitas, o bien restringir los periodos en los que se le concede la guarda y custodia de sus hijos. Esto depende de en que faceta se manifieste el incumplimiento, como progenitor custodio o no custodio, pudiendo llegarse a conceder la custodia exclusiva individual al progenitor que respete las medidas judiciales. En el extremo contrario, habiéndose optado por otorgar la custodia exclusiva a uno de los progenitores, el incumplimiento de las obligaciones que lleva aparejadas, como respetar el régimen de visitas establecido, puede redundar en un sistema de guarda y custodia compartida que garantice el contacto directo y continuado de los hijos menores con ambos progenitores. Los trámites para ello siguen lo dispuesto

en la LEC: la modificación se insta por uno de los sujetos legitimados por el art. 775, que se remite al trámite del art. 771.

El segundo tipo de incumplimiento estaría constituido por los casos en que uno de los progenitores incumpla las obligaciones económicas para con el otro o con relación a los gastos asociados a sus hijos que le fueran impuestas por la autoridad judicial. En el primer supuesto no tiene sentido modificar el régimen de guarda y custodia, ya que se trata de una cuestión ajena a los hijos. Estoy pensando en la eventual liquidación del régimen económico matrimonial (suponiendo que los progenitores estaban casados) y el impago de la asignación compensatoria que establece el art. 83 CDFFA, que a menudo adopta la forma de pensión. En este último caso lo que procede es garantizar los futuros pagos, por ejemplo imponiendo al progenitor moroso la necesidad de formalizar un contrato de aval bancario, o valorar otras opciones de pago, como el pago único o en especie, como dispone el art. 77.2.f.. Si en cualquiera de los casos la autoridad judicial opta por establecer multas coercitivas merece la pena señalar que tras la reforma de la oficina judicial, la nueva redacción del art. 776 LEC concede la potestad al Secretario Judicial para la imposición de multas coercitivas al cónyuge o progenitor que incumpla de manera reiterada las obligaciones de pago de cantidad.

b) El segundo de los supuestos en los que el legislador especifica la posibilidad de modificación de las medidas judiciales adoptadas está recogido en el apartado quinto del art. 79 CDFFA. Se trata de aquellas **resoluciones judiciales en las que se haya acordado la custodia individual en atención a la edad del hijo o hija menor**. Como ya vimos al hablar de los factores que conforman el interés de los hijos menores, en concreto su edad (art. 80.2.a), los tribunales aragoneses, al igual que el resto de los españoles y la mayoría de los europeos siguen la teoría del apego y se han inclinado tradicionalmente por conceder la guarda y custodia individual de los hijos de muy corta edad a la madre siempre que sea posible. Ahora, aunque el legislador aragonés muestra su preferencia por la guarda conjunta, sigue siendo posible optar por un régimen de custodia individual, y una de las circunstancias que más pueden inclinar la opinión del juez en este sentido es la corta edad del menor. Pues bien, aún cuando así sea, no es posible su establecimiento con carácter indefinido. El art. 79.5 exige que la sentencia (aunque debería decir resolución judicial, pues el régimen de custodia individual ha podido ser establecido de forma provisional con el dictado de un auto) debe fijar un plazo para la revisión del régimen de custodia. A su vencimiento es preceptivo abrir un incidente de modificación de las medidas judiciales, con el objeto de determinar si todavía es necesaria la custodia individual (fuera atribuida a uno u otro progenitor) o si el hijo ha alcanzado la edad suficiente para pasar a un régimen de guarda y custodia compartida, ya que su corta edad fue el factor determinante en la adopción de aquel régimen y ya no se da su concurrencia.

Las medidas cautelares pueden ser adoptadas en cualquier momento por el tribunal que esté conociendo del caso, pero siempre a instancia de parte y respetando el resto de los requisitos exigidos por los arts. 721 a 747 de la LEC.

11.- Guarda y custodia de los hijos

Llegamos por fin al punto estrella de la ley 2/2010, donde tiene su origen la sección que nos ocupa. De hecho, popularmente la ley fue denominada “ley de custodia compartida”, por ser una de sus características más relevantes y novedosas la instauración de una preferencia legal en favor de un régimen de guarda y custodia compartida por ambos progenitores.

A pesar de su acogida, algunos autores señalan que la custodia compartida no supone una absoluta novedad, de hecho, ya estaba presente en la ley de divorcio de 1989⁵⁴. Sin ir tan lejos, también era una posibilidad en la regulación inmediatamente anterior a la entrada en vigor de la LIRF. Como vimos al comentar esa regulación, el Código civil permitía (y sigue permitiendo en el Derecho común) la adopción de un régimen de guarda y custodia conjunta, aunque era muy poco utilizado por exigir la concurrencia de muchos requisitos: la solución habitual era conceder la custodia individual a la madre.

11.1.- La preferencia legal por la custodia compartida

El legislador optó por este sistema, tal y como se indicaba en el preámbulo de la LIRF (ahora en el preámbulo del CDFR), “en respuesta a una importante demanda social”. Desde la asociación “Custodia en Positivo” señalan su origen en la Asociación Padres en Acción, cuya petición encontró apoyo en el Partido Aragonés que llevó su iniciativa a las Cortes y logró sacar adelante la proposición de ley. La petición vino motivada porque los progenitores se sentían discriminados en la regulación anterior, que en más de un 90% de los casos reducía su papel como progenitor a un exiguo régimen de visitas a sus hijos, y reclamaban una legislación más igualitaria para ambos progenitores.

La exposición de motivos también señala que con la custodia compartida “se ha pretendido favorecer el mejor interés de los hijos”, y apunta dos ventajas de este régimen “los hijos mantienen lazos de afectividad y una relación continuada por ambos progenitores” y “permite una mejor aceptación de la nueva situación familiar por parte de los hijos”. Del mismo modo se defiende que el sistema “promueve la igualdad entre los progenitores” puesto que con este régimen de guarda compartida “ambos progenitores se implican de manera efectiva en todos los aspectos de la educación y desarrollo de sus hijos y se reduce la litigiosidad entre los progenitores, 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”. Se le han atribuido otras muchas ventajas, como las que suelen atribuírseles por las Audiencias Provinciales⁵⁵ que enumeran las siguientes:

- Garantiza a los hijos la posibilidad de disfrutar de la presencia de ambos progenitores, pese a la ruptura de las relaciones de pareja, siendo tal presencia similar de ambas figuras parentales y constituye el modelo de convivencia que más se acerca a la forma de vivir de los hijos durante la

⁵⁴ SSTs de 1 de septiembre de 1997 y 15 de enero de 2001.

⁵⁵ Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 18ª, de 20 de febrero de 2007, SAP Alicante, Sección 9ª, de 24 de abril de 2009 y SAP Santa Cruz de Tenerife, sección 1ª, de 26 de abril de 2010.

convivencia de pareja de sus progenitores, por lo que la ruptura resulta menos traumática.

- Evita determinados sentimientos negativos en los menores, entre los cuales cabe relacionar los siguientes: miedo al abandono; sentimiento de lealtad; sentimiento de culpa; sentimiento de negación; sentimiento de suplantación; etc.
- Fomenta una actitud mas abierta de los hijos hacia la separación de los progenitores que permite una mayor aceptación del nuevo contexto, y se evitan situaciones de manipulación consciente o inconsciente por parte de los progenitores frente a los hijos.
- Garantiza a los progenitores la posibilidad de seguir ejerciendo sus derechos y obligaciones inherentes a la potestad o responsabilidad parental y de participar en igualdad de condiciones en el desarrollo y crecimiento de sus hijos, evitando, así, el sentimiento de pérdida que tiene el progenitor cuando se atribuye la custodia al otro progenitor y la desmotivación que se deriva cuando debe abonarse la pensión de alimentos, consiguiendo, además, con ello, una mayor concienciación de ambos en la necesidad de contribuir a los gastos de los hijos.
- No cuestiona la idoneidad de ninguno de los progenitores.
- Hay una equiparación entre ambos progenitores en cuanto a tiempo libre para su vida personal y profesional, con lo que se evitan dinámicas de dependencia en la relación con los hijos, pues en ocasiones el dolor y vacío que produce una separación se tiende a suplir con la compañía del hijo o hija, que se convierte así en la única razón de vivir de un progenitor.
- Los progenitores han de cooperar necesariamente, por lo que el sistema de guarda compartida favorece la adopción de acuerdos, lo que se convierte asimismo en un modelo educativo de conducta para el menor. Si bien pueden existir dudas por la falta de acuerdos y de consenso en el quehacer cotidiano, no hay que olvidar, ni ignorar, que la conflictividad que puede comportar la disparidad de criterios educativos y de estilos de vida de los dos progenitores también puede perjudicar al menor en un sistema de custodia exclusiva.

Pero como ya vimos en el capítulo segundo no es una cuestión pacífica, y junto a la defensa de la custodia compartida por muchos profesionales en este ámbito (jueces, abogados, investigadores, psicólogos, pedagogos....) hay una postura opuesta que resalta las desventajas e inconvenientes que significa la guarda y custodia conjunta tanto para los hijos como para sus progenitores. Algunos autores⁵⁶ señalan que la preferencia legal por la custodia compartida altera el balance de derechos de las partes, lo que

⁵⁶ M. GARRIGA GORINA, El criterio de la continuidad frente a la guarda conjunta, p. 6 y C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, “La regulación de la custodia compartida en la Ley de Igualdad de las Relaciones Familiares ante la Ruptura de la Convivencia de los Progenitores”, Actas de los XX encuentros del Foro de Derecho Aragonés, p. 169.

desequilibra las negociaciones entre los progenitores sobre las relaciones tras la ruptura. En concreto perjudica notablemente la posición de la mujer, que hasta ahora tenía una posición más fuerte, consecuencia de una expectativa de fallo favorable a concederle la custodia exclusiva. Ahora en cambio el progenitor puede usar la expectativa de imposición de la custodia compartida para presionar a su expareja (cuya prioridad a menudo es el cuidado de los hijos) en los temas económicos, como la venta de la vivienda. Esto resulta especialmente grave en casos de violencia doméstica subyacente, donde la preferencia legal por la custodia compartida aumenta exponencialmente el poder negociador del progenitor maltratador.

También se aduce que, para que la custodia compartida funcione, es necesaria una buena relación entre los progenitores. Es necesaria comunicación y responsabilidad para su correcto funcionamiento, comprensión y respeto. Y si se ha producido la ruptura de la convivencia es probable que se hayan perdido estos atributos y la relación entre los progenitores haya empeorado considerablemente (no en vano cada uno de ellos ha decidido hacer su vida lejos del otro e interactuar con su expareja lo menos posible). Por lo tanto, deducen estos autores, nunca será posible tras la ruptura de la convivencia un correcto desarrollo de la guarda y custodia alternada y los conflictos que se generen, como desacuerdos en la toma de decisiones irán en detrimento del interés del menor. Ergo, si lo que todas las leyes sobre relaciones familiares buscan por encima de todo es el mejor interés de los hijos menores, la custodia compartida debe ser rechazada de plano.

En congruencia con lo anterior, los detractores de la custodia compartida ponen el grito en el cielo cuando se plantea la imposición judicial de la custodia compartida. En ese caso los progenitores han sido incapaces de llegar a un acuerdo, en el caso de Aragón incluso teniendo la posibilidad de acudir a un procedimiento de mediación. Y en ese escenario de posturas irreconciliables entre los progenitores, nuestro Código Foral señala que la primera opción del juez debe ser la custodia compartida. No solo eso, sino que el establecimiento de otro régimen de guarda y custodia se concibe como excepcional. Ciertamente hay que coincidir con los detractores de la ley en que no parece que esta preferencia legal favorezca ni a los hijos ni mucho menos a los progenitores.

Las dos posturas, a favor y en contra de la custodia compartida cuentan con muchos apoyos y buenos argumentos. A pesar de la tendencia en alza de la postura defensora no puede obviarse el peso de los datos que maneja la postura detractora, por lo que es muy difícil posicionarse en uno u otro bando. Sin embargo me parece claro que, dado que las pretendidas ventajas de la custodia compartida no han sido demostradas de forma incontestable, no debería dársele prioridad a este régimen de relaciones con los hijos. En su lugar, lo más apropiado sería configurar su posición legal en pie de igualdad con la custodia individual, y elegir la más apropiada para cada caso concreto, sin prejuicios de ningún tipo⁵⁷. En esta línea, debo coincidir con los detractores de la custodia compartida en que parece un grave error condicionar al juez para que imponga un régimen de

⁵⁷ Si hay una cuestión que en la reforma de 2005 del CC concitó un consenso mayoritario en la opinión de todos los operadores jurídicos relacionados con el Derecho de familia, fue, precisamente, la necesidad del acuerdo entre los progenitores para que el sistema de custodia compartida comporte todos los beneficios y los menores inconvenientes; y hasta tal punto se ha defendido el valor fundamental del acuerdo, que muchos colectivos reclamaban la limitación de la guarda alternativa a los supuestos de su fijación convencional (C. GUILARTE MARTÍN-CALERO, La custodia compartida alternativa, p. 33).

custodia compartida ante el desacuerdo de los progenitores. Tal imposición judicial no hace sino augurar futuros conflictos en su ejecución y desarrollo, con el consiguiente aumento de la litigiosidad y perjuicios de todo tipo para los hijos a cargo que se pretendía proteger.

11.2.- Conceptos clave y terminología

Es interesante dedicar unas líneas a definir los conceptos clave que emplea el Código de Derecho Foral para evitar confusiones y hablar con propiedad. En primer lugar hay que señalar que el legislador ha ignorado la terminología consensuada a nivel internacional y comunitario en el campo del Derecho de Familia, y en concreto para las relaciones familiares tanto verticales (con los hijos) como horizontales (entre los progenitores). En Aragón, al igual que en el resto de España, tiene plena vigencia el Reglamento comunitario 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 derogó el Reglamento comunitario 1347/2000, pero ninguna de sus definiciones o conceptos fueron recogidos en la LIRF.

En el ámbito comunitario suele hablarse de una tendencia legislativa hacia el establecimiento de la custodia compartida en los Estados Miembros, la mayoría de los cuales ya contemplarían este sistema de guarda en sus Códigos. Pero la realidad es distinta. Solo seis Estados dentro de la UE incorporan en sus legislaciones la posibilidad de establecer un régimen de guarda y custodia compartida: Francia, Inglaterra y Gales, República Checa, Bélgica, Italia y nuestro país, España, lo que representa menos del 22% del total de los países miembros de la U.E. ¿A qué se debe entonces la percepción generalizada de que su acogimiento es mucho mayor? La respuesta se halla en una confusión terminológica, debido a la traducción literal de la expresión anglosajona “*jointcustody*” por “custodia compartida”. En realidad la mayoría de ordenamientos europeos, al igual que el británico, no diferencian entre patria potestad (autoridad familiar en Aragón) y guarda y custodia como una parte de aquella referida a su ejercicio directo. En ellos el uso del término *jointcustody* es empleado para referirse a lo que en España conocemos como patria potestad y aquí en Aragón autoridad familiar, de forma que el progenitor custodio es el que asume en exclusiva la responsabilidad sobre el o la menor y quien tiene la facultad de decidir cualquier aspecto de la vida de su hijo, excluyendo al progenitor no custodio de cualquier toma de decisiones⁵⁸. La expresión inglesa más parecida a lo que entendemos aquí por custodia compartida sería la de “*sharedcustody*”. No obstante esta expresión adolece de los mismos defectos ya apuntados que su equivalente español frente a “custodia alternativa” por lo que sería más correcto emplear el término “*alternatingresidence*”, empleado en los *CEFL Principles*⁵⁹.

Pero no debemos ver en esta disociación de conceptos un escollo insalvable a la armonización terminológica en esta materia. Para ello contamos con el mencionado Reglamento comunitario 2201/2003. Este instrumento facilita en su art. 2 una serie de definiciones de gran utilidad, entre las que cabe destacar:

⁵⁸ R. PÉREZ-VILLAR APARICIO (Coord.), Estudio de derecho comparado sobre la regulación de la custodia compartida, 2006, p. 54

⁵⁹ A. HAYDEN, *Shared Custody: A Comparative Study of the Position in Spain and England*, p.7 y 54.

- Responsabilidad parental (apartado 7): 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.
- Derechos de custodia (apartado 9): entre otros, 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.
- Derecho de visita (apartado 10): en particular, el derecho de trasladar a un menor a un lugar distinto al de su residencia habitual durante un período de tiempo limitado.

Como se ve el concepto de custodia acogido por el Reglamento es mucho más amplio que el manejado en nuestro país por doctrina y jurisprudencia, donde el progenitor custodio no puede elegir unilateralmente el lugar de residencia de los hijos comunes. Además a diferencia de lo que ocurre en España, donde pueden distinguirse dos esferas, “patria potestad/autoridad familiar” y “guarda y custodia”, la mayoría de los países europeos no recogen en sus legislaciones tal desdoblamiento. Por lo tanto, en una gran parte de las legislaciones europeas, la responsabilidad parental se atribuía en forma exclusiva a uno de los progenitores, lo que le capacitaba para tomar, de forma unilateral, todas las decisiones referentes al menor, conservando el otro progenitor un derecho de información y de comunicación en relación con los hijos e hijas comunes. Esta situación provocó un movimiento legislativo generalizado que llevó al reconocimiento de la responsabilidad parental compartida (no custodia), en la mayoría de los países europeos, no solo los seis apuntados. Con ello se permite que ambos progenitores puedan participar en la toma de decisiones que, de una forma fundamental, afecten a sus hijos, posibilidad que tenían vetada con la normativa anterior⁶⁰.

A pesar de su aplicación directa en España y sus Comunidades Autónomas, los legisladores autonómicos suelen caracterizarse por inventar nuevas denominaciones para instituciones ya bien definidas en este texto u otros de corte semejante, ignorando asimismo las recomendaciones de doctrina y jurisprudencia, a menudo sin explicar mínimamente su significado y resultando similares, cuando no idénticas, a aquellas instituciones. Esta forma de actuar parece responder a un ansia de diferenciación con el resto de ordenamientos jurídicos (como también se advierte en los preámbulos de leyes como la 2/2010 o la ley de mediación), que, obedeciendo a motivos políticos, únicamente redundan en una redacción más confusa de las normas, con los consiguientes problemas de interpretación y Derecho comparado. A continuación analizaremos los conceptos más relevantes empleados por el Código de Derecho Foral de Aragón en el ámbito de las relaciones familiares tras la ruptura de la convivencia con hijos a cargo.

- Guarda y custodia. Estos conceptos aparecen con frecuencia unidos y son empleados por separado con un significado prácticamente idéntico. Como apunta TENA PIAZUELO, su expresión conjunta ha adquirido carta de naturaleza

⁶⁰ A. HAYDEN, *Shared Custody: A Comparative Study of the Position in Spain and England*, p. 54.

en nuestro Derecho y es usada sin empacho por doctrina y jurisprudencia⁶¹. El legislador aragonés, emulando al nacional, también emplea esta expresión, pero ninguno ofrece una definición de la misma. La expresión se halla vinculada a la patria potestad (o aquí en Aragón a la autoridad familiar), como parte de su ejercicio, y se usa para referirse al conjunto de deberes y derechos vinculados al cuidado directo de un hijo menor de edad. Esto incluye tanto la cohabitación con los hijos, como todas las obligaciones que se originan en la vida diaria de los menores: la alimentación, vestimenta, asistencia sanitaria, la atención, educación en valores, formación, vigilancia y, desde luego, la responsabilidad por los hechos ilícitos provocados por los menores interviniendo su culpa o negligencia⁶².

Es decir, es parte del contenido de la autoridad familiar, pero ni doctrina ni jurisprudencia han dedicado mucha atención a distinguir ambos conceptos. Y es que, como apunta TENA PIAZUELO, tal distinción solo tiene relevancia en caso de ruptura de la convivencia entre los progenitores. Mientras ambos vivan juntos la patria potestad/autoridad del menor es ejercida de forma conjunta, y por lo tanto la guarda y custodia del menor corresponde a los dos progenitores (arts. 65 y 71 CDFFA). Pero el cese de la convivencia determina que con independencia del régimen adoptado la guarda y custodia del menor, es decir, su cuidado directo, solo puede corresponder a uno de ellos (sin perjuicio de alternarse en esa responsabilidad).

- Custodia individual o exclusiva. Una vez definida la guarda y custodia debemos indagar en que significa su caracterización como individual o compartida. El primer supuesto no ofrece dudas, hace referencia al cuidado directo del menor por uno solo de sus progenitores, con el que cohabita. El otro progenitor puede conservar la cotitularidad de la autoridad familiar, pero su ejercicio quedará limitado al régimen de visitas y la participación en la toma de algunas decisiones importantes.
- Custodia compartida o alternada. Mayores problemas ofrece la expresión guarda y custodia compartida. Aunque su interpretación literal parece sugerir una colaboración activa de ambos progenitores en el cuidado directo del menor, la situación no puede ser la misma que antes de la ruptura de la convivencia, cuando el ejercicio de la autoridad familiar sí era compartido. Como sinónimo de compartida suele usarse la expresión conjunta (que aparece en el párrafo séptimo del art. 92 CC) que tampoco es del agrado de muchos autores, pues consideran con razón que el cuidado directo del menor exige la convivencia con él, por lo que nunca podrán ofrecerlo a la vez (conjuntamente) ambos progenitores, ya que viven separados. En su lugar se ha sugerido el término custodia alternada como más correcto, pues este régimen se caracteriza por la sucesión de periodos más o menos prolongados en los que el hijo reside en la

⁶¹ I. TENA PIAZUELO, “La ruptura de la pareja con hijos. La opción por la custodia compartida”, Factores y contenidos de la evolución del Derecho de Familia, p. 56.

⁶² C. GUILARTE MARTÍN-CALERO, La custodia compartida alternativa, p. 4., I. TENA PIAZUELO, “La ruptura de la pareja con hijos. La opción por la custodia compartida”, Factores y contenidos de la evolución del Derecho de Familia, p. 57 y ss. y C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, “La regulación de la custodia compartida en la Ley de Igualdad de las Relaciones Familiares ante la Ruptura de la Convivencia de los Progenitores”, Actas de los XX encuentros del Foro de Derecho Aragonés, p. 144.

casa de uno de sus progenitores, el progenitor custodio, que será durante ese tiempo quien asuma su guarda y custodia⁶³.

El texto legal incluye otros tres conceptos bien diferenciados: la comunicación, las estancias y las visitas. Todos ellos se ocupan de la relación del progenitor no custodio con sus hijos.

- La comunicación hace referencia al contacto a distancia con el hijo, sin la presencia física del progenitor. Incluye cualquier medio posible, como el correo o las videoconferencias, aunque lo más usual es que se articule a través de llamadas telefónicas. El juez, al diseñar el régimen de relaciones familiares, deberá disponer la frecuencia y duración de tales comunicaciones. Una variable a tener en consideración es que la intensidad de la comunicación habrá de ser inversamente proporcional al tiempo que se establezca para el contacto directo entre ese progenitor y el menor en cuestión, sea a través de visitas y estancias o ejerciendo la guarda y custodia alternada en los periodos correspondientes. Es decir, cuanto mayor sea el contacto directo entre un progenitor y su hijo menores serán la duración y frecuencia de sus comunicaciones a distancia con él.
- Las visitas son breves lapsos de tiempo en los que el progenitor no custodio se relaciona de forma directa con el menor mientras el otro progenitor mantiene su guarda y custodia, sea por corresponderle de forma exclusiva o por tratarse de su periodo de ejercicio en un régimen de custodia alternada. Su duración es variable, y oscila entre unos minutos y varias horas, siendo esta la opción más habitual, aunque nunca un día entero. Su frecuencia también será establecida por el juez atendiendo a los derechos y principios establecidos en la sección, pero en un régimen de custodia exclusiva de uno de los progenitores suele ser bastante alta para satisfacer la necesidad del menor de relacionarse de forma directa con ambos progenitores y el correlativo derecho del progenitor a interactuar con el hijo. Cuando se trate de un régimen de guarda y custodia conjunta, la regla general es que su intensidad será menor cuanto más rápida sea la rotación de los periodos de ejercicio de la guarda y la duración de los mismos para el progenitor visitante, es decir, cuanto más tiempo esté a cargo de su guarda y custodia. De hecho, ante rotaciones muy rápidas como las semanales, puede ser innecesario establecer un régimen de visitas, e incluso de comunicación ante una alternancia diaria de residencia.

Las visitas pueden llevarse a cabo en la vivienda familiar, la residencia estacional del menor (pensemos que se halla de vacaciones), o en un punto de encuentro. Cuando las relaciones de los progenitores son buenas el juez recurrirá a los dos primeros lugares. El progenitor visitante se desplazará a la vivienda donde resida el menor en ese momento para estar un rato con él o recogerlo y llevarlo de nuevo al hogar tras concluir la visita, cuando su duración lo permita. En este supuesto, mientras dura la visita, el ejercicio de la guarda y custodia corresponde al progenitor visitante, puesto que se encuentra en contacto directo con su hijo en ausencia del otro progenitor. En la atribución de la vivienda familiar, el juez puede disponer que dentro de su uso esté incluido el desarrollo

⁶³ En el Senado se adoptó la expresión “guarda y custodia compartida de forma alterna” que no fue incorporada al texto definitivo por un error en la dirección de las votaciones en el Congreso. C. GUILARTE MARTÍN-CALERO, *La custodia compartida alternativa*, p. 13.

de las visitas para evitar conflictos entre los progenitores, e incluso establecer que el progenitor no visitante abandone la misma durante su desarrollo.

En la actualidad el término “visitas” es rechazado por la doctrina, prefiriéndose la expresión “régimen de comunicación y estancia” introducida por la reforma del 2005 en el art. 90.a CC⁶⁴. GONZÁLEZ DEL POZO ha criticado la elección del término “visitas” por el legislador aragonés cuando en el 2005 se reformó el Código Civil, entre otras cosas, para sustituir esa expresión por “régimen de comunicación y estancias de los hijos con el progenitor que no viva habitualmente con ellos”. El cambio vino motivado por parecer que la mera alusión a unas “visitas” relegaba al progenitor no custodio al papel de invitado ocasional de los hijos, desvirtuando su condición de progenitor⁶⁵. A mí, francamente, me parece un tanto exagerado ver discriminación en la elección de uno u otro término: “visitas” parece más breve y conciso y además aparece en el Reglamento comunitario, de modo que yo me inclino por su mantenimiento.

- Las estancias tienen una duración más prolongada que la más larga de las visitas, de forma que nunca serán inferiores a un día entero. Es decir, que el menor pasa la noche con el progenitor no custodio (aunque al igual que en algunas visitas le corresponderá el ejercicio de la guarda y custodia del menor durante el desarrollo de las mismas), pernoctando fuera de la residencia del progenitor que tiene asignada la guarda y custodia individual o en ese periodo. La previsión de este tipo de estancias en el régimen de relaciones familiares por las autoridades judiciales es mucho menos frecuente que el establecimiento de un sistema de visitas y comunicaciones, y solo tiene sentido ante un régimen de custodia exclusiva en el que al progenitor no custodio le es muy difícil o casi imposible visitar de forma frecuente al menor, por ejemplo si su actividad profesional le lleva a pasar largas temporadas en el extranjero o muy alejado del menor (piénsese en un militar, por ejemplo). En caso de establecerse un sistema de guarda conjunta la estancia carece de utilidad: basta con modificar los periodos de custodia de cada progenitor.

Todo lo dicho en estas líneas sobre el régimen de visitas, comunicación y estancias es válido no solo en relación a los progenitores, sino también para las relaciones de los hijos menores de edad con sus demás parientes y allegados. El juez podrá hacer uso de todas estas figuras al dictar las medidas necesarias para garantizar el adecuado contacto del menor con sus abuelos, hermanos de un vínculo, tíos, etc. Y también de los mecanismos para facilitar tales encuentros, como los puntos de encuentro familiar.

11.3.- Modalidades

Ya hemos definido cada uno de los tipos de guarda y custodia contemplados por la ley. A continuación veremos en detalle cada uno de ellos y los criterios y factores que orientarán al juez a la hora de establecer uno u otro régimen.

⁶⁴C. GUILARTE MARTÍN-CALERO, La custodia compartida alternativa, p. 8. Sin embargo esta autora reconoce que el cambio de terminología no ha acabado de cuajar en los pronunciamientos judiciales pues, como se ha tenido la ocasión de comprobar, muchos de ellos siguen apegados al término derecho de visitas.

⁶⁵J. P. GONZÁLEZ DEL POZO, “Análisis crítico de las medidas judiciales a adoptar, ante la falta de acuerdo de los progenitores, en la llamada Ley Custodia Compartida de Aragón”, Diario La ley 2010, nº 7537, p. 1944.

a) Custodia compartida y custodia individual. Uno de los problemas de mayor relevancia se halla en establecer la frontera entre la custodia exclusiva con un amplio régimen de visitas y estancias para el progenitor no custodio y la custodia compartida con su alternancia en los periodos de convivencia de los hijos con uno u otro progenitor. Algunos autores, con los que estoy de acuerdo, consideran que la custodia compartida debe implicar la pernocta de los hijos en casa del progenitor custodio, por lo que la concesión de un mero régimen de visitas a un progenitor, por amplio que sea, nunca deberá considerarse custodia compartida⁶⁶. Las dudas surgen con el reconocimiento de un amplio derecho de estancias al progenitor no custodio, de manera que el hijo pase la noche en su casa frecuentemente. ¿Cuál es el tiempo mínimo de convivencia con cada progenitor para considerar que estamos ante la custodia compartida?

La cuestión es relevante desde el punto de vista práctico. El *nomen iuris* que las partes den al régimen de custodia solicitado, o el que le asigne el juez, tiene incidencia en las reglas jurídicas a aplicar para decidir sobre el destino de la vivienda y ajuar familiar, que son distintas según que la custodia sea compartida o individual y sobre el pago de los gastos ordinarios de asistencia de los hijos, sobre los que el juez asignará a los progenitores la realización compartida o separada teniendo en cuenta el régimen de custodia⁶⁷.

La única alusión al respecto en el Código de Derecho Foral aparece en el preámbulo, cuando se apunta que “la custodia compartida, tal y como se configura en esta Sección, no implica necesariamente una alternancia de la residencia de los hijos en periodos iguales, pero sí en un tiempo adecuado para el cumplimiento de la finalidad de la custodia compartida”.

Como referencia para determinar el límite mínimo que satisfaga esa finalidad podemos acudir a los porcentajes de convivencia de los hijos con uno u otro progenitor que se manejan en otros Estados. En Canadá se considera que un porcentaje de convivencia con uno de los progenitores inferior al 40% redundaría en la imposibilidad de considerar ese régimen como de guarda y custodia compartida. En los Estados Unidos de América se relaja esta exigencia hasta el 33%, llegando al 25 % en algunos Estados⁶⁸. Sobre esta base, podemos considerar como un límite infranqueable ese 25%: una convivencia del hijo con alguno de sus progenitores menor de ese porcentaje determina que no se trata de un régimen de custodia compartida.

Analicemos ahora la regulación que hace el art. 80 CDFR de la imposición judicial del régimen de guarda y custodia o lo que es lo mismo, su establecimiento a falta de acuerdo entre los progenitores. El apartado primero del artículo⁶⁹ reconoce a ambos

⁶⁶ Así lo entienden A. CARRASCO PERERA, “La custodia compartida llega al Tribunal Supremo”, Actualidad Jurídica Aranzadi 2009, nº 790, M. BALLESTEROS DE LOS RÍOS, “Comentario a la sentencia de 11 de marzo de 2010”, CCJC 2010, nº 84 y C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, “La regulación de la custodia compartida en la Ley de Igualdad de las Relaciones Familiares ante la Ruptura de la Convivencia de los Progenitores”, Actas de los XX encuentros del Foro de Derecho Aragonés, p. 148.

⁶⁷ J. P. GONZÁLEZ DEL POZO, “Análisis crítico de las medidas judiciales a adoptar, ante la falta de acuerdo de los progenitores, en la llamada Ley Custodia Compartida de Aragón”, Diario La ley 2010, nº 7537, Diario La ley 2010, nº 7537, p. 1943.

⁶⁸ C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, op. cit., p. 148.

⁶⁹ El actual art. 80.1 (6.1 de la Ley) no aparecía en la Proposición de Ley presentada en las Cortes de Aragón por el grupo parlamentario del Partido Aragonés, que dio lugar a la Ley 2/2010. Su inclusión se debe al Informe de la Ponencia, que propuso una transacción, a partir de las enmiendas núm. 30 del G.P.

progenitores la posibilidad de solicitar al juez el régimen de guarda y custodia que estimen más apropiado, sea la guarda individual o la custodia compartida. Aunque el precepto no lo señala expresamente, tampoco prohíbe que soliciten la guarda y custodia partida. La solicitud puede ser conjunta o por separado, pero en cualquier caso no vincula al juez, ni siquiera en el caso de que ambos progenitores soliciten la guarda y custodia conjunta o coincidan en solicitar que la guarda y custodia sea ejercida por uno de ellos de común acuerdo. Entiendo que la solicitud a la que hace referencia el art. 80.1, párrafo primero supone solo la elección de un régimen de guarda y custodia, individual o compartida, pero sin indicar una planificación rigurosa del mismo, es decir, periodos de convivencia, estancias, visitas ... Porque en caso de que ambos progenitores solicitasen la adopción de un régimen detallado de guarda y custodia, fuera cual fuese, lo que debería hacer el juez es valorarlo atendiendo a los criterios del art. 77.5 para determinar si procede su aprobación como pacto de relaciones familiares parcial (art. 77.2.a). No tendría sentido que, estando de acuerdo los progenitores en este punto, respetando los límites legales al principio de libertad de pacto y el principio de interés superior del menor, el juez les impusiera un régimen de guarda y custodia distinto (aunque no parece fácil que llegados a este punto de repente los progenitores alcancen un acuerdo tan detallado, es una posibilidad que ha de tenerse en cuenta).

Pueden existir casos en que el juez vacile a la hora de establecer un régimen de custodia compartida, aunque lo considere el sistema más beneficioso para los menores, si ese régimen ha sido rechazado, expresa o tácitamente, por ambos progenitores, como puede ocurrir si ambos solicitan la custodia individual para sí y se oponen a cualquier tipo de custodia conjunta. ¿Cabe entonces imponer judicialmente la custodia compartida, por muy beneficiosa que se estime para los menores, contra la voluntad manifiesta de ambos progenitores de que se establezca un régimen de custodia individual? GONZÁLEZ DEL POZO opina que no. “Habiendo acuerdo de las partes en que debe adoptarse un sistema de custodia individual, y no uno de custodia compartida, el mismo debe respetarse por el Juez. De igual manera que el Juez no puede atribuir la guarda exclusiva a un progenitor que no la ha solicitado (cuando la pide el otro), porque no puede imponerse la asunción de las obligaciones inherentes al ejercicio de la custodia al cónyuge que voluntariamente rechaza tal posibilidad, tampoco puede imponerse la custodia compartida a los progenitores que la rechazan, por más que, atribuir la custodia compartida a quien solicita la guarda exclusiva suponga, desde una perspectiva puramente procesal, dar menos de lo pedido (pero no cosa distinta). En este sentido, la tesis que defiende puede encontrar apoyo en un interpretación analógica y extensiva de lo dispuesto en el apartado 5 del propio art. 6 de la Ley” (ahora art. 80.5 CDFa)⁷⁰.

Los otros dos párrafos del art. 80.1 CDFa también están dedicados a tratar el régimen de relaciones con los hijos desde la perspectiva de los progenitores. En ellos se establecen las condiciones que deben reunir los regímenes de custodia compartida para respetar el principio básico de los progenitores a relacionarse con sus hijos en términos

Chunta Aragonesista y núm. 31 del G. P. Socialista, con la redacción actualmente en vigor, que fue aprobada con el voto a favor de todos los grupos excepto la Agrupación Parlamentaria de Izquierda Unida de Aragón, que vio rechazada su enmienda núm. 29 en la que proponía condicionar el establecimiento de la custodia compartida a la existencia de acuerdo de los progenitores (J. P. GONZÁLEZ DEL POZO, “Análisis crítico de las medidas judiciales a adoptar, ante la falta de acuerdo de los progenitores, en la llamada Ley Custodia Compartida de Aragón”, Diario La ley 2010, n° 7537, pp. 1945 y 1948).

⁷⁰J. P. GONZÁLEZ DEL POZO, “Análisis crítico de las medidas judiciales a adoptar, ante la falta de acuerdo de los progenitores, en la llamada Ley Custodia Compartida de Aragón”, Diario La ley 2010, n° 7537, p. 1943.

de igualdad con el otro progenitor y a mantener un contacto directo y continuado con ellos, lo que también son derechos de los hijos. El Código diferencia entre la custodia compartida y la individual.

Si el juez entiende que lo mejor para el interés de los hijos menores es un régimen de custodia compartida y opta por dictar una medida para su establecimiento, deberá tener en cuenta varios factores para su diseño. El párrafo segundo del art. 80.1 establece dos requisitos que debe cumplir el régimen de convivencia: adaptación a las circunstancias de la situación familiar y garantía del ejercicio de los derechos y deberes de los progenitores en situación de igualdad. Esas circunstancias de la vida familiar pueden identificarse en buena medida con los factores enumerados por el art. 80.2 para la adopción del régimen de custodia compartida, y nos remitimos a su análisis en el capítulo correspondiente. No debemos olvidar que a la hora de diseñar los periodos de convivencia el juez también debe dar cobertura a los tres objetivos del art. 79.2.

- Para garantizar la continuidad y la efectividad del mantenimiento de los vínculos de los hijos menores con cada uno de sus progenitores, así como de la relación con sus hermanos, abuelos y otros parientes y personas allegadas, los periodos de alternancia en la custodia deberán posibilitar estas relaciones, por ejemplo, articulando derechos de visita para los familiares de la rama que corresponda a cada progenitor durante los periodos en que ese progenitor convivirá con su hijo. Así, durante los periodos en que la madre es el progenitor custodio, el juez debería establecer un derecho de visitas en favor de los familiares de la rama materna, así como los allegados del menor que disfrutaran de una mejor o más estrecha relación con la madre (o que estando ligados a ambos progenitores por igual tengan una mayor facilidad para relacionarse durante el tiempo de custodia de la madre, ya sea por proximidad geográfica, fechas en que se desarrolla la custodia o cualquier otra circunstancia). Hay que recordar que previamente al establecimiento de estas visitas de tercero es necesaria su aprobación, ya que de ellas se derivan derechos y pueden suponer también obligaciones. A tal efecto el juez deberá concederles audiencia (art. 77.6).
- Evitar la sustracción de los hijos menores por alguno de los progenitores o por terceras personas. A la hora de fijar los horarios de reparto de la guarda y custodia este es un factor sin apenas relevancia.
- Evitar a los hijos perturbaciones dañosas en los casos de cambio de titular de la potestad de guarda y custodia. A mi parecer este precepto engloba tanto el cambio físico de residencia y relaciones del hijo menor de edad como la frecuencia de rotación de los progenitores en su custodia. En el primer caso hay que tener en cuenta que la relación entre los progenitores puede distar mucho de ser cordial, no en vano les ha sido imposible llegar a un acuerdo sobre la custodia de sus hijos. Partiendo de esta base, y para facilitar la transición en la custodia pueden utilizarse los puntos de encuentro, que aunque han sido utilizados para la implementación del régimen de visitas y estancias en el marco previo de custodias individuales mayoritarias, han demostrado su utilidad en la entrega y recogida de menores. En lo relativo a la frecuencia de alternancia en la guarda y custodia del menor, la jurisprudencia ha establecido varios criterios basados en el mejor interés del menor, entre los que se incluyen la conveniencia de repartir entre los progenitores tanto las vacaciones escolares del hijo como los

periodos lectivos, a fin de que ambos contribuyan en su educación pero también puedan disfrutar de un tiempo de asueto con su vástago. Del mismo modo parece razonable que ambos progenitores incluyan dentro de sus periodos de custodia fechas señaladas como Navidad, Reyes, etc. El día del padre o de la madre, los cumpleaños de los progenitores y otras fechas de especial significado para la relación del menor con uno de sus progenitores deberían coincidir con el periodo en el que el progenitor en cuestión ostenta la potestad de guarda y custodia.

Volviendo al art. 80.1.II, la situación de igualdad entre ambos progenitores no consiste necesariamente en un reparto idéntico de la guarda y custodia del menor, ni en cuanto a duración, ni en cuanto a fechas, horario de visitas o cualquier otra variable dentro del régimen de guarda. Lo único que hace la ley es eliminar prejuicios en favor de uno u otro progenitor, de tal manera que el punto de partida del juez debe ser el equilibrio de derechos y obligaciones para ambos progenitores. Pero, dada la prevalencia del interés superior de los hijos menores de edad, concretado en los factores que ya hemos apuntado y los que estudiaremos al hablar del art. 80.2, es posible que las medidas judiciales rompan ese balance en favor de uno u otro progenitor, siempre que se justifique adecuadamente.

Por su parte el párrafo tercero del art. 80.1 se ocupa de los casos en que la custodia individual sea el régimen de custodia fijado por la autoridad judicial. En tal caso, reza este precepto, “se fijará un régimen de comunicación, estancias o visitas con el otro progenitor que le garantice el ejercicio de las funciones propias de la autoridad familiar”. Pese a la separación que establecen estos párrafos, estando este dedicado exclusivamente a los casos de custodia individual, no hay óbice legal alguno a la adopción de estas medidas en casos de custodia compartida. Por el contrario, pueden ser muy convenientes si se establecen periodos de alternancia prolongados, como los de carácter trimestral, semestral o incluso anual. También parece razonable garantizar el contacto directo del menor con ambos progenitores en fechas clave como el cumpleaños del menor, donde privar a uno de los progenitores del contacto con sus hijos puede dañar seriamente su relación con ellos.

El art. 80.2 CDFA incluye la famosa preferencia legal a favor de la custodia compartida. Significa que si tanto la guarda y custodia individual como la alternada satisfacen en un grado similar el interés de los menores, la autoridad familiar debería decantarse por esta última. Con ello se consigue, a juicio del legislador, garantizar los dos derechos básicos de la sección: los hijos se relacionan de forma directa y continuada con ambos progenitores y estos gozan a su vez de una relación constante con sus hijos. La custodia individual permanece pues en un segundo nivel de prevalencia, y solo deberá ser adoptada cuando sea más conveniente. En el marco de principios y derechos que establece la sección, este “más conveniente” solo puede interpretarse como “más conveniente para la satisfacción del interés de los hijos menores de edad”, y, subsidiariamente, para garantizar los derechos de los progenitores que reconoce la ley.

b) Junto a los dos tipos de custodia que hemos observado, la individual y la compartida, existe una tercera modalidad que ha sido denominada **guarda y custodia partida**. Esta clase de guarda solo puede ser adoptada cuando hay por lo menos dos hijos comunes en la unidad familiar. Supone, por decirlo gráficamente, que los progenitores se “reparten” a sus vástagos, quedando algunos bajo la guarda y custodia de uno de sus progenitores y

el resto bajo la guarda y custodia del otro progenitor. El reparto no tiene por qué ser equitativo, haya o no un número impar de hijos, pero para que pueda hablarse de guarda y custodia partida el cuidado directo de al menos un hijo debe ser atribuido a cada uno de los progenitores. Como en las otras modalidades de guarda, la autoridad familiar no tiene por qué verse afectada: seguirá siendo ejercida (salvo en lo referente al cuidado directo del menor) por ambos progenitores conjuntamente sobre todos sus hijos comunes a cargo. Podríamos diferenciar dos subtipos: la guarda partida alternada, en la que los hijos serían “intercambiados” periódicamente por sus progenitores en los mismos términos que se establecen para la custodia compartida, y la guarda partida exclusiva, donde el reparto inicial de los hijos permanecería inalterado en el tiempo.

Esta salomónica solución no está prohibida por el legislador, y podrá ser adoptada tanto por el juez como por los propios progenitores en el pacto de relaciones familiares. Sin embargo se sitúa en un tercer nivel de preferencia, por debajo de las otras modalidades. Esta posición viene dada por el art. 80.4, que dispone “salvo que las circunstancias lo justifiquen específicamente no se adaptarán soluciones que supongan la separación de hermanos”. El legislador cree que esta solución perjudica el bienestar de los hijos y por ello su establecimiento está previsto como extraordinario. Además de cerrar el escalafón de preferencia legal sobre los distintos tipos de guarda, entiendo que este precepto debe orientar la decisión del juez sobre la aprobación del pacto de circunstancias familiares. En consecuencia, la guarda y custodia partida pactada por los progenitores debe ser rechazada en principio por la autoridad judicial, que únicamente accederá al establecimiento de tal régimen si se acreditan una o varias circunstancias que lo justifiquen expresamente.

¿Y cuáles pueden ser esas circunstancias? El legislador aragonés no lo especifica, como tampoco lo hace el estatal cuando dispone el mismo principio en el art. 92.5 del Código Civil (redacción dada por la ley 15/2005) donde indica que el juez adoptará las cautelas necesarias para garantizar el cumplimiento del régimen de custodia establecido, “procurando no separar a los hermanos”. La doctrina tampoco ha prestado atención a este supuesto, dada su escasa relevancia práctica, de modo que debemos acudir a la jurisprudencia. Destaca la Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias nº 221/2007, de 28 mayo, donde se acuerda la separación de dos hermanos, quedando uno bajo la guarda y custodia de su abuela y otro con su madre, modificando el pronunciamiento judicial en primera instancia que atribuía la guarda y custodia de ambos menores a la abuela paterna. ¿Qué razones motivaron tal cambio? Fundamentalmente el profundo y fehaciente rechazo que el primogénito manifiesta hacia su madre, “hasta el punto que la única comunicación que admite el menor se hace por teléfono y, a lo que se ve, sin especial calor al menos por parte del niño” lo que aconseja que este menor permanezca con su abuela. Es decir, prima el principio de su interés sobre el de conservación del núcleo familiar o no separación de hermanos. Con una casuística tan reducida no es posible establecer un elenco absoluto de causas para la separación de hermanos, pero sí una conclusión general: deberá llevarse a cabo siempre que ello vaya en favor del interés superior de alguno de los hijos menores, y siempre y cuando no sea posible adoptar una solución que no fracture el núcleo familiar y la convivencia entre los hermanos.

c) Finalmente desde los Estados Unidos de América se promueve una nueva modalidad: **la tesis del *approximationstandard***. Se trata de un criterio de atribución de la guarda de los hijos en casos de crisis matrimonial o de pareja que consiste en atribuirla a cada uno

de los progenitores en la medida de la dedicación histórica de cada progenitor a las tareas de cuidado de los hijos antes de la ruptura⁷¹. Esto redundará en sistemas de guarda y custodia conjunta donde los porcentajes de convivencia pueden ser inferiores a los que consideramos el mínimo para ser custodia compartida (por debajo del 25/75%).

El criterio fue propuesto por ELIZABETH S. SCOTT en 1992⁷² y acogido por el *American Law Institute* en los *Principles of the Law of Family Dissolution*, en los siguientes términos: “en ausencia de acuerdo de los progenitores, el tribunal debe atribuir a cada uno de ellos la custodia de forma que la proporción de tiempo asignado a cada progenitor se aproxime a la que cada uno de ellos dedicaba al cuidado del hijo antes de la separación”. No obstante este criterio no vincula al juez de forma absoluta. La regla prevé la posibilidad de apartarse del estándar con la finalidad de atender a varios objetivos: proteger a los hijos en casos de violencia doméstica, preservar las relaciones entre hermanos, atender a los deseos de los hijos, evitar soluciones poco prácticas o que puedan resultar perjudiciales para los hijos y asegurar un mínimo de tiempo para la relación entre el hijo y cada uno de los progenitores⁷³.

Las ventajas que se le atribuyen pueden agruparse en dos: asegurar unas relaciones familiares satisfactorias para todas las partes y proporcionar al juez un criterio sólido para el establecimiento del régimen de guarda. Respecto a la primera se argumenta que facilita un mayor y mejor cumplimiento de los derechos y deberes que resulten de la resolución judicial, puesto que la distribución de la guarda es coherente con la organización por la que optaron los progenitores durante la convivencia. En cuanto a la segunda, facilita al juez la toma de decisiones pues proporciona una información mucho más fiable sobre las preferencias y el compromiso de las partes, que la que puede resultar de aquello que los progenitores expresan una vez que la relación entre ellos se ha roto y concreta su tarea a la averiguación de hechos históricos, susceptibles de prueba⁷⁴.

Por el contrario las críticas a este estándar se centran en el hecho de que comporta aplicar a situaciones de crisis de pareja los criterios de distribución de la guarda y custodia que regían la convivencia antes de la ruptura (lo que hace prever un mal funcionamiento de los mismos en esta nueva situación) y, por otro lado, a que atiende sólo al elemento cuantitativo, es decir, al tiempo que cada progenitor dedica al cuidado de los hijos y no tiene en cuenta elementos cualitativos, como la mayor aptitud de uno de los progenitores en las labores de crianza y educación⁷⁵.

Creo que el número y entidad de estos inconvenientes es tan elevado que debe descartarse la introducción en nuestro Derecho de esta modalidad como criterio estándar para la atribución de la guarda y custodia de los hijos. La ruptura de la convivencia plantea un nuevo escenario de las relaciones familiares en que pueden cambiar muchas de las circunstancias que motivaron el anterior comportamiento de los progenitores

⁷¹ M. GARRIGA GORINA, El criterio de la continuidad frente a la guarda conjunta, p. 6.

⁷² E. S. SCOTT (1992), “*Pluralism, parental preference and child custody*”, *California Law Review*, nº 80, p. 615.

⁷³ M. GARRIGA GORINA, op. cit., p. 6.

⁷⁴ M. GARRIGA GORINA, op. cit., p. 9. En esta obra puede consultarse un desglose más detallado de las ventajas e inconvenientes del *approximation standard*.

⁷⁵ M. GARRIGA GORINA, El criterio de la continuidad frente a la guarda conjunta., pp. 10 y 11.

hacia sus hijos⁷⁶. Por ello creo que su papel debe ser el de un factor más a considerar por el juez para decantarse por el establecimiento de uno u otro régimen de guarda, para lo cual ya tiene cabida en el art. 80.2.f del Código de Derecho Foral de Aragón, y venía ponderándose desde antaño por nuestros tribunales bajo la denominación de criterio de la estabilidad del menor o mantenimiento del *status quo*⁷⁷.

11.4.- Puntos de encuentro familiar

Conviene dedicar unas líneas a comentar la situación de los Puntos de Encuentro Familiar (PEF) en Aragón. Estos centros tienen una gran utilidad en las situaciones de crisis familiar de las que se ocupan los arts. 75 a 84 del Código Foral. No obstante en ninguno de estos preceptos, ni en ningún otro del mismo Código se hace referencia a ellos. Los PEF son especialmente relevantes a la hora de articular un régimen de visitas o de guarda conjunta cuando las relaciones entre los progenitores no son las mejores.

Los puntos de encuentro familiar son lugares de carácter neutral ideados para facilitar las relaciones familiares tras casos de ruptura de la convivencia con hijos a cargo donde la relación entre los progenitores es muy mala o uno de ellos tiene un comportamiento agresivo o inadecuado. Los PEF carecen de regulación específica tanto en la normativa aragonesa como en el Derecho común supletorio. Actualmente hay seis Comunidades Autónomas que han regulado los PEF. La primera fue Asturias, cinco de ellas lo han hecho a través de un decreto, y sólo Valencia lo hace a través de una ley⁷⁸. Con el fin de unificar criterios y fijar unos mínimos de funcionamiento y equipamiento de los PEF, la comisión interautonómica de directores y directoras generales de infancia y familias, aprobó el día 13 de noviembre de 2008 un documento marco de mínimos para asegurar la calidad de los puntos de encuentro familiar.

En 2011 el Gobierno de Aragón planteó un proyecto de decreto por el que se regulaba el funcionamiento de los puntos de encuentro familiar en la comunidad, pero el mismo se quedó en fase de tramitación administrativa. No obstante la figura de los PEF no es desconocida por la legislación autonómica. Este servicio social se encuentra recogido en las fichas del Catálogo de Servicios elaborado en desarrollo de la ley de servicios sociales de Aragón. Asimismo la ley 4/2007, de 22 de marzo, de prevención y protección integral a las mujeres víctimas de violencia en Aragón establece en el artículo 22, que el departamento competente en materia de familia facilitará lugares o puntos de encuentro donde se lleven a cabo las visitas de madres y/o progenitores a sus

⁷⁶ Es muy habitual en las familias un reparto de los roles entre los progenitores de tal forma que uno (a menudo el padre) proporciona los ingresos para el mantenimiento de los gastos familiares y el otro (que suele ser la madre) se ocupa de las tareas domésticas y el cuidado de los hijos. La aplicación del *approximationstandard* a este modelo clásico de familia supone desconocer las intenciones y situación de los progenitores tras la ruptura. Al no tener que mantener a su expareja el progenitor que trabajaba dispone de más tiempo para dedicar a sus hijos. Por el contrario el otro muy posiblemente deba incorporarse al mercado laboral, reduciendo la atención que puede prestar a sus vástagos.

⁷⁷C. GUILARTE MARTÍN-CALERO, Criterios de atribución de la custodia compartida, p. 9.

⁷⁸ La regulación autonómica se regula en la ley 13/2008, de 8 de octubre, de la Generalitat, reguladora de los Puntos de Encuentro Familiar de la Comunidad Valenciana y los decretos 93/2005, de 2 de septiembre, de los Puntos de Encuentro Familiar en el Principado de Asturias; 2/2007, de 26 de enero, por el que se regulan los Puntos de Encuentro Familiar en La Rioja; 124/2008, de 1 de julio, regulador de los Puntos de Encuentro Familiar por derivación judicial en la Comunidad Autónoma del País Vasco; 9/2009, de 15 de enero, por el que se regulan los puntos de encuentro familiar en Galicia y 7/2009, de 27/01/2009, de organización y funcionamiento de los puntos de encuentro familiar de Castilla-La Mancha.L. CAMPO IZQUIERDO, "Mediación Familiar. Estudio comparativo de la normativa nacional y autonómica", Actualidad Civil 2010, nº 15, p. 1734.

hijas e hijos en los supuestos de nulidad, separación y divorcio del matrimonio o, en su caso, de ruptura de la unión de hecho, con antecedentes de conductas violentas en la pareja. Dichos puntos de encuentro serán atendidos por personal especializado, que emitirá y comunicará los informes que procedan a la autoridad judicial.

Como servicio social público, el acceso a los PEF es posible tanto por decisión judicial como por acuerdo de los progenitores en el pacto de relaciones familiares. Aunque la ley no vincula al juez en este sentido, es evidente que cuando la autoridad judicial tenga que establecer un régimen de guarda y custodia de los hijos menores en los casos de ruptura de la convivencia de unos progenitores con antecedentes de conducta violenta deberá fijar el desarrollo de las visitas y/o el traslado del menor en el PEF más cercano al domicilio familiar. Es suficiente con que los antecedentes violentos concurren en uno solo de los progenitores, como puede deducirse fácilmente del espíritu y finalidad de la ley, que está pensando en el progenitor. Aunque la ley entiende por violencia únicamente a la perpetrada contra las mujeres (es una ley de género) no hay óbice legal alguno a que el juez incluya el uso de los PEF en el régimen de guarda y custodia que establezca ante casos de violencia doméstica contra los hijos, independientemente de cual de los progenitores la ejerciese, y también en los casos de violencia de la mujer contra el hombre, por raros que estos sean.

Creo que Aragón debería seguir el ejemplo de las Comunidades pioneras en este aspecto y aprobar una ley o reglamento donde se regularan los puntos de encuentro familiar y su relación con la mediación familiar y la ruptura de la convivencia entre los progenitores con hijos comunes a cargo. Otra opción sería modificar cualquiera de estas normas para incluir un apartado que trate los PEF. En cualquier caso, la creación de un marco legal para los mismos, unido a una adecuada provisión de los medios necesarios para desempeñar sus funciones, redundarían en un sistema de prevención y tratamiento de los conflictos familiares mucho más completo e integrado.

11.5.- Criterios de atribución

En definitiva, la autoridad judicial dispone en la legislación aragonesa de tres modalidades distintas para establecer el régimen de guarda y custodia de los hijos menores a falta de pacto. Siempre que sea posible, es decir, cuando otro sistema no sea más beneficioso para el interés de los hijos menores, deberá optar por la custodia compartida. Y solo como último recurso podrá separar a los hermanos, estableciendo un régimen de custodia partida. Para que el juez pueda decidir con criterio cuál es el interés de los menores implicados en el proceso y elegir en consecuencia, así como graduar esos regímenes y establecer la intensidad de visitas, estancias y comunicaciones, la ley pone a su disposición una serie de instrumentos y criterios:

a) El instrumento más importante para ello es la **prueba pericial**, que permitirá objetivar la decisión al prescindir de los prejuicios y valoraciones subjetivas en que pudiese incurrir la autoridad judicial. Así, el art. 80.3 permite al juez recabar informes médicos, sociales o psicológicos de especialistas debidamente cualificados e independientes. Estos últimos, los informes psicológicos y de los trabajadores sociales, serán los más útiles a la hora de determinar las aptitudes de los progenitores para las labores de crianza de los hijos, la calidad de las relaciones entre los progenitores, la vinculación emocional de los menores con cada uno de los miembros de la familia y allegados y cualquier otra circunstancia que estos profesionales consideren relevante para elegir el régimen de guarda. Los informes médicos tienen aquí una utilidad más

limitada, pero serán especialmente útiles para detectar casos de violencia doméstica y descartar en consecuencia la atribución de la guarda y custodia en cualquiera de sus modalidades al progenitor maltratador (art. 80.6).

En el año 1983 el Ministerio de Justicia creó los Equipos Psicosociales para apoyo de los Juzgados de Familia. Fueron concebidos como una plantilla de asesores estables en la que el juez puede apoyarse para tomar su decisión de asignación judicial de guarda y custodia. Una vez establecido el régimen por el juez, su labor continúa supervisando su cumplimiento y adecuado desarrollo. Los trabajadores sociales también coordinan las relaciones entre el juzgado y los recursos sociales y sanitarios de apoyo, en especial los puntos de encuentro familiar. Los informes emitidos por estos profesionales tienen un valor casi absoluto en estos procesos, siendo extremadamente difícil adoptar medidas contrarias a las recomendadas por los profesionales. Es cierto que tales informes periciales no son vinculantes, pero dada su naturaleza objetiva y cualificada la argumentación que fundamente una decisión contraria a su dictado deberá ser extraordinariamente sólida (por ejemplo, la ofrecida por la sentencia TSJ de Aragón de 9 de febrero de 2012). Su función en estos procesos es determinar la idoneidad de cada uno de los progenitores para ejercer las funciones inherentes al derecho de guarda y custodia y determinar si el ambiente familiar no es recomendable para los menores. En relación con el régimen de visitas, se valorará no solo la mejor regulación de las mismas para los menores, sino también para los progenitores y demás familiares. En estas valoraciones se tendrán en cuenta los aspectos social, económico, cultural y educativo de la familia, así como la dinámica relacional familiar⁷⁹.

Junto a los informes de estos equipos, las partes pueden presentar sus propios informes elaborados por profesionales en los campos social, médico y psicológico, o instar la elaboración de un informe por el equipo psicosocial del juzgado. En cualquier caso han sido muy criticados tanto por la doctrina como por los usuarios. La doctrina apunta que muchos de los informes adolecen de una falta de rigor metodológico, dado que no hay una exposición y definición previa de los criterios decisorios. Tampoco del marco teórico o paradigma de referencia del perito (por ejemplo cognitivo-conductual, psicodinámico, psicología humanista). La ausencia de un compromiso con los criterios que serán determinantes, y de su peso diferencial en el dictamen pericial favorece, por un lado, la subjetividad del evaluador y, por otro, el desamparo de los periciados, aun más cuando se emplean instrumentos de naturaleza proyectiva, (como el Test de Roschach o el Test del Árbol), instrumentos severamente criticados por la comunidad científica por no haber demostrado sus cualidades como instrumentos válidos y fiables. La acumulación de estos y otros factores ha derivado en que los informes periciales aconsejaban atribuir la custodia a la madre en la gran mayoría de los casos, a menudo amparándose en los mismos criterios que sirven para denegar la custodia al progenitor, como estar en situación de desempleo⁸⁰.

El segundo de los grandes defectos que apunta la doctrina es la ausencia de garantías para el usuario de estos servicios periciales. Así, solo es posible recurrir los informes perjudiciales por el progenitor no favorecido ante el juez del procedimiento. Y frente a

⁷⁹ M. SIMÓN GIL, “Aportaciones del trabajo social a la pericial de familia”, Custodia compartida y protección de menores, p. 189, quien a su vez cita a J. CUADRADO TENO, “Trabajo social jurídico en los tribunales de familia”, Revista de Servicios Sociales y Política Social, nº 16, 1989.

⁸⁰ J. BRONCHAL CAMBRA, Informes periciales en procedimientos de familia: revisión crítica y propuestas para su mejora.

la controversia suscitada, la autoridad judicial, sin más pruebas que las palabras encontradas de la parte y del perito, siempre se decantará a favor de la versión de este último. Es más, no siempre se defienden estos informes ante el juez. En muchas ocasiones, no se ofrece a los periciados la posibilidad de revisar, en sala, el trabajo pericial⁸¹.

Los progenitores tampoco apoyan el actual trabajo de los equipos psicosociales. Se han interpuesto quejas tanto contra el Defensor del Pueblo como sus homólogos autonómicos. En Aragón, la asociación Padres Aragoneses en Acción presentó en diciembre de 2011 una queja ante el Justicia de Aragón, donde señalaban que en su opinión los informes periciales adolecen de “una inadecuada praxis en las exploraciones” y no son “nada neutros” en sus apreciaciones, una situación que no cambió con la entrada en vigor de la LIRF.

b) Otro de los criterios que deben regir la decisión del juez es el contenido en ese art. 80.6, según el cual **no puede atribuirse la guarda y custodia de un hijo a su progenitor en los siguientes casos:**

- Cuando esté incurso en un procedimiento penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o indemnidad sexual del otro progenitor o de sus hijos, y se haya dictado resolución judicial motivada en la que se constaten indicios fundados y racionales de criminalidad. Son dos condiciones que deben concurrir simultáneamente: estar incurso en tal proceso penal y que a raíz del mismo se haya dictado una resolución con esas características⁸².

La ley es muy poco precisa sobre la posición que el progenitor debe ocupar en el proceso penal, solo se refiere a que esté “incurso” en el mismo. A mi parecer esta misma imprecisión es la que determina su amplitud, y por lo tanto el precepto debe interpretarse en el sentido de que incluye todas las modalidades de responsabilidad criminal recogidas en el Código Penal, es decir, se aplica tanto a los autores (art. 28) como a los cómplices (art. 29). Los delitos que enumera el precepto sí que están bien delimitados, correspondiéndose con diferentes infracciones penales tipificadas como tales en el Código Penal. Y digo delitos porque la jurisprudencia ha señalado que la imputación de una mera falta contra uno de los miembros de la unidad familiar no tiene entidad suficiente para encuadrarse en este artículo⁸³. Respecto a la posición del

⁸¹J. BRONCHAL CAMBRA, op. cit.

⁸²C. GUILARTE MARTÍN-CALERO, Criterios de atribución de la custodia compartida, p. 7, considera que esta causa “manifiesta una desconfianza absoluta hacia el sistema judicial, pues cómo va a pensarse que una circunstancia que puede originar la privación de la titularidad de la patria potestad, crítica medida en esta materia, no va a ser determinante para atribuir la guarda exclusiva al otro progenitor, y probablemente con suspensión del derecho de visitas, al menos hasta que finalice el procedimiento penal. Si se trata de actos de violencia de género se permite al Juez de Violencia sobre la mujer suspender para el inculpado el ejercicio de la patria potestad o de la guarda y custodia (artículo 65) y, en el caso de disfrutar de un régimen de comunicación y estancia, podrá, asimismo suspender este (artículo 66), medidas éstas que adoptará siempre en interés del menor y no en protección de la mujer víctima de la violencia o en sanción al maltratador.

⁸³En relación con una falta de vejaciones por la que se condenó al padre a una pena de cuatro días de localización permanente, el TSJ de Aragón entendió que no existe “falta de aptitud en el mismo para ejercer el cuidado de las hijas del matrimonio” y que “ la calificación de los hechos, por su escasa gravedad y etiología, no entraña, a la vista de la normalización operada en la relación de los litigantes, el

maltratador, por “incurso en un proceso penal” entendemos al individuo acusado y, en su caso, condenado, y a aquel contra el cual existe imputación formal, es decir, a quien ya ha sido denunciado en sentido estricto, una vez admitida a trámite la denuncia o querrela. De esta forma, no es necesario que se haya dictado sentencia condenatoria para que quede excluida la custodia compartida, lo cual implica que si se ha interpuesto formalmente querrela o denuncia por estos delitos en contra de uno de los progenitores, no cabe establecer esta modalidad de cuidado pendiente el juicio respectivo. En cambio, sí podría solicitarse si dicho padre o madre resultara absuelto, en cuyo caso podrá iniciar un procedimiento de modificación de medidas definitivas por cambio de circunstancias (art. 775 de la LEC)⁸⁴.

Hay que señalar que los artículos 48 y 57 del Código Penal ya recogen como pena accesoria por estos delitos la posibilidad de suspender el régimen de visitas, comunicación y estancias con los hijos que, en su caso, se hubiere reconocido en sentencia civil. Sin embargo, esa opción tiene ciertas lagunas que han permitido a los jueces otorgar la custodia de los hijos a progenitores condenados por violencia de género tras un divorcio o una muerte en algunos casos, lo que motivó en su momento la inclusión de esta prohibición de atribución de la guarda y custodia en el Código Civil, de donde a su vez a pasado al Código aragonés.

La posición de víctima en el procedimiento penal debe estar ocupada por otro de los integrantes del núcleo familiar, ya sea el otro progenitor o los hijos. Respecto a estos, puesto que la ley no especifica que deban ser menores, puede tratarse de hijos a su cargo de cualquier edad. También se suscita la duda de si este concepto de hijos comprende a los hijos no comunes, es decir, a los hermanos de un solo vínculo de los hijos a los que se aplica esta sección. La cuestión no es fácil de resolver. Lo lógico sería entender que sí, pues se trataría en todo caso de violencia doméstica dentro de la unidad familiar, de un progenitor contra sus propios hijos. Y podría extenderse esta interpretación a los delitos consignados en este precepto perpetrados contra el otro progenitor de esos hermanos de un solo vínculo.

La doctrina apuntaba respecto a la regulación anterior (actual art. 92.7 CC) que el legislador estaría prejuzgando al establecer esta prohibición, pues no exige la existencia de pruebas irrefutables de su culpabilidad, como el reconocimiento de los hechos por el imputado⁸⁵. El legislador aragonés ha corregido en gran medida este defecto al incluir la necesidad de que se haya dictado una resolución judicial motivada en la que se constaten indicios fundados y racionales de criminalidad.

- 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.

La innovación respecto al art. 92.7 CC en este punto consiste en la adición de la violencia de género como causa de prohibición para la custodia. El art. 1.3 de la Ley

obstáculo legal contemplado en el art. 6-6 de la Ley 2/2010 de Igualdad en las Relaciones Familiares, como así ha declarado recientemente esta Sala en un caso similar”.

⁸⁴ F. LATHROP, Custodia compartida de los hijos.

⁸⁵F. LATHROP, op. cit., quien a su vez cita a E. MARTÍNEZ GALLEGO, “Las recientes reformas del Derecho de Familia”, p. 269, y a A. MONTSERRAT QUINTANA, “La custodia compartida en la nueva Ley 15/2005, de 8 de julio”, *Práctica de Tribunales*, año III, núm. 23, enero, 2006, p. 13.

Orgánica 1/2004, de 28 diciembre, sobre Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género define la violencia de género como todo acto de violencia física y psicológica, incluidas las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de libertad.

Cuando la autoridad judicial constate estos indicios fehacientes de violencia en el seno de la familia no solo se niega al progenitor maltratador cualquier modalidad de guarda y custodia, también se descarta el recurso a la mediación, como dispone el art. 78.5 CDFFA. No obstante sí es posible el establecimiento de un régimen de comunicación y visitas (entendiendo que las estancias deberían quedar descartadas ya que suponen dejar al menor de facto bajo el cuidado único y directo del presunto maltratador) en interés de los hijos menores, cuyo contacto con él se presume beneficioso pese a su conducta criminal, y para satisfacer el derecho del progenitor a mantener una relación continua con sus hijos. La alusión a la violencia doméstica prohíbe la atribución de la custodia al progenitor agresor (física o psicológicamente) sea cual sea su sexo y el de la víctima. Es decir, no se limita a la violencia de hombre contra mujer (de género) sino que se extiende a la empleada contra la pareja y los hijos.

Por último señalar que un pronunciamiento judicial en sentido absolutorio por esos delitos sería una de esas “circunstancias relevantes” que permiten la modificación del plan de relaciones familiares según el art. 79.5.

En los dos supuestos que contempla el art. 80.6 se alude a una actuación presente de alguno de los progenitores. Luego aunque alguno de los progenitores tuviese antecedentes por este tipo de delitos no habría inconveniente legal ninguno para atribuirle la guarda y custodia de sus hijos en cualquiera de sus modalidades. Esto se apoya también en el principio de reinserción legal de los penados. No obstante, atendiendo a la clasificación de los intereses en este ámbito creo que ese principio cede frente al interés superior del menor, con lo que el juez debería valorar negativamente esa conducta pasada a la hora de establecer el régimen de relaciones familiares (art. 80.2 letras d y f).

Asimismo en ambos supuestos la prohibición de atribución de la guarda y custodia alcanza tanto a la modalidad compartida como a la individual (y por ende también a la modalidad de guarda partida). Este es un cambio positivo respecto a la regulación del Código Civil, donde el art. 92.7 solo hace referencia a la guarda conjunta. No obstante hay autores que advierten que la concreción de las modalidades es superflua ante el principio general de protección del supremo interés del hijo, pues resulta evidente que en estas hipótesis dicho interés no está siendo salvaguardado judicialmente si se otorga la custodia individual al procesado. Por último, cabe señalar que el legislador no ha distinguido entre procedimientos de mutuo acuerdo y contenciosos y que, por lo tanto, no cabe circunscribir estas hipótesis sólo a los casos en que exista conflictividad entre las partes.⁸⁶

c) Otro de esos elementos que el juez debe considerar para tomar una decisión es **el plan de relaciones familiares** que menciona el art. 80.2 en su primer párrafo. Este plan no debe confundirse con el pacto de relaciones familiares que aparece en el art. 77. El

⁸⁶F. LATHROP, Custodia compartida de los hijos, quien a su vez cita a A. SEISDEDOS MUÑOZ, “Las medidas relativas a los hijos en los procesos de divorcio y separación matrimonial: primera aproximación al nuevo texto del Código Civil (Ley 15/2005)”, Aranzadi Civil Mercantil, n° 22/2005, p. 12.

pacto de relaciones familiares, como vimos, es un acuerdo entre ambos progenitores que el juez puede aprobar o rechazar en función de si garantiza o no el interés de los hijos menores de edad. El plan de relaciones familiares no es un acuerdo, sino que deberá presentarlo por separado cada uno de los progenitores. La ley no detalla su contenido pero atendiendo a su tenor literal parece que debería adecuarse a lo dispuesto con carácter mínimo para el pacto de relaciones familiares, lo que encuentra fundamento en las disposiciones adicionales segunda y tercera. En ellas se señala la necesidad de acompañar demanda y reconvención del plan de relaciones familiares, en los procesos de nulidad, separación y divorcio y ruptura de la convivencia de parejas no casadas con hijos a cargo respectivamente⁸⁷. Asimismo el art. 81.5 señala que en los planes deberá constar la relación de bienes privativos que cada progenitor desee retirar del domicilio familiar. Pero no hay impedimento legal a que incluya otros elementos, como la opinión del progenitor acerca del régimen de guarda y custodia que debería adoptarse para sus hijos, es decir, en su opinión cual es el mejor sistema y por qué lo cree así, así como los compromisos que está dispuesto a asumir en su futura relación con sus vástagos.

Aunque la opinión de los progenitores, plasmada en los planes de relaciones familiares, será una de las circunstancias que valore el juez, no vincula en absoluto su decisión, especialmente cuando esa opinión sea contraria al establecimiento de un régimen de custodia compartida, tal y como dispone el art. 80.5. A mi entender con esta disposición se evita que la doctrina de algunas Audiencias Provinciales a propósito del art. 92.8 del Código Civil, según la cual si uno de los progenitores se pronunciaba contra la custodia compartida esta ya no podía establecerse por la autoridad judicial⁸⁸, pueda ser aplicada sobre la normativa aragonesa. Dicho esto, hay que hacer hincapié en las mayores dificultades que implica para la viabilidad futura del régimen de custodia conjunta el rechazo frontal de uno de los progenitores. El juez deberá tener muy en cuenta esa perspectiva negativa en lo que al funcionamiento de la guarda conjunta se refiere⁸⁹.

d) por último el art. 80.2 CFDA incluye un listado de los factores que el juez debe considerar para determinar cuál es el interés de los menores en el caso concreto, y elegir el régimen de guarda y custodia en consecuencia:

- La edad de los hijos. En el plano internacional, ni juristas ni psicólogos han conseguido llegar a un acuerdo sobre cómo influye la edad en el interés del menor a efectos de su régimen de guarda y custodia. En los Estados Unidos de América se defiende la custodia compartida de niños muy pequeños o incluso bebés. De hecho, cuanto menor sea la edad del hijo más rápida es la alternancia entre los progenitores en el ejercicio de la guarda y custodia de su hijo, llegando al extremo de rotar entre los progenitores en un mismo día, uno por la mañana y otro por la tarde. Esta postura se fundamenta en la peculiar percepción del mundo que tienen los niños de muy corta edad, cuyos sentidos y facultades intelectuales todavía no están completamente desarrollados. Según esto, si el

⁸⁷ C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, “La regulación de la custodia compartida en la Ley de Igualdad de las Relaciones Familiares ante la Ruptura de la Convivencia de los Progenitores”, Actas de los XX encuentros del Foro de Derecho Aragonés, p. 156. Este autor considera que la exigencia de plan de relaciones familiares junto a demanda y reconvención podría extenderse a la contestación a la demanda.

⁸⁸ C. GUILARTE MARTÍN-CALERO, “La custodia compartida alternativa”, *Indret* 2/2008, pp. 26 y ss.

⁸⁹ De hecho, algunos autores entienden contraproducente la imposición de la custodia conjunta sin acuerdo de ambos progenitores, como F. LATHROP, *op. cit.*, pp. 444 y ss.

menor no es consciente de dónde está en cada momento tampoco notará los sucesivos cambios de residencia.

Esta postura es frontalmente rechazada en los ordenamientos jurídicos europeos como el nuestro, donde existe la creencia generalizada de que los niños de muy corta edad, y especialmente los bebés, deben permanecer con la madre todo el tiempo posible durante la primera etapa de su vida. Esta postura, llamada por algunos “doctrina de los primeros años” se apuntala fundamentalmente sobre la lactancia y otros argumentos contruidos sobre la teoría del progenitor natural, que darían preferencia a la madre del niño en sus primeros meses de vida⁹⁰. A pesar de estar muy cuestionada desde hace años, esta doctrina continúa orientando el fallo de muchos tribunales, y puede encontrarse un fundamento normativo en el principio sexto de la Declaración de los Derechos del Niño, donde se establece expresamente que, salvo circunstancias excepcionales, no deberá separarse al niño de corta edad de su madre.⁹¹ Esto se aprecia claramente cuando la ley da preferencia a la guarda y custodia exclusiva de uno de los progenitores: en España en el 95% de los casos se le atribuía a la madre⁹².

Ante tal disparidad de criterios no resulta fácil determinar en que sentido deben los jueces interpretar la edad de los hijos. La norma, sin decirlo expresamente, parece considerar desaconsejable y contraindicado un régimen de custodia compartida en caso de hijos menores de corta edad, y, en cambio, sí ve como algo natural y lógico que se haya acordado la custodia individual en atención a la edad del hijo y que se pase a un régimen de custodia compartida cuando los hijos no sean tan pequeños, incluso en el plazo fijado en la propia sentencia, si así se hubiere establecido⁹³. Los tribunales aragoneses, siguiendo con la tradición jurisprudencial, tanto a escala autonómica como nacional, suelen aplicar en sus fallos la siguiente ecuación: la edad de los hijos menores es inversamente proporcional a la alternancia en su custodia. Del mismo modo, cuanto más corta sea la edad del hijo más posibilidades habrá de adoptar su custodia individual, en especial por la madre⁹⁴. En este mismo sentido parece pronunciarse la ley valenciana 5/2011 de custodia compartida, cuando hace un aparte al mencionar la edad de los hijos para señalar que “en los casos de menores lactantes, se podrá establecer un régimen de convivencia provisional, de menor extensión, acorde con las necesidades del niño o de la niña, que deberá ser progresivamente ampliado a instancia de cualquiera de los progenitores”. A mi parecer con ello se hace referencia a la lactancia natural, lo que

⁹⁰J. M. AGUILAR CUENCA, *Con mamá y con papá*, pp. 91-95.

⁹¹ C. GUILARTE MARTÍN-CALERO, *Criterios de atribución de la custodia compartida*, p. 9.

⁹² Aunque la única causa de esta preferencia por la madre no se debía solo a la corta edad de los menores. Como apunta C. GUILARTE MARTÍN-CALERO op. cit. p. 3) este elevadísimo porcentaje de custodias exclusivas atribuidas a las madres se basa en que son ellas quienes constante convivencia han ejercido funciones de cuidado y guarda de sus hijos menores debido a la reproducción en las convivencias de los viejos esquemas tradicionales en los que a la madre le corresponde una función de cuidado y al padre una función de sustento.

⁹³ J. P. GONZÁLEZ DEL POZO, “Análisis crítico de las medidas judiciales a adoptar, ante la falta de acuerdo de los progenitores, en la llamada Ley Custodia Compartida de Aragón”, *Diario La Ley* 2010, nº 7537.

⁹⁴ Así lo señalan, entre otros muchos, C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, “La regulación de la custodia compartida en la Ley de Igualdad de las Relaciones Familiares ante la Ruptura de la Convivencia de los Progenitores”, *Actas de los XX encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, p. 157, M. CASTILLA BAREA, “Notas sobre la guardia y custodia a propósito de la aragonesa ley de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia entre los progenitores”, *Aranzadi Civil* 2010, p.142 o J. P. GONZÁLEZ DEL POZO, op.cit..

justifica la adopción de un régimen de guarda y custodia individual a favor de la madre en los primeros meses de vida del hijo.

- El arraigo social y familiar de los hijos. Este factor se halla vinculado a la proximidad geográfica entre la vivienda familiar y el entorno afectivo del hijo, formado por los parientes no pertenecientes al núcleo de la familia pero con los que mantiene un contacto regular, sus amigos y compañeros de colegio, vecinos o conocidos de la zona, etc. Su consideración supone dar preferencia al régimen de guarda y custodia que suponga la menor ruptura posible con ese círculo de allegados en el que se mueve el menor. Esto será así en la medida de que exista ese arraigo. De constatar el juez su efectiva concurrencia, ello ayudará a que falle en favor de un régimen de guarda y custodia que minimice la ruptura del menor con su entorno, como, por ejemplo, la guarda y custodia compartida en la vivienda familiar, cuyo uso y disfrute se atribuiría a ambos progenitores por periodos alternativos.

De nuevo el legislador aragonés no proporciona definiciones de estos conceptos, por lo que hay que buscarlas a nuestro alrededor. Según el art. 233-11.1.a del Código Civil de Cataluña, el arraigo familiar es “la vinculación afectiva entre los hijos y cada uno de los progenitores, así como las relaciones con las demás personas que convivan en los respectivos hogares”. Por arraigo social de los hijos podría entenderse tanto la red de amigos y conocidos de los hijos tejida por los mismos en su entorno escolar y relacional en sus actividades extraescolares deportivas o de ocio, como su pertenencia o participación en instituciones, centros lúdicos, recreativos o deportivos de su ámbito geográfico próximo⁹⁵.

Si el menor de edad no se ha integrado en el entorno, por ejemplo a raíz de una mudanza reciente, este mismo criterio podrá emplearse para establecer un régimen de guarda y custodia que suponga el traslado del menor, como la custodia compartida con unas estancias más prolongadas con el progenitor que no viva en esa zona o la custodia individual de este mismo progenitor. En general, cuanto mayor sea el menor de edad y/o más tiempo haya vivido en esa zona mayor será el arraigo social y familiar del mismo.

- 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. Este factor es consecuente con el derecho del menor a ser oído que reconoce el art.76.4 CDFA y su remisión al art. 6 del mismo Código. La mayor importancia que se atribuye a la opinión del hijo mayor de catorce años viene también predeterminada por nuestro Derecho Foral, que como sabemos reconoce a estos menores una mayor capacidad de raciocinio con varias consecuencias legales, como el cese de su representación legal, que aparecen detalladas en los arts. 23 y ss. CDFA. No obstante, el juez no puede dar un valor absoluto a este factor: sigue tratándose de un menor sujeto a la guarda y custodia de sus progenitores, y por lo tanto tendrá que ponderar lo que estos hayan pactado y lo que determine como “interés objetivo del menor” con ayuda de los demás factores del art. 80.2 CFDA.

⁹⁵J. P. GONZÁLEZ DEL POZO, “Análisis crítico de las medidas judiciales a adoptar, ante la falta de acuerdo de los progenitores, en la llamada Ley Custodia Compartida de Aragón”, Diario La ley 2010, nº 7537.

Hay un cierto peligro de que este factor se halle adulterado en algunos procesos. Me refiero al Síndrome de Alienación Parental, que pese a no ser reconocido por parte de los profesionales en la materia, tanto juristas como psicólogos, puede considerarse una realidad en la medida que es imposible mantener la neutralidad en el seno de una familia. El SAP consiste en que uno de los progenitores “prepara” al menor para que actúe contra el otro, por ejemplo en este caso, induciéndole a que declare ante el juez en contra del otro progenitor. El juez, con ayuda del psicólogo, habrá de ser quien determine en que medida pueden estar viciadas las declaraciones del menor y otorgarles la relevancia que corresponda.

- La aptitud y voluntariedad de los progenitores para asegurar la estabilidad de sus hijos⁹⁶. Este precepto permite al juez inclinar su fallo de lado del progenitor que se muestre más implicado en garantizar el bienestar del menor. Para determinar el grado de aptitud y voluntariedad el juez deberá atender a los méritos realizados por los progenitores en este sentido, como puede ser rechazar una oferta laboral en el extranjero, mantener al menor en su centro educativo, etc. En un régimen de guarda y custodia compartida, una mayor aptitud y/o voluntariedad en este sentido es un buen motivo para que el juez aumente los periodos de custodia del menor al progenitor que ha demostrado su compromiso.

Dado que la estabilidad de los hijos pasa por su contacto continuado con ambos progenitores, dentro de este criterio deberá valorarse también la capacidad y actitud positiva respecto al otro progenitor, que permita mantener un acuerdo de cooperación activo y de corresponsabilidad⁹⁷. Si ambos progenitores hacen gala de esa buena predisposición, la viabilidad de un sistema de guarda conjunta será mucho más factible. Si por el contrario solo uno de los progenitores demuestra esa actitud y capacidad, concederle la guarda y custodia individual permitirá garantizar el contacto con el progenitor no custodio.

- Las posibilidades de conciliación de la vida familiar y laboral de los progenitores. Muy ligado al factor anterior, siguiendo este criterio el juez debería dar primacía (sin olvidar ponderar el resto de factores apuntados) en la configuración del régimen de guarda y custodia al progenitor que pueda pasar más tiempo con su hijo. La valoración de esta variable viene ligada al derecho de los hijos menores de edad a un contacto directo y regular con sus progenitores, tal y como dispone el art. 76.3.a CDFFA.
- Cualquier otra circunstancia de especial relevancia para el régimen de convivencia. La lista termina con esta cláusula de cierre que deja abierta la lista de factores influyentes para la adopción y configuración del régimen de guarda y custodia. Aquí tiene cabida otros factores apuntados por la doctrina y en especial por la jurisprudencia.

⁹⁶Esta circunstancia no estaba incluida en la Proposición de la Ley de Igualdad publicada en el BOCA núm. 172 de 3 de noviembre de 2009. La redacción de este apartado se debe al Informe de la Ponencia que aceptó parcialmente algunas enmiendas y propuso como transaccional el texto finalmente aprobado. J. P. GONZÁLEZ DEL POZO, “Análisis crítico de las medidas judiciales a adoptar, ante la falta de acuerdo de los progenitores, en la llamada Ley Custodia Compartida de Aragón”, Diario La ley 2010, nº 7537.

⁹⁷C. GUILARTE MARTÍN-CALERO, Criterios de atribución de la custodia compartida, pp. 12 y 13.

Del examen del derecho comparado, además de los criterios ya apuntados y recogidos por nuestra normativa, se desprenden otros como; el número de hijos; la capacidad de los progenitores para mantener un modelo educativo común; la proximidad de los domicilios de los progenitores; la disponibilidad de los progenitores para mantener el trato directo con los hijos en el periodo alterno correspondiente; los medios materiales disponibles; 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 la convivencia que forzosamente deberá ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven⁹⁸. Criterios estos que se traen a colación a efectos de conocimiento de la forma de resolver el conflicto en la comunidad jurídica, y que solo resultan aplicables en derecho aragonés conforme a los parámetros sustantivos y procesales antes expuestos.

También podemos encontrar otros criterios a tener en cuenta en las demás leyes sobre la materia. Así, la ley catalana incluye los acuerdos en previsión de la ruptura o adoptados fuera de convenio antes de iniciarse el procedimiento por los progenitores, así como la situación de sus domicilios, y los horarios y actividades de los hijos y de los progenitores.

Para acabar hay que señalar otro importante avance respecto a la regulación anterior: la exigencia de un informe favorable del Ministerio Fiscal para establecer un régimen de guarda y custodia compartida (art. 92.8 CC) ha sido suprimida por completo. Este cambio ha sido muy aplaudido por la doctrina, que veía en aquella norma una limitación injustificada de las facultades decisorias del juez. “Nada debería impedir que el Juez pudiera resolver estas cuestiones con total libertad, sin estar limitado por el informe del Fiscal, con el que puede no coincidir. Bien es verdad que en muchas ocasiones, el informe desfavorable del Fiscal resulta muy cómodo para el Juez, que no necesita mayores argumentos para rechazar una custodia compartida. Pero, cuando de la prueba practicada se desprende la idoneidad y conveniencia del régimen de custodia compartida en el caso concreto, y resulta imposible acudir a este sistema por falta de informe favorable del Fiscal, puede llegar a ser algo frustrante. Y ello especialmente cuando, en líneas generales, el criterio de la Fiscalía respecto de la custodia compartida resulta muy restrictivo, siendo difícilísimo conseguir un informe favorable cuando no hay acuerdo entre las partes, e incluso a veces para aprobarla en convenio regulador si el Ministerio Público no está conforme con el sistema concreto pactado por las partes”⁹⁹.

Este requisito, recogido en el art. 92.8, fue objeto de un recurso de inconstitucionalidad en el año 2000, y la redacción dada por la ley 15/2005 también fue impugnada a través de dos cuestiones de inconstitucionalidad a finales del 2010. Sin embargo el TC acordó declarar extinguidas ambas por desaparición del objeto que las motivó¹⁰⁰. Los fundamentos de estos recursos radicaban en que la naturaleza vinculante del informe

⁹⁸ Puede hallarse un análisis pormenorizado de cada uno de estos criterios en C. GUILARTE MARTÍN-CALERO, Criterios de atribución de la custodia compartida, pp. 11-20.

⁹⁹ J. L. CONDE-PUMPIDO GARCÍA, “Ley valenciana de custodia compartida”, Revista de trabajo, economía y sociedad del Comité Económico y Social de la Comunidad Valenciana, p. 14.

¹⁰⁰ Cuestión de inconstitucionalidad n.º 5755-2010, admitida a trámite el 30 de noviembre de 2010 (Boletín Oficial del Estado n.º 302 de 13 de diciembre) y declarada extinta el 7 de noviembre de 2011 (BOE n.º 279, de 19 de noviembre de 2011) y cuestión de inconstitucionalidad n.º 6817-2010 admitida a trámite el 30 de noviembre de 2010 (BOE n.º 302, de 13 de diciembre de 2010) y declarada extinta el 13 de febrero de 2012 (BOE n.º 45 de 22 de febrero de 2012).

fiscal anulaba la potestad jurisdiccional de los tribunales (art. 117.3 en relación con los arts. 2 y 24.1 CE). Esto redundaba en una desprotección de los menores y una vulneración del principio de igualdad de los hijos ante la ley (art. 14 CE en relación con el 39 CE), pero se consideró, como argumentó el Fiscal General del Estado, que el preceptivo y vinculante informe del Ministerio Fiscal era necesario para garantizar los derechos de los menores, ya que la petición de custodia compartida por uno solo de los progenitores era un indicio de que la relación entre los progenitores no era tan colaborativa como la guarda conjunta requeriría. Así, en caso de solicitarse conjuntamente por ambos progenitores el informe no tendría naturaleza vinculante¹⁰¹.

Con la supresión de su informe vinculante el Ministerio Fiscal recupera la posición que le corresponde en todos los procesos civiles que afectan a menores o incapacitados, y que no es otra que la de una parte más, sin ningún tipo de privilegio procesal, y su opinión, si bien es cierto que es imparcial a diferencia de la de las partes, es una opinión más que el juez podrá tener en cuenta, pero sin estar vinculado por ella. Todas las leyes autonómicas que regulan la guarda y custodia de los hijos han suprimido la necesidad de informe favorable del Fiscal para conceder la custodia compartida.

11.6.- Jurisprudencia

La jurisprudencia aragonesa, en su aplicación de la Ley 2/2010, cuyos preceptos han sido incorporados al Código de Derecho Foral de Aragón, ha elaborado una serie de criterios exegéticos que recoge y enumera la STSJ 4/2012 de 1 de febrero:

- “La custodia compartida por parte de ambos progenitores es el régimen preferente y predeterminado por el legislador, en busca de ese interés del menor, en orden al pleno desarrollo de su personalidad, de modo que se aplicará esta forma de custodia siempre que el padre y la madre estén capacitados para el ejercicio de las facultades necesarias a tal fin” (Sentencia TSJA de 30 de septiembre de 2011).
- El sistema no es rígido, salvo en un mandato que dirige al juez: el superior interés del menor (Sentencia TSJA de 13 de julio de 2011).
- Podrá establecerse un sistema de custodia individual, cuando este resulte más conveniente para dicho interés, a cuyo efecto habrá de evaluar los parámetros establecidos en el art. 80.2 del Código (Sentencias citadas y la de 15 de diciembre de 2011).
- La adopción de la custodia individual exigirá una atenta valoración de la prueba que así lo acredite (la conveniencia para el menor) frente al criterio preferente de la custodia compartida, al que el precepto legal otorga tal preferencia en interés de los hijos menores (Sentencia TSJA de 15 de diciembre de 2011).

El TSJ añade también que “para adoptar la decisión, en cada caso, será relevante la prueba practicada, especialmente los informes psicosociales -art. 80.3 CDFA- obrantes en autos, y la opinión de los hijos menores, cuando tengan suficiente juicio -art. 80.2 c) CDFA”. Por último señala que “el Tribunal que acuerde apartarse del sistema

¹⁰¹M. MIRANDA ESTRAMPES, “La protección de menores: una perspectiva constitucional”, Custodia Compartida y protección de menores, 2009, pp. 22-30.

preferentemente establecido por el legislador debe razonar suficientemente la decisión adoptada”.

El Tribunal Supremo también ha tenido que establecer en diversas sentencias parámetros para valorar las circunstancias concurrentes, a la hora de determinar la preferencia entre la custodia individual o la compartida, aplicando lo dispuesto en el art. 92 del Código Civil¹⁰². La doctrina jurisprudencial tiene su origen en tres sentencias clave: SSTs de 8 de octubre de 2009, 10 de marzo de 2010 y 11 de marzo de 2010, e impone al juez la necesidad de fundar la fijación del modelo de custodia (su concesión o denegación) en criterios fiables; criterios que no supongan una crítica, encubierta o no, a la dinámica del modelo de custodia que implica, incuestionablemente, una mayor complejidad en la organización familiar¹⁰³. No obstante esta jurisprudencia solo debe ser considerada respecto de aquellos puntos de la regulación en la materia que no fueron modificados con la aprobación de la LIRF, por lo que habrá que acudir en primer lugar a las sentencias del TSJA para complementar los arts. 75 a 84 del Código del Derecho Foral Aragonés.

Los tres siguientes artículos, 81, 82 y 83 están dedicados a regular cuestiones clave del régimen de relaciones familiares tras la ruptura de la convivencia, fundamentalmente en el aspecto económico. Veremos cada uno de ellos por separado, en su correspondiente capítulo.

12.- Atribución del uso de la vivienda y el ajuar familiar

En la regulación anterior de esta materia en Aragón nos encontrábamos un vacío sobre los criterios legales de atribución de la vivienda y el ajuar familiar. La reforma del Código Civil operada con la ley 15/2005 no había incluido ninguna previsión sobre el particular, lo que desató las críticas de la doctrina y multiplicó los problemas de los jueces para adoptar una decisión¹⁰⁴. Las únicas referencias al respecto eran los arts. 90.c, 91 y especialmente el art. 96 CC. En ellos quedaba clara la atribución de vivienda y ajuar en el caso de custodia exclusiva para uno de los progenitores: lo que acordasen ambos y en su defecto atribución al progenitor custodio. En el supuesto de custodia partida sigue disponiendo que “el juez resolverá lo procedente” y no hay ninguna referencia a la asignación en los supuestos de custodia compartida. Asimismo, la atribución del uso de la vivienda con carácter temporal estaba restringida a un único supuesto, el de cónyuge no titular de la vivienda más necesitado de protección.

En la actualidad el Código Foral dedica su art. 81 al completo a regular esta cuestión de gran importancia tras la ruptura de la convivencia. En la mayoría de los casos se trata del elemento más valioso del patrimonio de ambos progenitores, y también es un

¹⁰² En la regulación de la custodia compartida del Código Civil no se recogieron pautas o criterios para su adopción. El trámite parlamentario en el Senado incluyó como criterio procedente la ubicación próxima del domicilio de los progenitores a fin de garantizar la estabilidad del entorno del menor, pero debido a un error en la dirección de las votaciones, fue rechazado por el Grupo Parlamentario Socialista en el Congreso. C. GUILARTE MARTÍN-CALERO, Criterios de atribución de la custodia compartida, p. 11.

¹⁰³ C. GUILARTE MARTÍN-CALERO, op. cit., p. 12.

¹⁰⁴ M. 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 entre los progenitores”, Actas XX encuentros del Foro de Derecho Aragonés, p. 218.

componente clave en el bienestar del menor, dado que siendo su residencia habitual posiblemente habrá establecido en su entorno el arraigo social al que hace referencia el art. 80.2 letra b CDFA. El art. 81 intenta conjugar ambos aspectos y dar al juez unas pautas a las que adecuar su decisión. En el plano económico hay que tener en cuenta que solo vamos a tratar de a quién se le atribuye el uso y disfrute del inmueble. Si la vivienda es propiedad de uno de los progenitores, o de ambos, la atribución de su dominio es una cuestión que se solventará en el marco de la liquidación del régimen económico matrimonial o cualquier otro reparto patrimonial que proceda.

12.1.- Terminología

El uso del término vivienda familiar frente al de domicilio familiar parece acertado en esta ocasión. El término domicilio familiar era empleado cuando se aprobó la LIRF por el art. 2.2 de la ley 2/2003, de 12 de febrero, de régimen económico matrimonial y Viudedad. El Código de Derecho Foral derogó esta norma y ahora integra ese precepto como el art. 184 CDFA, manteniendo la misma redacción, que hace referencia a la elección por los cónyuges de la residencia donde convivirán ellos y sus hijos. Dado que el ámbito de aplicación de la LIRF, ahora sección del CDFA, no se halla circunscrito a los matrimonios, sino que abarca cualquier pareja con hijos a cargo, independientemente de la naturaleza jurídica de su relación, es razonable que el legislador emplee un nuevo término para referirse al inmueble donde se desarrolla la convivencia familiar, y así ha sido aplaudido por la doctrina¹⁰⁵.

Por el contrario se censura el empleo de la expresión “atribución del uso” de la vivienda y el ajuar familiar en el art. 81. Se argumenta con razón que este precepto ofrece al juez otras posibilidades además de la atribución del uso de la vivienda, como acordar su venta (apartado cuarto) o repartir los elementos del ajuar entre los progenitores (apartado quinto). Además es incoherente con la expresión empleada en el art. 77.2.c de “destino” de la vivienda y el ajuar familiar, que se considera mucho más adecuada por su amplitud, pues da cabida a esas otras medidas que la autoridad judicial puede disponer¹⁰⁶.

12.2.- Criterios de atribución

a) Dificultad para acceder al mercado inmobiliario. Los dos primeros apartados distinguen entre si el juez ha optado por la custodia compartida o individual a la hora de atribuir el uso de la vivienda. El primero de ellos se ocupa de la custodia compartida, que dada su preferencia legal será posiblemente el sistema más habitual de guarda y custodia con esta regulación. Pues bien, establecido por el juez este sistema de guarda, el uso del inmueble debe ser atribuido “al progenitor que por razones objetivas tenga más dificultad de acceso a una vivienda”. Recordemos que ese acceso no tiene por qué tratarse de la compra de una vivienda, no se está decidiendo sobre propiedad sino sobre

¹⁰⁵ En este sentido, 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”, Diario La ley 2010, nº 7529, p. 1797 o M. 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 entre los progenitores”, Actas XX encuentros del Foro de Derecho Aragonés, p. 220.

¹⁰⁶J. P. GONZÁLEZ DEL POZO, “Análisis crítico de las medidas judiciales a adoptar, ante la falta de acuerdo de los progenitores, en la llamada Ley Custodia Compartida de Aragón”, Diario La ley 2010, nº 7537.

uso, de manera que “acceso” comprende cualquier contrato legal que permita al progenitor residir en un inmueble. Y no en un inmueble cualquiera, sino que entiendo que la nueva vivienda deberá reunir unas características similares a la que fuera vivienda familiar, a fin de garantizar el bienestar de los hijos. En este sentido debería tener un número de dormitorios suficiente (no necesariamente el mismo que antes) para acoger a todos sus hijos en los periodos en que se le atribuya el ejercicio de su guarda y custodia y no encontrarse excesivamente alejada del centro educativo al que acuden los hijos (si bien este aspecto ya habrá sido tenido en cuenta a la hora de establecer la guarda conjunta de los hijos)¹⁰⁷.

Las razones objetivas que fundamenten la dificultad de los progenitores para conseguir vivienda serán sobre todo de índole económica, siendo el factor más importante su nivel de ingresos. Así cuanto mayores sean las cantidades percibidas por cualquier concepto frente a las que percibe el otro progenitor, menores serán las posibilidades de que la autoridad judicial le atribuya el uso de la vivienda familiar. En este sentido no solo hay que considerar la cuantía de los ingresos, sino también su periodicidad y naturaleza. Así unos ingresos de carácter fijo (rentas mobiliarias e inmobiliarias, contrato de trabajo indefinido) pueden significar más posibilidades de acceder al mercado inmobiliario que unos ingresos sin una periodicidad estable, como contratos temporales o de salario variable. El ejercicio de una profesión liberal o de una actividad empresarial deberá ser estudiado caso a caso, ya que pueden reportar unos ingresos relativamente elevados pero también suponer un coste, siendo en principio unos ingresos inestables. Por último deben tenerse en cuenta otros factores externos que facilitan el acceso a la vivienda. Por ejemplo, unos ingresos bajos pueden permitir a un progenitor acceder a las Viviendas de Protección Oficial. El respaldo familiar también puede ser una ventaja a la hora de conseguir un préstamo o un contrato de alquiler donde se precise un avalista.

b) Favorecer las relaciones familiares. Cuando ninguno de los progenitores tenga una ventaja sustancial a la hora de acceder a una nueva vivienda, el juez decidirá el destino de la vivienda familiar en función del mejor interés para las relaciones familiares. Adviértase que la ley dice “mejor interés para las relaciones familiares” en lugar de “mejor interés para los hijos”, de modo que el bienestar de estos no será el único factor a tener en cuenta, aunque quizás sí el más importante. La expresión “mejor interés para las relaciones familiares” se repite varias veces a lo largo de este artículo mientras que no se hace ninguna referencia al bienestar de los hijos. ¿A qué se refiere entonces este concepto de relaciones familiares? Pues basándonos en la redacción de la LIRF, origen de la sección que nos ocupa, comprendería el elenco de extremos relacionados con la vida familiar que aparecen en el art. 77.2 CDFA como contenido mínimo del pacto de relaciones familiares, en especial el contacto directo y continuado de los hijos tanto con sus progenitores como con el resto de sus familiares y allegados.

¹⁰⁷ Una cuestión colateral de la guarda y custodia compartida es la del empadronamiento de los hijos, es decir, cual será considerado el domicilio de los hijos cuando éstos no residen en una sola vivienda. La solución se halla en la Instrucción 1/2006 de la Fiscalía General del Estado, de cuyo contenido M. 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 entre los progenitores”, Actas XX encuentros del Foro de Derecho Aragonés, p. 219) extrae la conclusión de que los hijos solo pueden estar empadronados en un domicilio y este deberá ser indicado en el acuerdo de los progenitores o la resolución judicial que establezca la custodia conjunta. El criterio para determinarlo a falta de pacto determina que sea aquella vivienda donde el menor pase más tiempo en cómputo anual.

Esto, unido a que el primer criterio de atribución sea económico, parece indicar que en lo referente a la asignación del uso de la vivienda familiar el interés de los menores no cuenta con una superioridad tan manifiesta como en el resto de la ley, situándose más cercano a un plano de igualdad con los derechos e intereses económicos de los progenitores. A mi modo de ver resulta un error, y contraviene el propio espíritu de la norma, anteponer los intereses económicos de los progenitores al interés superior de los hijos menores de edad. Por ello me parece más acertado en este punto el art. 6 de la ley valenciana de custodia compartida, cuyo apartado primero señala que el uso de la vivienda familiar se atribuirá en función de lo que sea más conveniente para los hijos e hijas menores y, siempre que fuera compatible con ello, al progenitor que tuviera mayor dificultad objetiva para acceder a otra vivienda. Esta formulación, junto a la previsión de compensación económica por la cesión del uso de la vivienda, conjuga las ventajas de respetar el principio del *favor filii* a la vez que tiene en cuenta la situación económica de los progenitores.

Otra opción que permite equilibrar ambos intereses salvaguardando el bienestar de los hijos es la elegida por el legislador catalán. El art. 233-20 de su Código Civil dispone el siguiente sistema para determinar el destino del domicilio familiar. En primer lugar se atenderá a lo pactado por los progenitores, siempre que lo apruebe el juez. En defecto de pacto la autoridad judicial debe atribuir el uso de la vivienda familiar preferentemente al progenitor a quién corresponda la guarda de los hijos comunes mientras dure la misma. Pero además los apartados tercero y cuarto diseñan un sistema de excepciones que garantizan la mejor solución tanto para los hijos como para los progenitores¹⁰⁸. Esta fórmula es a mi parecer la más detallada y completa de todas las ofrecidas por los ordenamientos español, aragonés y valenciano, por lo que debería ser el modelo de referencia para la corrección de los defectos en los que incurre el art. 81 CDFA.

c) Custodia alternativa. Volviendo a la norma aragonesa, para garantizar el mejor estado posible de las relaciones familiares el juez dispone de una tercera posibilidad que le está vedada cuando uno de los progenitores está en peores condiciones de acceder al mercado inmobiliario que el otro. Se trata de asignar el uso de la vivienda familiar de forma alternativa a cada uno de los progenitores durante los periodos en los que se le concede la guarda y custodia de sus hijos o, como ha ocurrido en alguna ocasión, asignar su uso a los propios hijos, lo que a efectos prácticos significa lo mismo. De este modo los hijos residen de forma ininterrumpida en la misma vivienda, que se ha dado

¹⁰⁸La autoridad judicial debe atribuir el uso de la vivienda familiar al cónyuge más necesitado en los siguientes casos:

- a) Si la guarda de los hijos queda compartida o distribuida entre los progenitores.
- b) Si los cónyuges no tienen hijos o estos son mayores de edad.
- c) Si pese a corresponderle el uso de la vivienda por razón de la guarda de los hijos es previsible que la necesidad del cónyuge se prolongue después de alcanzar los hijos la mayoría de edad.

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. Asimismo puede excluirse del acceso a la vivienda al cónyuge que sería beneficiario del uso si por razón de la guarda de los hijos tiene medios suficientes para cubrir su necesidad de vivienda y la de los hijos, o si el cónyuge que debería ceder el uso puede asumir y garantizar suficientemente el pago de las pensiones de alimentos de los hijos y, si procede, de la prestación compensatoria del otro cónyuge en una cuantía que cubra suficientemente las necesidades de vivienda de estos.

en llamar “casa nido”, y los progenitores se turnan en su cuidado conforme a lo establecido en el régimen de guarda y custodia¹⁰⁹.

d) Custodia individual. Cuando en lugar de establecerse un sistema de guarda conjunta la custodia de los hijos corresponda de forma individual a uno solo de los progenitores, será a este al que se le asigne el uso de la vivienda familiar. El legislador presume que es lo más adecuado por cuanto de esta manera la decisión satisface el interés del mayor número de personas posible (los hijos y el progenitor al que se le ha otorgado la guarda exclusiva). El interés del progenitor no custodio se ve obviamente perjudicado, pero el bienestar de los hijos está por encima de sus derechos económicos.

No obstante no se trata de un mandato legal inapelable. El legislador prevé en el mismo apartado segundo del art. 81 que “cuando el mejor interés para las relaciones familiares” lo aconseje se atribuirá el uso de la vivienda y el ajuar familiar al otro progenitor. De nuevo aparece ese “interés para las relaciones familiares” para el que nos remitimos a lo ya dicho en este mismo capítulo. Pese a que la redacción de este precepto no es muy afortunada, queda patente que este criterio no es la excepción, sino la regla general. Es decir, el juez deberá atender en primer lugar a quién es el progenitor con cuya atribución del uso de la vivienda familiar se satisface mejor el interés de las relaciones familiares. Por supuesto deberá tener en cuenta a cuál de ellos se le ha atribuido la custodia de los hijos, lo que será un factor determinante, pero no el único. Y para aquellos supuestos en que la atribución de su uso a uno u otro progenitor sea indiferente al estado de las relaciones familiares, la ley impone su asignación al progenitor custodio.

En este punto conviene señalar que cuando se adjudica a un progenitor el uso en exclusiva de la vivienda familiar, bien por serle atribuida la custodia exclusiva de los hijos menores, bien por ser el progenitor económicamente más débil, pueden producirse situaciones injustas. Por ejemplo, si ese mismo progenitor tiene a su disposición otra vivienda que puede satisfacer sus necesidades habitacionales, con lo que se priva al titular del domicilio familiar del uso de su vivienda y se le obliga a buscar otra, con el desembolso económico que ello supone, mientras que el otro se convierte en el poseedor no propietario de la vivienda familiar y en el propietario no poseedor de otro inmueble que puede explotar económicamente, por ejemplo a través de su arrendamiento. Para evitarlo no hubiera estado de más incluir una prohibición de adjudicación semejante a la que dispone el art. 6.2 de la ley valenciana de custodia compartida, según el cual “salvo acuerdo en contrario entre los progenitores, en ningún caso se adjudicará una vivienda, aunque hubiera sido la residencia familiar habitual hasta el cese de la convivencia entre los progenitores, si es de carácter privativo del progenitor no adjudicatario o común de ambos y el progenitor al que se adjudica fuera titular de derechos sobre una vivienda que le facultan para ocuparla como tal residencia familiar”. Esta circunstancia puede tenerse en cuenta en el primer momento de adjudicación del uso del domicilio conyugal, o bien tras haber adquirido el adjudicatario del uso esos derechos respecto de otra vivienda más adelante (por ejemplo, por heredarla tras la separación). En este último caso se revocaría la adjudicación del uso del domicilio, salvo acuerdo en contrario por los progenitores¹¹⁰.

¹⁰⁹ J. J. TAPIA PARREÑO, “La custodia compartida en la doctrina de las Audiencias Provinciales”, Custodia compartida y protección de menores, p. 234.

¹¹⁰ J. L. CONDE-PUMPIDO GARCÍA, “Ley valenciana de custodia compartida”, Revista de trabajo, economía y sociedad, p. 19.

e) Venta de la vivienda. La atribución del uso de la vivienda, sea a uno de los progenitores, a ambos o a cualquier otro sujeto no es la única opción para el juez. De acuerdo con el art. 81.4 CDFA cuando sea necesario para el mantenimiento de unas adecuadas relaciones familiares, el juez podrá acordar la venta del inmueble. Obviamente esta opción solo será válida cuando el inmueble sea propiedad de uno o los dos progenitores. La exigencia de esa necesidad me lleva a creer que la venta de la vivienda es la última solución que puede adoptar el juez, esto es, siempre que sea posible la autoridad judicial deberá acordar la atribución del uso del inmueble a uno o varios de los miembros del núcleo familiar. Pues no ha de olvidarse que este artículo, como todos los de la sección, debe interpretarse en atención al beneficio e interés de los hijos menores de edad (art. 76.2), y es muy posible que estos hayan establecido un arraigo social en el entorno de esa vivienda: sus amigos, su colegio, los vecinos, etc.

Por otra parte sería necesario al menos una de las partes solicitara la venta al juez, o bien se muestre conforme con la medida, ya que adoptarla en contra de la voluntad de ambos progenitores sería una expropiación. El artículo no contempla otras posibilidades de realización de la vivienda familiar distintas a su enajenación como la adjudicación de la totalidad del inmueble a un progenitor a calidad de abonar al otro la mitad de su valor, vía liquidación de sociedad de gananciales o de extinción del condominio, u otras fórmulas, como la permuta, ni medidas diferentes de la venta, como su arrendamiento. GONZÁLEZ DEL POZO entiende que no hay problema en interpretar el término “venta” en sentido amplio para dar acogida a todas estos contratos¹¹¹. Sin embargo yo creo que si el legislador ha empleado esa expresión, en lugar de aludir a su realización u otras modalidades que supongan la transmisión de su dominio, es porque la venta es la única opción que ofrece este precepto.

En el actual contexto de crisis económica, la paralización del mercado inmobiliario puede ser uno de los motivos que inclinen al juez a no ordenar la venta de la vivienda familiar en aras de evitar un grave perjuicio económico a los progenitores, aunque fuera lo más conveniente para las relaciones familiares. En tal situación, sea cual sea la atribución de su uso y disfrute que se establezca, lo más apropiado sería fijar un límite temporal a la misma, para que una vez haya vencido pueda procederse a la venta del inmueble a un precio de mercado superior.

Todas las disposiciones que regulan esta materia presuponen la existencia de un único inmueble que constituye la vivienda familiar. Es cierto que aunque la pareja disponga en su patrimonio de derechos de uso sobre varios inmuebles, solo uno puede tener la consideración de domicilio familiar (art. 184 CDFA). Pero el acceso a varias viviendas es un factor que el juez debe tener en cuenta a la hora de asignar el uso del domicilio familiar a uno de los progenitores o a ambos.

f) Custodia partida. No existe en el art. 81 ni en el resto de la sección ninguna previsión legal sobre la atribución del uso de la vivienda y el ajuar familiar cuando el régimen establecido sea la guarda y custodia partida, es decir, separando a los hermanos. Hay quien afirma que la asignación de la vivienda se debe determinar en función al progenitor que se encuentra a cargo de más hijos, con independencia de ser

¹¹¹J. P. GONZÁLEZ DEL POZO, 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”, Diario La ley 2010, nº 7529, p. 1947.

mayores o menores de edad¹¹², pero creo que ese criterio puramente numérico debe ser rechazado de plano, porque el interés de los hijos menores de edad debe ser objeto de una tutela superior al de sus hermanos adultos.

La guarda y custodia partida implica que todos los hijos no residen en el mismo domicilio, por lo que la atribución del uso de la vivienda a uno solo de los progenitores difícilmente garantizará el interés de todos los menores y con ellos de las relaciones familiares. En estos casos, siempre que sea posible, creo que la mejor solución pasará por vender la vivienda en los términos del art. 81.4 CDFa. Si la venta de la vivienda no es una opción habrá de recurrir a los criterios de atribución dispuestos en el apartado anterior. Pero, ¿cuál de ellos tiene más peso en estos supuestos, o dicho de otra forma, cuál de esas modalidades de guarda se asemeja más a la custodia partida? Si entendemos que es la custodia compartida, el juez deberá aplicar el art. 81.1 y asignar el uso de la vivienda al progenitor con más dificultades objetivas para acceder a una vivienda por su cuenta, primando así el interés económico del progenitor en cuestión (aunque no hay que olvidar que dando satisfacción a este interés también se salvaguarda el interés de los hijos). Si por el contrario asimilamos guarda partida y guarda individual el art. 81.2 no da más elementos de valoración que lo que aconsejen las relaciones familiares. Como ambas posiciones tienen sus ventajas e inconvenientes no creo que podamos decantarnos por ninguna de ellas de forma absoluta y excluyente, sino que la autoridad judicial deberá valorar ambos factores y decidir cuál de ellos tiene más relevancia para el caso concreto.

12.3.- Limitación temporal del uso

Cuando la atribución del uso de la vivienda familiar sea exclusiva en favor de uno de los progenitores, la misma nunca tendrá carácter definitivo. El art. 81.3 establece la necesidad de fijar un límite temporal para esa atribución. Tal plazo podrá ser fijado por acuerdo entre las partes, pero dado que esta es una medida que adoptará el juez en defecto de pacto de relaciones familiares no parece probable que se llegue a un consenso. Por lo tanto en ausencia de convenio parental sobre este punto el juez fijará el plazo “teniendo en cuenta las circunstancias concretas de cada familia”, o lo que es lo mismo, caso por caso. Lo lógico será entender que el factor de referencia para delimitar el plazo es el mismo criterio que llevó a la atribución del uso de la vivienda a uno solo de los progenitores. De este modo si tal asignación respondía a la condición de progenitor custodio en exclusiva del usuario de la vivienda familiar, es decir, que venía motivada en interés de los hijos, podría fijarse el límite temporal en la independencia económica de los mismos. Con ello el límite tendría su término acotado en una horquilla temporal que se extendería desde los catorce años (edad mínima legal para emanciparse según los arts. 30 y 32 CDFa) hasta los veintiséis (art. 69.2 CDFa), salvo que convencional o judicialmente se fije un límite distinto¹¹³. Además de fijar el límite en una fecha cierta es posible establecer un plazo temporal (por ejemplo X años) o marcar como término “un suceso futuro cuya fecha exacta se desconozca, como la efectiva

¹¹² J. H. CLAVIJO SUNTURA, El interés del menor en la custodia compartida, p. 183, en referencia a S. SALAZAR BORT, La tutela especial de los hijos en la atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales: El interés protegido, p. 35.

¹¹³ En contra, J. P. GONZÁLEZ DEL POZO, “Análisis crítico de las medidas judiciales a adoptar, ante la falta de acuerdo de los progenitores, en la llamada Ley Custodia Compartida de Aragón”, Diario La ley 2010, nº 7537, p. 1947. este autor considera que un atribución de este tipo tiene carácter indefinido, lo que estaría prohibido por el art. 81 de forma indirecta.

liquidación de la sociedad de gananciales a que pertenece el inmueble o la extinción del pro indiviso; hasta el regreso del progenitor, residente en el extranjero, al lugar del domicilio familiar; etc.”¹¹⁴.

Aunque la ley solo impone la determinación de un límite temporal en los casos de atribución individual del uso de la vivienda familiar, también es posible su establecimiento con carácter facultativo para la autoridad judicial cuando se haya optado por su atribución a ambos progenitores o incluso a los hijos. Dado que el principio superior que rige todas las decisiones del juez es el *favor filii* lo más habitual será que la atribución del uso de la vivienda venga también determinado en estos casos por el interés de los hijos, con lo que el límite sería similar al expuesto en el supuesto anterior.

12.4.- Ajuar familiar

Todo lo indicado para la atribución del uso de la vivienda familiar es válido para el ajuar familiar contenido en ella. Este concepto incluye los objetos, enseres, mobiliario y menaje de uso normal o habitual en una casa, excluyéndose las alhajas, objetos artísticos, históricos y otros de extraordinario valor (art. 1321.II CC). Pese a estos criterios generales la determinación de qué objetos son de uso ordinario no puede hacerse de un modo abstracto, sino que habrá que atender a la vivienda concreta y dilucidar en consecuencia qué cosas se destinan a la vida corriente de los que en ella habitan¹¹⁵.

Como regla general el ajuar familiar va unido al destino de la vivienda familiar, permaneciendo dentro de la misma, según dispone el art. 81.5 CDFA. No obstante este apartado recoge dos excepciones. La primera es que uno o ambos progenitores soliciten en su plan de relaciones familiares la retirada de bienes privativos. Una vez se haya demostrado la naturaleza privativa de los artículos en cuestión procede la atribución de su uso a su propietario, el progenitor solicitante, sin posibilidad de negativa judicial. Aunque no se hace una referencia expresa a los efectos personales del progenitor no adjudicatario, como en el art. 6.5 de la ley valenciana de custodia compartida, creo razonable entender que la solución en nuestro ordenamiento debe ser la misma: “el progenitor a quien no se le atribuya la vivienda tendrá derecho a retirar sus efectos personales en el plazo que establezca la autoridad judicial”.

La segunda excepción pasa por que ninguno de los progenitores continúe viviendo en el domicilio familiar, lo que ocurrirá cuando se acuerde su venta. En tal caso “se decidirá la entrega de los bienes entre los progenitores según las relaciones jurídicas que les sean aplicables”. Esas relaciones jurídicas se determinarán, en primer lugar, por referencia al estado civil de los progenitores. De este modo, si están casados, se resolverá conforme al régimen económico del matrimonio, sea el de gananciales, consorcial aragonés, de separación de bienes, establecido por capítulos matrimoniales... En el caso de las parejas estables y las uniones de hecho no se reconocen más comunidades de bienes que las que puedan pactar sus miembros (art. 307.1 CDFA).

¹¹⁴J. P. GONZÁLEZ DEL POZO, “Análisis crítico de las medidas judiciales a adoptar, ante la falta de acuerdo de los progenitores, en la llamada Ley Custodia Compartida de Aragón”, Diario La ley 2010, nº 7537, p. 1949.

¹¹⁵B. SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, “Atribución del uso de la vivienda familiar”, Actualidad Civil, p. 345.

En ocasiones la razón de que ninguno de los progenitores continúe viviendo en el hogar familiar puede estar en haberse adjudicado su uso a los hijos, convirtiéndose en una “casa nido”. En tal caso no parece razonable la división y recogida del ajuar familiar por los progenitores. En este caso la solicitud de retirada de bienes privativos también debe tratarse con cautela: puede tratarse de mobiliario esencial en la vivienda, como electrodomésticos, camas,...e incluso de la totalidad de muebles y enseres, si todo el ajuar está compuesto por bienes privativos de un solo progenitor. En estos casos creo que el juez debería rechazar la petición de retirada en interés de los hijos.

12.5.- Consideraciones finales

La regulación del Código Civil en esta materia se ha considerado siempre demasiado rígida y, aunque responde al principio de protección del interés de los menores para garantizar su derecho a la habitación, viene produciendo en la práctica situaciones injustas y antieconómicas que a menudo ahogan la economía familiar. Son numerosos en la práctica los casos de familias con escasos recursos económicos en las que la vivienda constituye prácticamente el único activo importante y viene gravada por una considerable carga hipotecaria asumida para su adquisición. Cuando se rompe la convivencia y uno de los progenitores ha de salir del domicilio y procurarse otro (generalmente en régimen de arrendamiento porque las posibilidades económicas no dan para más), los ingresos familiares no permiten asumir todos estos gastos, con lo que comienzan los problemas de impagos que pueden desembocar en una ejecución hipotecaria y la pérdida de la vivienda. Por ello a menudo resultan más aconsejables otras soluciones más realistas y más adecuadas a la situación familiar y sus posibilidades económicas, como es la de la venta del inmueble, liberación de la carga hipotecaria y reparto del precio obtenido tras la cancelación de la hipoteca, que proporcione a ambos cónyuges un cierto capital con el que, bien adquirir otra vivienda más económica, bien vivir de alquiler durante un tiempo¹¹⁶.

Un aspecto mejorable en esta materia sería incorporar la figura de la compensación económica por adjudicación del inmueble al otro progenitor. A diferencia de la ley valenciana 5/2011, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven, el CDFA no ofrece al juez la posibilidad de fijar una compensación económica para el progenitor propietario de la misma (como titular privativo o siendo el inmueble propiedad común de ambos progenitores) que no resulte su adjudicatario, en concepto de pérdida del uso y disposición de la misma a favor del progenitor titular o cotitular no adjudicatario. En dicha ley valenciana la compensación se fija atendiendo a factores como el precio del arrendamiento de viviendas de similares características en la misma zona, la capacidad económica de ambos progenitores, la modalidad del régimen de convivencia o la titularidad exclusiva o compartida del inmueble. Además puede ser computada, en todo o en parte, como contribución a los gastos ordinarios con el consentimiento de quien tenga derecho a ella, o en virtud de decisión judicial.

No obstante, en lugar de la compensación económica legal, en Aragón se mantiene la práctica jurisprudencial de considerar la cesión del uso de la vivienda familiar por parte del progenitor propietario pero no adjudicatario del uso como una contribución en especie al sostenimiento material de los hijos, que sirve para aminorar el importe de la

¹¹⁶ J. L. CONDE-PUMPIDO GARCÍA, Ley valenciana de custodia compartida, Revista de trabajo, economía y sociedad, p. 18.

aportación a sus gastos y la eventual asignación compensatoria al otro progenitor. De esta forma se quiere paliar el perjuicio que en la práctica provoca al progenitor no adjudicatario, tanto si es cotitular como titular exclusivo de la vivienda, la obligación de abandonar el domicilio¹¹⁷.

En conclusión la regulación del destino de la vivienda familiar ha mejorado respecto a la que nos ofrecía el Código Civil, aunque sigue habiendo varias deficiencias tanto en la forma como en el fondo. El legislador se ha hecho eco de la expectativa doctrinal hacia la desvinculación de patria potestad (autoridad familiar en Aragón) y uso de la vivienda familiar¹¹⁸, pero se echa en falta la regulación de varios aspectos, incluida la realización de la vivienda familiar de una forma distinta a la venta del inmueble.

13.- Gastos de asistencia a los hijos

Ya vimos su definición y clasificaciones al analizar el contenido mínimo del pacto de relaciones familiares, del que forman parte según dispone el art. 77.2.d CDFA. Al igual que la asignación del uso de la vivienda familiar, se trata de una de las cuestiones más importantes tanto desde el punto de vista económico como desde la óptica del interés superior de los hijos menores de edad. No obstante el legislador ha resuelto esta cuestión de la misma forma para todos los hijos económicamente dependientes, independientemente de su edad, que como vimos puede llegar hasta los 26 años o incluso más si media pacto o resolución judicial en tal sentido (art. 69.2). Para regular las disposiciones judiciales en defecto de pacto sobre esta materia la sección dispone el artículo 82 al completo. Tal artículo consta de cuatro apartados en los que se facilita a la autoridad judicial dos criterios para la determinación, con carácter general, de en que medida deberá soportar cada uno de los progenitores los gastos ocasionados por los hijos comunes económicamente dependientes. También se contempla la distinción entre gastos ordinarios y extraordinarios de los hijos, y se articulan criterios específicos para la atribución de cada uno de ellos a los progenitores.

13.1.- Criterios generales para su distribución

En primer lugar se establece una regla general: los progenitores “contribuirán proporcionalmente con sus recursos económicos a satisfacer los gastos de asistencia de los hijos a su cargo”. Esto significa que, con independencia del régimen de guarda y custodia establecido, ambos progenitores deben colaborar en el sostenimiento de los gastos de todos y cada uno de sus hijos. Y la contribución no será proporcional al tiempo que pasarán los hijos bajo la guarda y custodia de cada uno, sino que se determinará en función de sus recursos económicos. No debemos ver en este apartado primero un óbice legal al reparto de esos gastos, es decir, a que un progenitor asuma los gastos asociados a unos hijos y el otro al resto, lo cual será especialmente útil si se opta por (o se impone judicialmente) un régimen de guarda y custodia partida, o que los progenitores se sucedan en el tiempo en la obligación de hacerse cargo de todos los

¹¹⁷J. L. CONDE-PUMPIDO GARCÍA, Ley valenciana de custodia compartida, Revista de trabajo, economía y sociedad, p. 19.

¹¹⁸J. H. CLAVIJO SUNTURA, “El interés del menor en la custodia compartida”, p. 181, quien a su vez cita a M^a. P. GARCÍA RUBIO y M. OTERO CRESPO, “Apuntes sobre la referencia expresa al ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos en la Ley 15/2005”, en Revista Jurídica de Castilla y León 2006, pp. 96-97.

gastos, lo que puede encajar bien con un régimen de guarda conjunta. En contra de la práctica forense generalizada en los Juzgados de Familia de establecer que los gastos extraordinarios se sufragarán por ambos progenitores por mitad, la proporcionalidad supone admitir que los gastos extraordinarios pueden satisfacerse en proporciones distintas (p. ej., 70%, uno; y 30%, el otro) cuando existan notables diferencias entre la capacidad económica de uno y otro progenitor¹¹⁹.

Previendo la utilidad de todas estas posibilidades, el apartado tercero del art. 82 introduce la modalidad de guarda y custodia establecida como el primer y principal factor a considerar para establecer a su vez el régimen de atribución de los gastos asociados a los hijos. Para adaptar la atribución de los gastos a cada modalidad de guarda y custodia se ofrecen tres mecanismos:

- Atribución compartida de los gastos. Esta opción es especialmente adecuada para los casos en que la custodia ha sido asignada en exclusiva a uno de los progenitores. Como hemos apuntado antes el progenitor custodio no debe soportar la totalidad de los gastos asociados a los hijos, sino que ese coste debe repartirse entre los dos progenitores proporcionalmente a sus ingresos.
- Atribución separada de los gastos. Entiendo que esta modalidad encaja mejor con un sistema de guarda y custodia alternada, de forma que cada progenitor asuma los gastos de asistencia a los hijos producidos durante el periodo en que le corresponde el ejercicio de la guarda y custodia. La separación se hará en términos generales (por periodos de tiempo o fracciones de la cuantía global), no por tipo de gasto (como atribuir a un progenitor el sostenimiento de los gastos ordinarios y al otro los extraordinarios).
- Pago periódico entre los progenitores. Este instrumento sirve para articular los dos sistemas de atribución de gastos expuestos. En el caso de la atribución compartida dentro de un régimen de custodia individual, el progenitor no custodio deberá abonar una pensión al progenitor custodio para ayudarle a sostener los gastos. La cuantía de esa pensión será fijada por el juez atendiendo a sus posibilidades económicas. Su frecuencia suele ser mensual y la forma de pago la transferencia bancaria, aunque es válido cualquier método con el que se acredite de forma fehaciente la realización del pago.

Cuando el juez establezca una atribución separada de los gastos, la utilidad del pago periódico de una cantidad pecuniaria radica en compensar los desequilibrios que pueda conllevar la distribución. Por ejemplo, pensemos en un régimen de custodia compartida en el que la distribución de los periodos entre los progenitores genera una relación total de dos tercios en favor de la madre. Los gastos producidos por los hijos en cada periodo serán asumidos por el progenitor custodio en ese lapso de tiempo. Ambos progenitores tienen una solvencia económica similar. El otro progenitor asume la custodia un tercio del tiempo, y en consecuencia los gastos que tiene que afrontar serán previsiblemente menores. Para equilibrar este balance el juez podrá establecer el pago de una

¹¹⁹ 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”, Diario La Ley 2010 n° 7529.

determinada cantidad del padre a la madre durante los periodos en que ésta ejerce la custodia.

Es importante subrayar que la atribución de la guarda y custodia individual de un hijo no supone que el progenitor custodio tenga que asumir la totalidad de sus gastos en exclusiva, sino que en estos casos se aplica igualmente la regla general de proporcionalidad en la contribución de cada progenitor a esos gastos. A continuación veremos los criterios de atribución específicos para los gastos ordinarios de los hijos (contenidos en el apartado segundo) y los gastos extraordinarios (apartado cuarto).

13.2.- Gastos ordinarios

Como ya vimos al analizar el contenido mínimo del pacto de relaciones familiares, son gastos ordinarios los necesarios para satisfacer todas las necesidades básicas de los hijos, o visto desde la perspectiva opuesta, para dar cumplimiento a todos los deberes derivados del ejercicio de la autoridad familiar y la guarda y custodia. Por lo tanto incluirían los mencionados en el art. 65 CDFFA, como alimentos, vestido, vivienda, asistencia médica y educación.

Dispone el art. 82.2 que “la contribución de los progenitores a los gastos ordinarios de asistencia a los hijos se determinarán (sic) por el juez en función de las necesidades de los hijos, de sus recursos y de los recursos económicos disponibles por los progenitores”. Por su propia definición, los gastos ordinarios son un coste fijo, previsible, una cantidad pecuniaria que, aunque susceptible de modificación, el juez puede estimar en atención a una serie de circunstancias. Las que deberá tener en cuenta el juez para fijar la cantidad son las enumeradas en el precepto reproducido.

En primer lugar hay que atender a las necesidades de los hijos. En este apartado se incluirían sustento, habitación, vestido, asistencia médica y educación en el sentido de formación académica o profesional como contenido de la autoridad familiar (art. 65.1 b y c). Estos gastos necesarios deben interpretarse más restrictivamente cuanto mayor sea la edad del hijo, y alcanzados los dieciocho años de edad el deber de los progenitores de costear sus gastos se ve atenuado: solo en la medida que sea razonable exigirles aún el cumplimiento y por el tiempo normalmente requerido para que su formación se complete (art. 69.1). En segundo lugar debe atenderse a los recursos de los que dispongan los propios hijos, lo cual será más habitual cuando hayan sobrepasado la mayoría de edad. Como vimos, estos ingresos pueden y deben destinarse, al menos parcialmente, a sufragar los gastos que ocasionen los hijos que los perciben y, equitativamente, el resto de las necesidades familiares (art. 67.1). En virtud de estas reglas, cuanto mayores sean los ingresos de los hijos, menor será la contribución a sus gastos que deberán hacer los progenitores.

Por último se repite el mandato legal al juez para que considere los recursos económicos disponibles por los progenitores a la hora de determinar su contribución. El nivel de vida previo a la ruptura de la situación de convivencia no influirá en la determinación de los gastos ordinarios, porque el art. 82.2 no prevé la consideración de ninguna circunstancia fuera de las enumeradas. Así, la gama de los productos y servicios con los que se satisfagan las necesidades de los hijos dependerá únicamente del nivel de ingresos familiares (tanto de los progenitores como de sus hijos) tras la ruptura de la convivencia. Este mismo criterio será utilizado para diferenciar entre gasto ordinario y

extraordinario cuando se refiera a la compra de un bien o la contratación de un servicio destinado a satisfacer una necesidad básica de los hijos. Es decir, aunque esté destinado a tal propósito, si se trata de un artículo de lujo o con un precio significativamente superior a lo normal en el mercado, podría ser considerado un gasto extraordinario en la medida que su coste exceda de lo razonable.

13.3.- Gastos extraordinarios

De nuevo conviene reproducir la definición de este concepto. Los gastos extraordinarios se definen por oposición a los ordinarios: todo gasto no incluido entre los apuntados como gastos ordinarios, ya sea por su naturaleza imprevisible o bien por constituir un lujo o complemento superfluo debe ser considerado un gasto extraordinario. Como ejemplos respectivos podríamos citar gastos médicos no cubiertos por la Seguridad Social o el seguro médico y la asistencia del menor a clases de piano o comprarle un ciclomotor. Dado que es imposible conocer con exactitud la naturaleza e importe de estos gastos, solo se exige una previsión acerca de quién afrontará los mismos, no su cuantificación.

La regulación específica de los gastos extraordinarios aparece en el apartado cuarto del art. 81. Este precepto recoge la distinción entre gastos extraordinarios necesarios y no necesarios. Pese a esta clasificación no se da ninguna definición de los mismos ni criterio alguno para su determinación, más allá de la propia redacción de los conceptos. Basándonos en esta formulación, podemos establecer un paralelismo entre las necesidades de los hijos (art. 82.2) y los gastos extraordinarios necesarios. Lo que nos permite deducir que los gastos extraordinarios necesarios serán aquellos que, ligados a la satisfacción de las necesidades básicas de los hijos (sustento, vestido, habitación, formación y asistencia sanitaria) no puedan ser previstos y sea inevitable su realización. Por contraposición los gastos extraordinarios no necesarios son los que, reuniendo esa nota de imprevisibilidad, no responden a una necesidad básica de los hijos, sino que van asociados a la concesión de un capricho o al disfrute de artículos de lujo.

Trazada la línea divisoria que separa estos dos tipos de gastos extraordinarios, es hora de ver su tratamiento legal. Para los gastos extraordinarios necesarios se establece el mismo criterio de atribución que para los gastos ordinarios, “serán sufragados por los progenitores en proporción a sus recursos económicos disponibles”. La identidad de criterio se fundamenta en la identidad de razón entre ambos gastos: satisfacer las necesidades básicas de los hijos.

En cambio 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.” El legislador parece un tanto ingenuo confiando en que los progenitores lleguen a un pacto en este punto, cuando han sido incapaces de ponerse de acuerdo siquiera sobre su contribución a los gastos necesarios de sus hijos. No obstante este es el primer criterio: lo que libremente decidan las partes. Como criterio legal subsidiario se atribuye el gasto al progenitor que incurrió en él o autorizó su realización al hijo. Es un criterio adecuado y razonable que aplaude la doctrina.

Como hemos visto los gastos de los hijos, ordinarios y extraordinarios, serán calculados de forma aproximada por el juez, que acto seguido procederá a establecer la

contribución de los progenitores al sostenimiento de tales gastos. De esto podemos extraer dos conclusiones: que la contribución parental no es en abstracto, como un porcentaje sobre el total de los gastos, sino que se trata de una cantidad pecuniaria en euros, y segundo, que estas aportaciones son fijadas previamente a la realización de los gastos. Puesto que el juez debe hacer una estimación de los gastos, es posible que incurra en un error y la contribución de uno de los progenitores, el progenitor no custodio (que es el que tendrá que abonar una pensión al otro) sea insuficiente, o por el contrario excesiva. En cualquiera de los dos casos, y siempre y cuando esa desproporción sea relevante, el progenitor perjudicado podrá solicitar al juez que se abra un incidente de modificación del régimen de relaciones familiares establecido para corregir esa cuantía al alza o a la baja, según el caso (art.79.5). Conviene recordar la utilidad de introducir en las medidas que establezcan la contribución económica bases para su actualización económica, por ejemplo en función del IPC, en aras de evitar modificaciones futuras obligadas por la inflación y otros fenómenos económicos que afectan al valor del dinero. A la hora de fijar el medio de pago también ayudaría a reducir la futura litigiosidad que generan las pensiones que se articule algún mecanismo de garantía.

14.- La asignación compensatoria

El último artículo de la subsección cuarta, dedicada a las medidas judiciales en defecto de pacto, regula la cuestión de una eventual asignación compensatoria a favor de uno de los progenitores. Este es otro ejemplo de cómo el título de la sección, como el de la ley en que tiene su origen, no le hace justicia: poco tiene que ver esto con las relaciones familiares, y menos aun con la guarda y custodia de los hijos. Se trata de una cuestión exclusivamente económica entre los progenitores, que solo puede afectar a los hijos en la medida que el bienestar económico de sus progenitores influye en sus intereses (amparados por el legislador) y en que los hijos mismos son un factor relevante para determinar su cuantía.

No supone una novedad respecto a la regulación anterior. El Código Civil dedicaba sus artículos 97 a 101, ambos inclusive, a la regulación de una compensación económica para el progenitor más desfavorecido económicamente por la separación o el divorcio. La legislación aragonesa extiende esta compensación a los progenitores no unidos por vínculos matrimoniales, pero no modifica sustancialmente su contenido.

14.1.- Concepto y requisitos

La asignación compensatoria consiste en una cantidad pecuniaria que uno de los progenitores abonará al otro con el fin de paliar los perjuicios económicos que pueda haberle producido la ruptura de la convivencia¹²⁰. Según el art. 83.1 CDFA, el derecho a

¹²⁰ Según A. J. VELA SÁNCHEZ (“La extinción de la pensión compensatoria por matrimonio o convivencia marital: el amor en los tiempos de la cólera”, Diario La Ley 2010, nº 7459, p. 1732) debe ser excluida toda idea de conducta culpable que, en su caso, haya desencadenado la crisis matrimonial, pues el quebrantamiento de los deberes conyugales no tiene efectos económicos cuantificables dentro de la compensación (STS de 30 de julio de 1999) ni se trata de una indemnización por daño moral (SAP Madrid de 20 de enero de 1998).

percibirla corresponde al progenitor “al que la ruptura de la convivencia produzca un desequilibrio económico en relación al otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior a la convivencia”. Como derecho patrimonial que es, no será apreciable de oficio por la autoridad judicial, sino que el progenitor desfavorecido deberá instar su establecimiento al juez. Este precepto establece dos condiciones para que surja el derecho a percibir la compensación económica:

- Desequilibrio económico respecto al otro progenitor. Esto significa que tras el cese definitivo de la convivencia un progenitor disfruta de una situación económica sustancialmente más holgada que el otro. Es indiferente la causa que provoque el desequilibrio.
- Empeoramiento de la situación económica respecto a la que disfrutaba antes de cohabitar con el otro progenitor. El legislador está pensando en aquellos progenitores, generalmente las madres, que abandonan su ocupación laboral para dedicarse al cuidado de los hijos mientras el otro progenitor proporciona los ingresos económicos para el sostenimiento de los gastos familiares, en un esquema de familia tradicional o clásica. En cualquier caso esta circunstancia concurrirá toda vez que los ingresos de uno de los progenitores tras la ruptura de la convivencia sean menores que antes de comenzar la misma, o su patrimonio haya mermado sensiblemente.

Estas dos condiciones deben cumplirse simultáneamente para que surja el derecho a percibir la asignación compensatoria. Tal y como explica el apartado tercero, podrá tener cualquier contenido patrimonial con el que cumpla su finalidad. De acuerdo con lo dicho en el apartado primero, puede deducirse que el objetivo de la compensación es devolver al progenitor en cuestión el estatus económico que ha perdido con la convivencia familiar, generalmente por asumir las tareas domésticas y el cuidado de los hijos durante la mayor parte del tiempo, mientras su pareja aporta los ingresos necesarios para el sostenimiento de los gastos familiares. En consecuencia la compensación podrá consistir tanto en una cantidad de dinero, que será lo más habitual, como en una prestación en especie (un coche, una vivienda, unas acciones) o ambas cosas. La modalidad también puede ser cualquiera que surta el efecto perseguido: un pago único, una pensión temporal, una pensión vitalicia, la cesión temporal de bienes, su cesión definitiva, etc.

14.2.- Cuantía, modalidad y duración

Su cuantía, modalidad y, en su caso, duración serán fijadas por la autoridad judicial con base en los criterios que enumera el apartado segundo del art. 83, los cuales deben ser “equitativamente ponderados”. No queda muy clara la intención del legislador con esta expresión, como no sea que todos ellos deberán interpretarse de forma que se tienda a igualar la situación económica de los progenitores. La lista de factores parece ser cerrada, e incluye:

- Los recursos económicos de los progenitores. Es la primera variable que deberá considerar el juez, no ya en aras de establecer los parámetros de la

compensación, sino la misma procedencia de esta. Y esos recursos deberán ser valorados en dos momentos diferentes: el inmediatamente anterior al comienzo de la convivencia y el posterior al cese de la misma. En relación al primero de ellos, el progenitor que pretenda el reconocimiento de la compensación económica deberá probar que sus recursos económicos eran superiores entonces a los que tiene a su disposición tras la ruptura. El momento de referencia no tiene por qué ser necesariamente el comienzo de la convivencia familiar, puede ser que abandonara el trabajo, por ejemplo, con el nacimiento de un segundo hijo, aunque se hubiera compatibilizado el cuidado del primero con el trabajo.

- La edad del solicitante, sus perspectivas económicas y las posibilidades de acceso al mercado de trabajo. Estos tres factores van estrechamente ligados en el campo de los recursos económicos. Cuanta mayor sea la edad del progenitor solicitante en paro, menores serán sus posibilidades de acceder a un puesto de trabajo, máxime en una situación de crisis económica como la actual, con unas tasas de desempleo muy elevadas. Lo mismo puede decirse si tiene empleo pero es de carácter temporal: aunque habrá que examinar cada caso por separado, no hay grandes posibilidades de que lograse su renovación. Por lo tanto puede afirmarse como regla general que la cuantía de la compensación será directamente proporcional a la edad del progenitor solicitante.

La experiencia profesional del progenitor solicitante y su nivel de formación son dos de las circunstancias más relevantes a la hora de determinar sus perspectivas económicas y probabilidades de conseguir empleo. Cuanto mayores sean ambas, más halagüeñas serán las expectativas, y en consecuencia menor será la asignación compensatoria.

- La edad de los hijos. Es presumible que los hijos de corta edad reclamarán más atención y cuidados de sus progenitores, y llevarán asociados unos gastos de asistencia mayores. Para satisfacerlos serán necesarios tiempo y recursos económicos en abundancia, lo que determinará una asignación compensatoria mayor si el solicitante de la misma es el progenitor custodio, al menos durante esos primeros años. Es cierto que el art. 82 CDFFA establece que los gastos se repartirán proporcionalmente, pero el tiempo que se deba dedicar a su cuidado es tiempo que no se podrá dedicar a obtener ingresos. Por ello creo que dentro de este apartado el juez deberá atender también al régimen de guarda y custodia establecido. La asignación compensatoria deberá incrementarse cuando al progenitor solicitante se le haya concedido la custodia exclusiva de los hijos o una custodia compartida donde el porcentaje de guarda se incline a su favor. El incremento será mayor cuanto más pequeños sean esos niños.

Obviando el régimen de guarda y custodia establecido, es decir, considerando el factor de la edad de los hijos aisladamente, deberá interpretarse en el sentido de que cuantos más años tengan los hijos, mayor será a su vez la asignación compensatoria, pues más tiempo habrá dedicado a cuidarles el progenitor solicitante.

- La atribución del uso de la vivienda familiar. Este hecho generalmente va en detrimento de la asignación compensatoria. Si el progenitor solicitante se ve favorecido con la atribución del uso de la vivienda, ya sea de forma exclusiva o compartida, verá reducida la cuantía de la eventual asignación compensatoria. El fundamento de esta relación se halla en que si reside en la vivienda familiar se

presume que no deberá destinar una parte considerable de sus ingresos al pago del alquiler o un préstamo hipotecario correspondiente a la nueva vivienda. Esto solo tiene verdadero sentido cuando la vivienda familiar pertenece en propiedad a los progenitores y esta pagada, ya que en caso contrario deberá pagar igualmente una cuota de alquiler o un plazo de la hipoteca, en cuyo caso la atribución de la vivienda familiar no supondría una ventaja económica para el progenitor solicitante, sino que incluso podría considerarse perjudicial (por ejemplo cuando el alquiler de la vivienda familiar sea muy elevado) y en consecuencia favorecer la concesión de una asignación compensatoria más alta.

- Las funciones familiares desempeñadas por los progenitores. Como ya hemos apuntado en anteriores apartados, el juez deberá considerar el tiempo que cada uno de los progenitores ha dedicado al cuidado de sus hijos, renunciando con ello a un empleo remunerado. En principio cuanto mayor haya sido ese tiempo, mayor habrá de ser también la asignación compensatoria.
- La duración de la convivencia. Este factor creo que no debe ser interpretado literalmente, pues como hemos visto ese periodo de convivencia familiar puede no corresponderse completamente con el periodo en el que el cuidado de los hijos y/o las tareas del hogar hayan obligado al progenitor solicitante a abandonar su carrera profesional. Por lo tanto, lo que el juez deberá considerar es la duración del concreto periodo en que los ingresos económicos generados por el progenitor solicitante se han visto reducidos en favor de una mayor implicación en los quehaceres domésticos y la crianza de los hijos¹²¹.

14.3.- Extinción y revisión

Por último el art. 83 CDFA dedica sus apartados cuarto y quinto a regular los supuestos de extinción del derecho a percibir la asignación compensatoria. A continuación veremos cada una de las causas de extinción por separado:

a) Nueva convivencia marital del perceptor. No se trata necesariamente de que el progenitor solicitante contraiga matrimonio con otra persona, con la que empiece a convivir. La convivencia marital es un concepto autónomo que no depende del estado civil de sus practicantes, aunque por supuesto se dará siempre que el progenitor contraiga matrimonio con un tercero tras la ruptura de la convivencia, y también cuando se inscriba en el Registro de Parejas Estables como tal¹²². El problema se plantea con las uniones *more uxorio*, que por su propia definición son situaciones fácticas sin constancia registral en ninguna parte. Según la jurisprudencia más antigua, para que operara esta causa de extinción tenía que darse una convivencia estable bajo el mismo

¹²¹ De hecho A. J. VELA SÁNCHEZ, (“La extinción de la pensión compensatoria por matrimonio o convivencia marital: el amor en los tiempos de la cólera”, Diario La Ley 2010, nº 7459, p. 1733) sostiene que no procedería la limitación temporal de la compensación respecto del cónyuge dedicado toda su vida al sostenimiento y cuidado de la familia, sin actividad laboral remunerada y ya en edad madura, sin cualificación profesional suficiente, que ve frustrado su proyecto de vida por la separación o el divorcio, en cuyo supuesto hay que concederle una pensión ilimitada en el tiempo, que le permita hacer frente a sus necesidades, a cargo de quien se benefició de sus trabajos y esfuerzos.

¹²²En este sentido el art. 305.1 CDFA exige dos años de convivencia marital ininterrumpida para su inscripción a falta de escritura pública en la que se haya manifestado la voluntad de constituirla.

techo, una cohabitación duradera y permanente. Esto dio lugar a toda una picaresca para burlar la disposición legal y evitar así la extinción de la compensación, por ejemplo formalizando falsas operaciones arrendatarias al amparo de una insuficiencia de ingresos económicos, cuando se trataba realmente de convivencias maritales enmascaradas.

Esta situación motivó un cambio en las resoluciones judiciales, que dejaron de considerar la cohabitación un requisito indispensable para apreciar la existencia de una nueva convivencia marital. En este sentido la Sentencia de 3 de mayo de 2007 de la Audiencia Provincial de Barcelona afirmaba que “existen distintos tipos y modelos de convivencia y aquella a la que hace referencia el Código Civil es la que existe cuando se da una relación de pareja con visos de cierta estabilidad, sin necesidad de convivir de forma permanente y menos en la misma vivienda toda vez que debe considerarse y prevalecer para establecerse este concepto, no el mero hecho de residir juntos siempre los dos miembros de la pareja sino la existencia de una relación afectiva y sentimental entre ambos. Es la voluntad de estos, de ser o constituir una Pareja Estable, lo cual acontece en todos aquellos casos en que habitando cada uno de los componentes de la misma en su propio domicilio o en que compartiendo vivienda sólo algunos días gozan de los sentimientos de exclusividad afectiva y estabilidad emocional con vocación de continuidad”.

Por lo tanto lo que define la convivencia marital serían los sentimientos de afecto recíprocos con vocación de continuidad y estabilidad emocional. Por supuesto la prueba de la convivencia marital en las uniones de mero hecho es mucho más difícil, y suele recurrirse a la testifical de hijos, amigos, vecinos... y la más contundente, el certificado de empadronamiento del progenitor solicitante y su pretendida pareja estable en el mismo domicilio¹²³.

El progenitor que comienza tal convivencia ha de ser el perceptor de la asignación, no su deudor. Al igual que el art. 101 CC, el art. 83 CDFIA no recoge como causa extintiva las nuevas nupcias o convivencia marital del deudor de la asignación compensatoria¹²⁴. No obstante algunas sentencias han reducido la cuantía de la pensión por la necesidad de prestar alimentos al nuevo cónyuge o mantener a nuevos hijos, aunque yo creo más acertada la postura de la Audiencia Provincial de Murcia, que en su sentencia de 16 de enero de 2007 “no niega el derecho a fundar una nueva familia de quien ha obtenido una sentencia de divorcio, sino que tal hecho tenga trascendencia en los compromisos por él adquiridos. El art. 1256CC establece, con carácter general, que la validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes y, por tanto, no es aceptable que el que se ha comprometido mediante convenio aprobado judicialmente a abonar unas cantidades determinadas, en concepto de pensiones a su familia ya existente, pueda, unilateralmente, por el hecho de contraer nuevas obligaciones, dejar sin efecto tales compromisos”.

¹²³ Sentencias del Tribunal Supremo de 25 mayo 2010, 14 junio 2010, 24 junio 2010, 6 julio 2010, 14 septiembre 2010, y 26 enero 2011, entre otras.

¹²⁴ A. J. VELA SÁNCHEZ, (“La extinción de la pensión compensatoria por matrimonio o convivencia marital: el amor en los tiempos de la cólera”, Diario La Ley 2010, nº 7459, p. 1730) quien a su vez cita a M^a. P. SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M.^a P., La extinción del derecho a la pensión compensatoria, 2005, p.84, y las SSAP de La Rioja de 1 de abril de 1998, de Cádiz de 23 de enero de 2003 y de 29 septiembre 2002, de Asturias de 16 mayo de 2001, de Cantabria de 23 abril de 2001, de Sevilla de 3 de abril de 2001, de Navarra de 27 septiembre de 2000, y de Jaén de 13 de febrero de 1998.

Si se trata de cónyuges solo separados, como el vínculo matrimonio subsiste, queda a salvo el derecho a pedir alimentos si se cumplen los requisitos legales de los arts. 142 y ss. del CC, habiendo reconocido la jurisprudencia la compatibilidad de la pensión alimenticia y la compensatoria, así como su distinta naturaleza (SSTS de 2 de diciembre de 1987, 10 de marzo y 17 de julio de 2009, y 19 de enero y 9 de febrero de 2010). No obstante, debe resaltarse que, en la mayoría de los casos, la percepción de la pensión compensatoria supondrá la desaparición del requisito de necesidad que es presupuesto de la prestación de alimentos.

Esta causa de extinción ha sido tomada del art. 101 del Código Civil, pero a mi modo de ver no siempre tiene un fundamento racional. El legislador presume *iuris et de iure* que la nueva convivencia marital implicará a su vez un nuevo flujo de recursos económicos para el progenitor solicitante, de tal manera que este verá mejorada su situación económica de forma que hará innecesaria la asignación compensatoria. O bien considera que la nueva unión disminuirá las necesidades económicas del perceptor de una pensión compensatoria, olvidando que la nueva pareja puede carecer de ingresos, de modo que no solo se mantenga el desequilibrio económico (origen de la pensión), sino que la prestación sea esencial para la supervivencia del pensionado en el sentido del derecho de alimentos¹²⁵. La realidad puede ser bien distinta, llegando incluso a suponer un coste para el perceptor de la asignación. Esto no significa que se deba incrementar proporcionalmente la compensación, pero desde luego tampoco parece razonable su extinción.

Por todo ello parte de la doctrina pensamos que esta causa no debería operar de manera automática, sino que el juez debería entrar a valorar los efectos económicos para el progenitor perceptor de la nueva convivencia marital¹²⁶. Se trataría de modificar la redacción de este apartado de forma que se pareciera más a algo como el art. 233-19.1.a del Código Civil catalán, según el cual una de las causas de extinción de la prestación compensatoria es “por mejora de la situación económica del acreedor, si dicha mejora deja de justificar la prestación, o por empeoramiento de la situación económica del obligado al pago, si dicho empeoramiento justifica la extinción del derecho”.

b) Alteración sustancial de los criterios económicos en función de los cuales se determinó la asignación compensatoria. Tales criterios no son los contenidos en el art. 83.2 CDFA, sino los del apartado primero del mismo artículo. Esto es así por que los factores del apartado segundo se utilizan para establecer la cuantía, modalidad y duración, en su caso, de la asignación compensatoria. Por lo tanto su alteración podría

¹²⁵ A. J. VELA SÁNCHEZ, “La extinción de la pensión compensatoria por matrimonio o convivencia marital: el amor en los tiempos de la cólera”, Diario La Ley 2010, n° 7459, pp.1730 y 1733, quien señala que algunos autores encuentran la razón de este supuesto de extinción en que el deudor de la pensión compensatoria no debe quedar obligado, aunque sea indirectamente, a mantener a la nueva pareja del pensionado; otros consideran que el deber de socorro corresponde ahora al nuevo consorte o conviviente y un tercer sector doctrinal, coordinando ambas ideas, afirma que el nuevo matrimonio hace surgir un nuevo deber de socorro mutuo que extingue el vínculo económico que, respecto del primer matrimonio ya disuelto, supone la pensión compensatoria.

¹²⁶ A. J. VELA SÁNCHEZ, op. cit., p. 1734-1735, va más allá y hace una propuesta *de legeferenda*, donde incluye dos excepciones a la aplicación de este supuesto extintivo: a) la nueva pareja tiene ingresos inferiores al 50% del SMI o el Juez lo estima procedente atendidas las circunstancias que dieron lugar a la prestación y b) el prestador de la pensión ha sido condenado por violencia de género en el ámbito familiar ejercida sobre la perceptora de la misma.

dar lugar a la revisión de estos parámetros, pero no a la extinción de la prestación, cuya existencia se determina con arreglo a los criterios del art. 83.1.

De este modo, son dos los criterios que determinan el pago de la asignación: el desequilibrio económico del perceptor frente al pagador y el empeoramiento de su situación financiera tras la convivencia, como ya analizamos al comienzo de este capítulo. El deterioro de su situación económica es un hecho pasado que no puede cambiar, por lo que debemos atender al otro criterio, o lo que es lo mismo, comprobar que ese estado financiero ha mejorado desde el establecimiento de la asignación compensatoria hasta el punto de no existir ya desequilibrio alguno entre los progenitores o ser este mínimo, con lo que la finalidad del derecho a su percepción se ha cumplido y ya no es necesario su mantenimiento.

c) Muerte del perceptor. La asignación compensatoria es una prestación de carácter personal y no opera ningún tipo de sucesión en el derecho a percibirla. Conviene recordar que las necesidades de los hijos seguirán cubiertas por el otro progenitor, que asumirá la totalidad de los gastos de asistencia a los mismos, aunque no necesariamente su guarda y custodia exclusiva, si no la tenía previamente. Con el fallecimiento del progenitor solicitante ya no hay ningún desequilibrio que paliar, y en consecuencia la finalidad misma de la prestación desaparece y procede su extinción. Esta causa de extinción solo tiene sentido antes de realizarse el pago único y durante el pago de una pensión, según sea la modalidad establecida por el juez.

¿Y si muere el pagador en lugar del perceptor? Dado que no es una causa legal de extinción de la prestación, la misma se mantiene vigente. Así, la obligación de pago formará parte de las cargas de la herencia, debiendo ser asumidas por el sucesor del pagador.

d) Cumplimiento del plazo de duración. Cuando la modalidad establecida implique el pago de una cantidad pecuniaria de forma periódica, el art. 83.2 permite al juez su establecimiento de forma indefinida o temporal. En este último caso al vencimiento del plazo se extinguirá automáticamente el derecho a percibir la asignación y el correspondiente deber de abonarla, sin necesidad de un nuevo pronunciamiento judicial al respecto.

e) Incumplimiento de su finalidad. El objetivo es satisfacer las necesidades básicas del progenitor solicitante hasta que él mismo disponga de unos ingresos propios suficientes. En consecuencia, las cantidades o bienes que perciba por este concepto solo pueden aplicarse a sus gastos en términos similares a la asistencia de los hijos, es decir, a sufragar principalmente sustento, vestido, formación, asistencia médica y habitación. Así, se considera que la aplicación de las cantidades percibidas incumple su finalidad cuando se destinan a donaciones, al mantenimiento de los hijos comunes (para eso está la contribución a los gastos de los hijos), se comparte con una nueva pareja sentimental, se derrocha en actividades de ocio o bienes y artículos de lujo..., resumiendo, en lo que podríamos llamar “gastos extraordinarios no necesarios” del progenitor que percibe la asignación, empleando otro de los conceptos manejados por la sección que nos ocupa.

La subsistencia de la pensión compensatoria también debe ligarse a los esfuerzos realizados por el pensionado y su cónyuge o pareja para lograr su suficiencia económica: el art. 35 CE establece no solo el derecho, sino el deber de trabajar, de

manera que la prestación no puede favorecer la ociosidad o dejadez del favorecido o de su consorte o conviviente. De ahí que deban ser especialmente ponderadas por el juzgador las actitudes negativas del solicitante o perceptor, tales como la pasividad para obtener un trabajo, no siendo tan siquiera demandante de empleo.

f) Variación sustancial a la baja de la situación económica del pagador. Al igual que la siguiente circunstancia, la ley no la configura como una causa de extinción, sino de revisión de la asignación compensatoria (art. 83.4). Pero esta revisión bien puede concluir con la imposibilidad de que el pagador siga abonando la pensión establecida debido a una drástica reducción de sus recursos económicos, de tal manera que sus ingresos solo alcancen para mantenerle a él o ni tan siquiera para eso. No obstante, siendo una situación previsiblemente coyuntural, y puesto que el progenitor solicitante todavía no ha alcanzado una posición económica similar a la que disfrutaría de no haber mediado la convivencia con el pagador, no procedería la extinción definitiva de la asignación compensatoria, sino su suspensión temporal.

g) Variación sustancial al alza de la situación económica del perceptor. La variación sustancial de los recursos económicos disponibles es, como hemos visto, causa de revisión y no de extinción. Pero si en el curso de esa revisión se constata que la situación económica del perceptor ha alcanzado el objetivo, es decir, que ha recuperado la posición que se supone debería tener de no haber mediado convivencia, estaremos ante la ausencia de necesidad en el mantenimiento de la asignación compensatoria. En consecuencia, procederá la extinción de la misma por cumplimiento de su finalidad.

15.- Derecho Comparado

Merece la pena dedicar unas líneas a comentar brevemente la regulación de la guarda y custodia de los hijos en nuestro entorno, para observar las similitudes y diferencias con nuestra normativa, cuál es el sistema empleado por la mayoría de los ordenamientos y demás cuestiones que permitan situar el tratamiento que hace Aragón de estas cuestiones en el escenario interregional e internacional, y valorarlo comparativamente. Para adoptar una panorámica progresiva comentaré primero la actividad en esta materia a nivel estatal. Acto seguido veremos las actuaciones legislativas de las demás Comunidades Autónomas en materia de relaciones familiares tras la ruptura de los progenitores. Para terminar echaremos un somero vistazo a los ordenamientos jurídicos extranjeros occidentales, en especial dentro de la Unión Europea.

15.1.- España

Como ya vimos al esbozar el estado general de esta materia, nuestro país carece de una ley específica a nivel estatal, y la regulación del Derecho Común de estas cuestiones se recoge en el Código Civil, donde la custodia compartida se concibe como un régimen excepcional, siendo lo más habitual la custodia individual a favor de la madre. Como hemos ido comprobando en cada capítulo, esta regulación es muy deficiente en varios e importantes aspectos tanto sobre la guarda y custodia de los hijos como relativos a las cuestiones económicas entre los progenitores.

Diversos ayuntamientos de toda España han presentado mociones a favor de una ley estatal favorable a la custodia compartida¹²⁷. A ellas se unió el Grupo Parlamentario Popular, que el 12 de julio de 2010 presentó en el Senado una moción mediante la que instaba al Gobierno a que realizase los cambios legales pertinentes para el establecimiento de la custodia compartida como modelo preferente en casos de separación y divorcio. La moción fue aprobada en una ajustada mayoría. Más recientemente también desde el Congreso instan al Gobierno a cumplir el compromiso formulado por el ministro de Justicia el 13 de junio de 2012, de presentar en seis meses una ley de custodia compartida que priorice el derecho del menor por encima del de los progenitores, y donde sea el juez el que tenga la libertad de elegir el modelo que considere más conveniente para el niño, así como el tiempo que deben estar con sus respectivos progenitores.

Por todo ello parece estar próxima la reforma del Código Civil que equipare las modalidades de guarda y custodia individual y conjunta, sin preferencias legales y siempre orientada hacia el mejor interés del menor. El ministro también hizo hincapié sobre una mayor regulación de la conciliación entre los progenitores en la futura ley, para lo que podrá apoyarse en el reciente Real Decreto-ley 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles.

15.2.- Comunidades Autónomas

Son tres las comunidades Autónomas que han seguidos los pasos de Aragón en esta materia: Cataluña, Navarra y la Comunidad Valenciana, todas ellas en virtud de sus competencias para legislar en materia civil¹²⁸. La primera en hacerlo fue Cataluña, que aprobó su normativa sobre custodia tras la ruptura familiar como parte del segundo libro del Código Civil catalán a través de la ley 25/2010, de 29 de julio, en vigor desde el 1 de enero de 2011, del Libro II del Código Civil de Cataluña, que regula los efectos de la nulidad, separación y divorcio en el extenso art. 233, que cuenta con 25 apartados. La siguiente reforma sería la navarra, con la Ley Foral 3/2011, de 17 de marzo, sobre custodia de los hijos en los casos de ruptura de la convivencia de los progenitores, que entró en vigor el 28 de junio del 2011. Por último, la Comunidad Valenciana aprobó el 1 de abril de 2011 la Ley 5/2011, de 1 de abril, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven. Ya hemos visto varios de los preceptos que contienen estas normas en los capítulos anteriores, cuando consideré que su redacción aportaba algo a la del Código del Derecho Foral de Aragón. Aquí apuntaré brevemente las diferencias más notables entre cada una de estas normas y la regulación que se hace de la ruptura de las relaciones familiares con hijos a cargo en los arts. 75 a 84 CDFa.

a) Cataluña. La regulación de la custodia en la Comunidad Autónoma de Cataluña se produjo dentro de la reforma del segundo libro de su Código Civil en 2010, aunque venía gestándose desde hacía muchos años, en concreto desde que en el 2000, se redactara en el Observatorio de Derecho Privado de Cataluña, sección del Derecho de

¹²⁷ La página web de Custodia Compartida Ya, recoge un listado de municipios que han aprobado mociones de este tipo.

¹²⁸ El Gobierno del Estado interpuso el 4 de julio de 2011 un recurso de inconstitucionalidad contra la ley 5/2011, admitido a trámite por el Tribunal Constitucional por providencia de 19 de julio de 2011, que produjo la suspensión de la vigencia de la ley desde el 4 de julio de 2011 hasta el 5 de diciembre del mismo año. Las dudas sobre su constitucionalidad no venían referidas al contenido concreto de la ley, sino a la competencia legislativa de la Generalitat en esta materia.

Familia, un texto, aprobado por el pleno de la Comisión de Codificación, que seguía en general al Código de Familia de 15 de julio de 1998, con retoques técnicos e incorporación de leyes sobre la materia promulgadas posteriormente.

Ofrece una regulación muy completa de la materia, a la que dedica parte de su art. 233, compuesto de 25 apartados, y dedicado en general a todas las cuestiones del matrimonio. Su ámbito de aplicación es tan amplio como el de la norma aragonesa, siendo aplicables estos preceptos cuando los progenitores estén unidos por un vínculo matrimonial o cuando constituyan una pareja estable conforme a lo dispuesto en el siguiente artículo, el 234, cuyo apartado séptimo se remite a los artículos 233-8 a 233-13. Las uniones de mero hecho también quedan incluidas ya que si durante la convivencia tienen un hijo en común pasan automáticamente a ser consideradas parejas estables conforme al art. 234-1. b. No obstante, esto solo es así en relación a la elección del régimen de guarda y custodia de los hijos. Las cuestiones patrimoniales como la asignación compensatoria, aún cuando estén directamente relacionadas con el cuidado de los hijos, como es el caso del destino de la vivienda familiar, solo aparecen reguladas para los progenitores que fueran cónyuges y estén en trámites de separación o divorcio. En estas materias, cuando se trata de parejas estables no casadas, toda la regulación es la que puedan pactar sus propios miembros, como apunta el art. 234-3.1, careciendo el progenitor desfavorecido por la ruptura de derecho a compensación económica. Destaca el caso de la vivienda familiar, donde considero que la ausencia de regulación para estas parejas puede perjudicar gravemente el interés de los hijos menores, así como del progenitor que no fuera titular de un derecho de uso sobre la misma, cuyas posibilidades de obtener la guarda y custodia de sus hijos (ya sea individual o compartida) se verán muy reducidas, especialmente si carece de acceso a otra vivienda. En este sentido la legislación aragonesa garantiza mejor tanto los intereses de los hijos como del progenitor más desfavorecido económicamente con la ruptura.

Ante la ruptura de las parejas, el Código Civil catalán parte de la igualdad de derechos y deberes de los progenitores y no se decanta de forma preferente por ninguna de las modalidades de guarda y custodia posibles, pudiendo ambos progenitores compartir la responsabilidad de sus hijos o que estos queden encomendados de forma individual a uno solo de los progenitores. La modalidad de guarda y custodia se establece en los planes de parentalidad, acuerdos en los que se fija cómo se afrontará el cuidado de los menores en cuanto a vivienda, alimentación, sanidad, educación, actividades extraescolares o vacaciones, de forma similar al pacto de relaciones familiares aragonés. No obstante no podemos identificar sin más ambas figuras, ya que el código catalán incluye el plan de parentalidad dentro del convenio regulador, adoptando la terminología del Código Civil. Por lo tanto en el texto catalán el que podemos identificar con el pacto de relaciones familiares aragonés es el convenio regulador, que junto al plan de parentalidad debe incluir como contenido mínimo los alimentos que deben prestarse a los hijos, tanto respecto a las necesidades ordinarias como a las extraordinarias, indicando su periodicidad, modalidad de pago, criterios de actualización y, si lo han previsto, garantías, y si procede, el régimen de relaciones personales con los abuelos y los hermanos que no convivan en el mismo domicilio, la atribución o distribución del uso de la vivienda familiar con su ajuar y las cuestiones patrimoniales entre los cónyuges. Estas cuestiones económicas incluyen la prestación compensatoria, indicando su modalidad de pago y, si procede, la duración, los criterios de actualización y las garantías, la compensación económica por razón de trabajo, la liquidación del

régimen económico matrimonial y la división de los bienes en comunidad ordinaria indivisa.

En suma el legislador catalán ha pretendido que la igualdad de derechos y deberes entre los progenitores elimine las dinámicas de ganadores y perdedores, favoreciendo la colaboración en los aspectos afectivos, educativos y económicos. Esto no quita, sin embargo, que la autoridad judicial deba decidir de acuerdo con las circunstancias de cada caso y en función del interés concreto de los hijos. A pesar de que los arts. 233.8.1 y 233.10.2 parecen apostar preferentemente por el ejercicio conjunto de las responsabilidades parentales compartidas, si los progenitores no llegan a un acuerdo, en la práctica no se interpreta estos preceptos como un mandato legal de preferencia de la custodia compartida (como sucede en Aragón, donde la ley es más explícita). El juez decide lo que es más beneficioso para el menor atendiendo a su interés superior, su estabilidad emocional y otros criterios habituales en estas normas, como la vinculación especial de los hijos con uno de los progenitores o la dedicación de cada uno de los progenitores a los hijos antes de la ruptura. Para facilitar los acuerdos, se contempla el recurso la mediación, institución por la que apostó Cataluña desde la aprobación de su ley de mediación familiar en el 2001. El art. 233-6 de su Código Civil, que regula la mediación familiar como apoyo para los procedimientos de ruptura familiar, se basa casi por entero en el art. 78 CDFa, sin añadir nada reseñable.

b) Comunidad Valenciana: La Ley valenciana 5/2011 recoge una serie de definiciones para varios conceptos clave, a diferencia de las normas estatal y aragonesa, que como hemos visto carecen de las mismas a pesar de formular nuevos términos o cambiar las acepciones de los ya existentes. Estas definiciones no son diferentes de las acuñadas por doctrina y jurisprudencia para los conceptos en esta materia, pero es de agradecer su inclusión para evitar confusiones y tener que recurrir a interpretaciones con las que se puede distorsionar el espíritu y la finalidad de la ley. Lo más destacado es que el legislador valenciano desecha los habituales términos de guarda, custodia, o guarda y custodia para acuñar la expresión “convivencia”, que empleará para referirse a los distintos regímenes: convivencia individual y convivencia compartida (esta ley, a igual que la aragonesa, no hace referencia expresa a la guarda o convivencia partida).

La convivencia compartida no es idéntica a la custodia compartida, por cuanto lo que caracteriza a la primera es la distribución “igualitaria y racional” del tiempo entre ambos progenitores. En Aragón, como hemos visto, el preámbulo del CDFa hace expresa referencia a que la distribución del tiempo entre ambos progenitores no tiene que ser idéntica. El resto de las definiciones hacen referencia al régimen de relaciones (lo que nuestro Código entiende por relaciones familiares), el pacto de convivencia familiar (homólogo valenciano del convenio regulador del Derecho común o el pacto de relaciones familiares aragonés) y los gastos ordinarios y extraordinarios de los hijos.

La ley valenciana tiene un objeto más reducido y específico que el del CC o el CDFa, ya que, como se desprende de su propio título, va dirigida únicamente a regular “las relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven”. En este sentido, al igual que la norma aragonesa, no discrimina entre los distintos estados civiles que puedan tener los progenitores. Por el contrario el ámbito de aplicación territorial no sigue un criterio puramente geográfico, sino que se basa en la vecindad civil de los hijos, que obviamente habrá de ser la valenciana, según dispone el art. segundo de la ley en conformidad con el 3.4 de su Estatuto de Autonomía. Asimismo quedan fuera de su ámbito de aplicación todas aquellas cuestiones que afectan únicamente a los

progenitores entre sí, pero no a los hijos. Esto impide la adopción de medidas judiciales sobre cuestiones personales o patrimoniales entre los progenitores, y restringe el contenido mínimo que se exige al pacto de convivencia familiar (quedan fuera la liquidación del régimen económico matrimonial, o la pensión compensatoria). Hay otras pequeñas diferencias diseminadas a lo largo de la ley, aunque la regulación en general es notablemente similar a la aragonesa. Al igual que en el CDFFA, la custodia (convivencia) compartida goza de preferencia legal al amparo de las mismas razones que en Aragón. La custodia o convivencia individual es concebida de forma subsidiaria, y solo será adoptada cuando ello favorezca claramente el interés del menor. En último lugar de preferencia se encontraría la custodia partida, pues la ley valenciana también recoge el principio de no separación de hermanos.

Conviene señalar, por ser esta una novedad importante que diferencia la regulación de la ley valenciana respecto de la aragonesa, que no se hace mención de la mediación como sistema de apoyo, careciendo asimismo la Comunidad Valenciana de ley de mediación propia, así como del sistema mediación que se requeriría. Por otra parte su norma es menos rigurosa que la nuestra respecto a las prohibiciones de violencia doméstica. El apartado quinto del art. 5 (medidas judiciales) recoge las mismas dos prohibiciones de atribución de la guarda y custodia que el Código aragonés, pero matiza ante todo que la denegación de la guarda y custodia de los hijos solo se llevará a cabo de forma excepcional, lo que restringe la aplicación de las prohibiciones por la autoridad judicial. Aún más, junto a los requisitos que comparten las leyes aragonesa y valenciana (estar incurso el progenitor en alguno de los procedimientos penales apuntados en el correspondiente capítulo y necesidad de resolución judicial motivada en la que se constaten indicios fundados y racionales de criminalidad) la norma valenciana exige un tercer requisito: que, a tenor de dichos indicios, la aplicación del régimen de convivencia pudiera suponer riesgo objetivo para los hijos e hijas o para el otro progenitor

c) **Navarra.** La ley foral 3/2011, de 17 de marzo, sobre custodia de los hijos en los casos de ruptura de la convivencia de los progenitores, estaba ideada como la respuesta de la Comunidad Foral de Navarra a la demanda de su población de la custodia compartida como una alternativa preferente a la custodia individual. Sin embargo, las enmiendas introducidas han limitado su alcance y trascendencia originales, eliminando la preferencia legal de la modalidad compartida de guarda, que a semejanza con el modelo aragonés incluía el proyecto de ley. No obstante el texto definitivo tiene visos de provisionalidad, pues se trata del texto legal más corto de todos los ofrecidos por los legisladores españoles, con tan solo tres artículos y una brevísima exposición de motivos, y su disposición final segunda emplaza al gobierno navarro para que, en los nueve meses siguientes a la aprobación de la ley apruebe un decreto foral en el que regule “la organización, el funcionamiento, las competencias y las atribuciones de los servicios de mediación familiar, para la resolución de los conflictos familiares y para la aplicación de esta Ley Foral”. Junto a ello la disposición final primera ofrece un plazo de un año y tres meses desde la aprobación de la ley para que el Gobierno de Navarra, previo informe del Consejo Asesor de Derecho Civil Foral, presente ante su Parlamento un proyecto de Ley Foral de modificación en materia de Derecho de Familia del Fuero Nuevo de Navarra. Esta es la sede natural de la norma que nos ocupa, y con ello se pretende su integración con el resto de instituciones para conformar un sistema coherente.

Al igual que la norma valenciana, el texto navarro se ocupa únicamente de regular los aspectos relativos a la guarda y custodia de los hijos, sin regular las relaciones económico-patrimoniales entre los progenitores. De hecho ni siquiera se pronuncia sobre los gastos de asistencia a los hijos y el destino de la vivienda familiar. Por lo demás el tratamiento que hace de las distintas cuestiones (finalidad, mediación, criterios de atribución de la guarda y custodia y modalidades de esta) es prácticamente idéntico al aragonés, que toma claramente como referencia, sin ninguna diferencia reseñable salvo una: la ausencia de preferencia legal a favor de la custodia compartida.

En contraste con los posicionamientos de los legisladores estatal, aragonés y valenciano a favor de una u otra modalidad la ley foral navarra 3/2011 establece en su art. 3.3 que “el Juez decidirá sobre la modalidad de custodia más conveniente para el interés de los hijos menores”. El legislador navarro ha adoptado finalmente una solución más neutra y no otorga preferencia a ninguna de las modalidades de guarda y custodia, dejando al juez un mayor margen de actuación en cada caso concreto. Esto permite soluciones particularizadas que deberían adaptarse mejor a las circunstancias personales de cada familia y en especial de los menores que forman parte de ellas.

d) En otros territorios hay distintos avances sobre esta materia, si bien todavía no han cristalizado en una norma de rango legal. En Galicia se encargó la elaboración de un dictamen a la Comisión Superior para el Estado y Desarrollo del Derecho Civil Gallego, para determinar la viabilidad de una regulación propia en la materia, pero el recurso de inconstitucionalidad contra la ley valenciana paralizó las actuaciones en Galicia y hasta la fecha no hay ningún proyecto de ley para incluir la custodia compartida como régimen legal preferente ante situaciones de ruptura familiar. En el caso de las Islas Baleares se propuso la inclusión de varios artículos para regular la custodia compartida en la Ley de Igualdad de Hombres y Mujeres, que se tramitó en el 2011. La finalidad de tales preceptos era conseguir que la custodia compartida de los hijos fuera el principio general que rigiera la actuación judicial en caso de divorcio. El juez se reservaría, en cualquier caso, la potestad de delimitar otras modalidades de custodia si lo considerara oportuno. No obstante el proyecto de ley no llegó a ser aprobado por el parlamento balear. Más recientemente el Parlamento Vasco ha admitido a trámite una proposición de ley de custodia compartida fruto de una iniciativa legislativa popular impulsada por la Federación de Euskadi de Madres y Padres Separados (Kidetza). A la espera de como se desarrollen los trámites parlamentarios y las eventuales enmiendas que puedan aprobarse, el modelo propuesto es similar al aragonés y el valenciano, así como al proyecto de ley balear: pretende el establecimiento de la custodia compartida como régimen preferente de guarda y custodia.

15.3.- Otros Estados

Hacer siquiera un resumen de la regulación de esta materia por los demás Estados es algo que excede con mucho el objeto de este estudio, por lo que me remito a los trabajos de Derecho comparado realizados por otros autores. A mi parecer resultan especialmente útiles las conclusiones y consideraciones finales alcanzadas por el estudio de Derecho comparado sobre la regulación de la custodia compartida realizado por la Asociación de Mujeres Juristas Themis.

Simplemente señalar que, como ya vimos en el capítulo undécimo, dedicado a la guarda y custodia, en Europa solo hay seis Estados donde se regula, de manera expresa, la figura de la custodia compartida entendida como alternancia en la residencia del menor con ambos progenitores al momento de la ruptura de la pareja. Tan solo en las legislaciones de Bélgica, España, Francia, Inglaterra y Gales, Italia y la República Checa se contempla esta figura en términos similares a los de nuestras leyes autonómicas, lo que representa un escaso 23% sobre el total de los países miembros de la U.E.

16.- Conclusión

En cada capítulo ya he señalado los aspectos que algunos autores consideramos adecuados y dignos de elogio, o que por el contrario nos parecen mejorables, en cuyo caso se apunta alguna solución. Para terminar este estudio haré una síntesis de las novedades más significativas y las distintas valoraciones de las mismas que ya he realizado de cada uno de los distintos apartados.

La arquitectura formal de la ley merece un comentario positivo. Es un texto conciso, pero a su vez más completo que el ofrecido por el Código Civil o las leyes autonómicas navarra y valenciana en la materia. No obstante, hubiera sido adecuado adoptar la terminología comunitaria en vigor antes de improvisar nuevos conceptos.

La organización de los preceptos en los distintos artículos y capítulos me parece adecuada, y esa disposición se ha reproducido en el Código del Derecho Foral sin modificaciones. A pesar de todo, la ley no reguló todas las cuestiones que la doctrina y jurisprudencia reclamaban. Por ejemplo, una regulación más completa de la obligación de pago de los gastos extraordinarios de los hijos, estableciendo los requisitos que deben concurrir para la exigibilidad del pago de esta obligación por el progenitor codeudor que anticipa el pago del gasto al otro. Muchas de las ejecuciones que se despachan en los procesos de familia tienen por objeto la reclamación de gastos extraordinarios y la oposición a su ejecución versa sobre la concurrencia de los requisitos exigibles para el pago. Ante la laguna legal, tendrán que seguir siendo las partes o el juez quienes, supliendo esa insuficiente regulación, establezcan detalladamente tales requisitos en el pacto de relaciones familiares o en resoluciones judiciales.

La ampliación del objeto, es decir, la extensión de estas normas a las parejas estables no casadas y a las uniones *more uxorio* que tengan hijos comunes a su cargo, es toda una novedad, máxime cuando el contenido de la sección no se circunscribe a la guarda y custodia de los hijos, sino que determina el destino de la vivienda familiar y la procedencia de una asignación compensatoria, un derecho de naturaleza económica hasta ahora negado a las parejas sin ningún tipo de juridificación. Sin embargo la ley no ha ido acompañada de los medios necesarios para su correcta implementación, y en consecuencia los Juzgados de Familia se han colapsado, empeorando la aplicación de la norma y en consecuencia su percepción por los destinatarios. La falta de previsión no se limita a los medios materiales. Así como hay que aplaudir la ley de mediación, cuya aprobación fue fundamental para complementar la LIRF, se echa de menos una normativa reguladora de los puntos de encuentro familiar, instrumentos básicos para un correcto seguimiento y desarrollo de los acuerdos y medidas judiciales en esta materia.

El convenio regulador del Derecho común ha sido ampliado y mejorado como pacto de relaciones familiares. A diferencia del convenio regulador, el pacto de relaciones familiares puede ser aprobado por el juez aunque contenga acuerdos gravemente perjudiciales para uno de los progenitores. El legislador aragonés, con esta y otras disposiciones, parece confiar más que el estatal en el arbitrio de los progenitores para solucionar las cuestiones jurídicas que únicamente les atañen a ellos, sin afectar a sus hijos. Esta decisión, unida a la preferencia legal por la custodia compartida, ha redefinido el escenario negociador entre las partes. La práctica judicial a la hora de aplicar la regulación del Código Civil solía otorgar la custodia a la madre reduciendo al padre al papel de visitador y deudor de la pensión alimenticia. Ahora ambas posiciones se equilibran, dado que la expectativa en defecto de acuerdo es la custodia compartida, que en principio beneficia a ambos por igual. Muchos colectivos de mujeres rechazaron la ley 2/2010 por esta razón, pues temen que la menor fortaleza de la posición negociadora de la mujer se traduzca en su renuncia a derechos económicos como la asignación compensatoria, a cambio de pasar más tiempo con sus hijos, o más bien de evitar que su padre, al que se presume mal cuidador, se haga cargo de ellos. Yo no creo que podamos prejuzgar a todos los padres por algunos casos, siempre minoritarios, de maltratadores que chantajejan a la madre con ejercer de mala manera la custodia de sus hijos. Por eso considero positivo que los padres tengan *a priori* el mismo acceso a la custodia que las madres y la negociación del pacto de relaciones familiares se lleve a cabo en pie de igualdad.

No obstante no apruebo la preferencia legal por la custodia compartida. En mi opinión este sistema debería estar en una posición igual a la guarda y custodia individual, y manteniendo eso sí la guarda y custodia partida como última opción, en orden al principio de no separación de hermanos. La razón de mi rechazo a la preferencia por la guarda conjunta está en que no se han demostrado sus beneficios de forma absoluta. Por ello debería partir de una posición legal igual a la custodia individual, para ser el juez en cada caso, y con atención a todos los criterios e instrumentos que la ley pone a su alcance, quien determine cuál es el sistema más adecuado para los hijos.

El balance definitivo es que la LIRF, ahora sección del Código del Derecho Foral de Aragón, ha supuesto un avance en muchos aspectos frente a la regulación anterior, tanto respecto a la guarda y custodia de los hijos como a las relaciones entre los progenitores. La norma fue pionera en España y ha sido tomada como modelo por otros territorios, impulsando una reforma y desarrollo legislativo en la materia a escala nacional. Con todo, diversos e importantes aspectos de la misma son mejorables, tanto en la forma como en el fondo, y ni los juristas ni el público en general están plenamente satisfechos con el texto actual, por lo que cabría plantearse una reforma a corto plazo.

17.- Fuentes consultadas

AGUILAR CUENCA, José Manuel;
Con mamá y con papá. El autor de SAP nos trae el libro de la custodia compartida.
Salamanca: Editorial Almuzara (2006)

ASENCIO MELLADO, José María (et. al.);
Guía práctica de la Ley de Enjuiciamiento Civil.
Madrid: Editorial La Ley (2006)

BRONCHAL CAMBRA, Julio;
Informes periciales en procedimientos de familia: revisión crítica y propuestas para su mejora, Asociación Custodia Compartida Ya!;
<http://www.custodiacompartida.org/content/view/348/1003/>

CAMPO IZQUIERDO, Ángel Luis;
“Mediación Familiar. Estudio comparativo de la normativa nacional y autonómica”,
Actualidad Civil;
nº 15 (2010), pp. 1733-1794

CASTILLA BAREA, Margarita;
“Notas sobre la guardia y custodia a propósito de la ley aragonesa de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia entre los padres”, Actualidad Civil;
nº 7 (2010), pp. 105-152

CLAVIJO SUNTURA, Joel Harry;
El interés del menor en la custodia compartida;
Salamanca, Universidad de Salamanca (2009)

CONDE-PUMPIDO GARCÍA, José Luis;
“Ley valenciana de custodia compartida”, Revista de trabajo, economía y sociedad del Comité Económico y Social de la Comunidad Valenciana;
nº 62 (2011)
<http://www.ces.gva.es/pdf/trabajos/revista62/art1.pdf>

GARRIGA GORINA, Margarita;
El criterio de la continuidad frente a la guarda conjunta;
Indret, Revista para el análisis del Derecho (2008);
http://www.indret.com/pdf/562_es.pdf

GONZÁLEZ DEL POZO, Juan Pablo;
“Análisis crítico de las medidas judiciales a adoptar, ante la falta de acuerdo de los progenitores, en la llamada Ley Custodia Compartida de Aragón”, Diario La ley,
nº 7537 (2010), pp. 1940-1948

GONZÁLEZ DEL POZO, Juan Pablo;
“Comentarios sobre el ámbito de aplicación y el contenido del pacto de relaciones familiares en la Ley de Custodia Compartida de Aragón”, Diario La Ley;
nº 7529 (2010), pp. 1793-1800

GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina;
Criterios de atribución de la custodia compartida;
Indret, Revista para el análisis del Derecho (2010);
http://www.indret.com/pdf/753_es.pdf

GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina;
La custodia compartida alternativa,
Indret, Revista para el análisis del Derecho (2008);
http://www.indret.com/pdf/537_es.pdf

HAYDEN, Andrina;
Shared Custody: A Comparative Study of the Position in Spain and England;
Indret, Revista para el análisis del Derecho (2011);
http://www.indret.com/pdf/795_en.pdf

HOWARD, Walter; ALTIERI, Santiago y TENA PIAZUELO, Isaac (et. al.);
Factores y contenidos de la evolución del Derecho de Familia:
Montevideo (Uruguay), Universidad de Montevideo, 2008

LATHROP GÓMEZ, Fabiola Esther;
Custodia compartida de los hijos;
Madrid: Editorial La Ley (2008)

MARCO FRANCIA, María Pilar;
La guarda y custodia compartida en la Ley aragonesa 2/2010, de 26 de mayo, de
igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres;
Noticias Jurídicas: artículos doctrinales de Derecho Civil, junio 2011;
<http://noticias.juridicas.com/articulos/45-Derecho%20Civil/201106-81234555212997.html>

MARTÍNEZ DE AGUIRRE, Carlos; BALDA MEDARDE, María José y FORCADA
MIRANDA, Francisco Javier;
Actas de los XX encuentros del Foro de Derecho Aragonés;
Zaragoza: el Justicia de Aragón, 2011

MESA MARRERO, Carolina;
“Arbitraje y familia. El modelo canadiense y su posible proyección en el Derecho
español”, Aranzadi Civil;
nº 6 (2012), pp. 559 y ss.

PÉREZ-VILLAR APARICIO, Rosa (Coord.);
Estudio de derecho comparado sobre la regulación de la custodia compartida,
Asociación de Mujeres Juristas Themis, 2006;
<http://www.mujeresjuristasthemis.org/que-hacemos/publicaciones/159-estudio-de-derecho-comparado-sobre-la-regulaci3n-de-la-custodia-compartida>

RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco;
El interés del menor;
Madrid: Dykinson (2007)

SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, Blanca;
“Atribución del uso de la vivienda familiar”, *Actualidad Civil*,
Nº 3 (2006), pp. 343-364

TAPIA PARREÑO, José Jaime (Dir.); MIRANDA ESTRAMPES, Manuel (et. al.),
Custodia Compartida y protección de menores;
Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2009.

TENA PIAZUELO, Isaac;
“Ley aragonesa de mediación familiar..., la que faltaba”, *Diario La Ley*;
nº 7626 (2011) pp. 1228-1236

VELA SÁNCHEZ, Antonio José;
“La extinción de la pensión compensatoria por matrimonio o convivencia marital: el
amor en los tiempos de la cólera”, *Diario La Ley*
nº 7459 (2010), pp. 1729-1739