

**ALGUNAS IDEAS PROCESALES Y SUSTANTIVAS DE LAS SENTENCIAS  
DE PRIMERA INSTANCIA DE ZARAGOZA, EN LOS DOS PRIMEROS AÑOS  
DE PREFERENCIA EN LA CUSTODIA COMPARTIDA**

**(Ponencia de los Vigesimalsegundos Encuentros del Foro de Derecho aragonés.  
Sesión: “Custodia compartida en Aragón”. Zaragoza, 20 de noviembre de 2012)**

Manuel Ferrer Andrés  
*Abogado*

Mi agradecimiento para las Entidades organizadoras, Comisión de Coordinación y Secretaría Técnica, por haberme invitado a participar en este Foro de Derecho Aragonés, de tanta raigambre ya. También mi reconocimiento para toda la asistencia y, muy especialmente, a mis compañeros de mesa por su apoyo y motivación, así como para los Juzgados de Familia, de Violencia sobre la Mujer y Decanato de Zaragoza por habernos facilitado cuanta información hemos precisado.

Voy a analizar algunas cuestiones procesales y sustantivas sobre la custodia compartida, fundamentalmente desde el punto de vista práctico, surgidas muchas de ellas a partir del examen de las sentencias dictadas por los tres Juzgados de Familia de Zaragoza, durante los dos primeros años de vigencia de la custodia compartida como régimen preferente (8-9-2010 a 7-9-2012).

**SUMARIO**

- I. Preceptos procesales y sustantivos en el CDFFA.*
- II. Gran divulgación del Derecho aragonés, aunque todavía insuficiente.*
- III. La literal exigencia de ruptura de la convivencia.*
- IV. Los pactos de relaciones familiares y sus ventajas.*
  - 1. Contenido.*
  - 2. Regímenes de custodia que no se habrían obtenido en procedimientos contenciosos.*
- V. Forma de los planes de relaciones familiares.*
- VI. La difusa frontera entre custodia compartida e individual.*
- VII. Otras cuestiones procesales al hilo de las sentencias revisadas.*
- VIII. Conclusiones.*

**I.- PRECEPTOS PROCESALES Y SUSTANTIVOS EN EL CDFFA.**

El Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de «Código del Derecho Foral de Aragón», el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas (CDFFA) contiene normas básicamente sustantivas, pero también procesales. Más allá de si es conveniente o no mezclar preceptos de una y otra índole, la competencia de Aragón para dictar normativa procesal está fuera de toda duda:

- El artículo 149, 6ª, de la Constitución señala que el Estado tiene competencia exclusiva sobre la legislación procesal, sin perjuicio de las necesarias especialidades que en este orden se deriven de las particularidades del derecho sustantivo de las Comunidades Autónomas.

- Y el art. 71.3 del Estatuto de Autonomía de Aragón, modificado por Ley Orgánica 5/2007, de 20 de abril, de reforma del Estatuto de Autonomía de Aragón (EAAr.), recoge entre las competencias exclusivas de la Comunidad Autónoma de Aragón el Derecho procesal derivado de las particularidades del derecho sustantivo aragonés. La ley 4/2005, de 14 de junio, sobre la casación foral aragonesa es el mejor ejemplo.

En nuestro Derecho histórico tampoco es tan extraña la coexistencia de derecho sustantivo y procesal, dado que como señala Jesús Delgado Echeverría *«los «Fueros de Aragón» (Huesca, 1247) contienen la totalidad del ordenamiento judicial, es decir, las normas de procedimiento y las sustantivas o de fondo que los jueces han de tener en cuenta al juzgar tanto pleitos civiles como penales»*<sup>1</sup>.

En todo caso, en materia de Derecho de Familia en general igualmente se mezclan preceptos procesales y sustantivos, como por ej. en el art. 91 y ss. del Código Civil.

## **II. GRAN DIVULGACIÓN DEL DERECHO ARAGONÉS, AUNQUE TODAVÍA INSUFICIENTE.**

La regulación de la custodia compartida en el Derecho de Aragón ha tenido mucha difusión a nivel nacional, al haber sido la primera Comunidad Autónoma en establecer de forma preferente la custodia compartida, si bien todavía debe ser más divulgado, empezando como vamos a ver por los propios aragoneses.

En el Boletín Oficial de las Cortes Generales de 23 de abril de 2012, núm. 80, aparece una Proposición no de Ley, de UpyD en la que *“insta al Gobierno a que en el plazo máximo de seis meses impulse las reformas legales necesarias a fin de aprobar una Ley Nacional de Custodia Compartida que, modificando el artículo 92 del Código Civil y cuantos otros fueren necesarios, armonice la regulación legal de la materia en el conjunto de España mediante una nueva normativa cuyo núcleo sería la determinación de la custodia compartida de los menores como modelo preferente en los procedimientos de separación y divorcio”*. En la misma proposición se reproduce un párrafo entero del Preámbulo de la Ley aragonesa 2/2010, su art. 6.2, y también se hace eco de la derogación formal de dicha norma y de su integración en el CDFA.

La profesora Margarita Castilla Barea, en su trabajo: *“Notas sobre la guarda y custodia de los hijos a propósito de la aragonesa Ley de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres”*, Revista Aranzadi Civil Doctrinal nº 7, pág. 107, señala comentando la integrada Ley de Aragón 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres: *“El «efecto dominó» de la promulgación de esta Ley, primera que en el territorio nacional insta la custodia compartida como medida preferente frente a la individual en los casos de ruptura de los progenitores con hijos a cargo, no se ha hecho esperar: algunas Comunidades Autónomas que ya contemplaban previamente iniciativas en este sentido se han apresurado a acelerar sus procesos legislativos, otras se han decidido instar al Gobierno a que reforme en este punto el Código Civil (Juntas Anuales de Vizcaya) y, finalmente, el propio Senado ha enarbolado la bandera pro*

---

<sup>1</sup> Manual de Derecho Civil Aragonés, 4ª edición, 2012, conforme al Código de Derecho Foral de Aragón, dirigida por el propio Jesús Delgado Echeverría y coordinado por M<sup>a</sup> Ángeles Parra Lucán, pág. 42.

*custodia compartida reclamando las reformas legislativas necesarias para hacer de dicho modelo de guarda el referente previo para los Jueces en las crisis familiares".*

En la misma línea, el 14 de junio de 2012, el programa de la cadena de televisión "La 1", de rtve, "Más gente", de ámbito nacional, emitió un reportaje sobre la guarda y custodia compartida, decidiendo que las entrevistas se grabasen en Aragón, por ser pioneros en la materia.

Parece que todo ello viniese a confirmar al gran Joaquín Costa, cuando vino a decir que Aragón se define por el Derecho, no por la guerra, lo que lleva a la profesora Carmen Bayod López a señalar que tan proféticas palabras permiten afirmar que es el Derecho la esencia del ser aragonés.<sup>2</sup>

Sin embargo, por mucha difusión que nuestra normativa sobre la custodia esté teniendo a nivel nacional nos encontramos todavía con demandas huérfanas de plan de relaciones familiares, cuando debería haberse aportado, o peticiones infundadas sobre la patria potestad<sup>3</sup> cuando procede debatir sobre la autoridad familiar. También procedimientos de mutuo acuerdo con aportación de convenio regulador cuando procedía pacto de relaciones familiares y viceversa.

El tratamiento procesal de la falta de aportación del plan de relaciones familiares no está muy claro, aunque por los Juzgados especializados de familia de Aragón, que incomprensiblemente sólo son tres<sup>4</sup>, se tiende a requerir por el Secretario Judicial a la parte concediendo un plazo para subsanar y hacer aportación. También hay que decir que en alguna ocasión puntual dicho requerimiento es innecesario puesto que no resulta aplicable el Derecho aragonés al caso, debiendo entonces la parte presentar un escrito en el que se analicen los puntos de conexión para demostrar cuál es el Derecho aplicable, ya sea el Código Civil, el propio de una Comunidad Autónoma o incluso uno extranjero.<sup>5</sup> Ahora bien, si no se ha producido ese requerimiento ante la falta de aportación del plan de relaciones familiares cuando es preceptivo, la contraparte deberá sopesar si recurre contra la admisión a trámite o se reserva para la vista la invocación del defecto, resaltando simultáneamente las ventajas del presentado por ella misma, en función de la estrategia procesal que prefiera seguir.<sup>6</sup>

---

<sup>2</sup> Carmen Bayod López en "El amor y el Derecho civil aragonés", lección inaugural para la apertura del Curso académico 2009-2010 de la Universidad de la Experiencia de Zaragoza, 7-10-2009.

<sup>3</sup> El apotegma de las Observancias señala: "De consuetudine Regni non habemus patriam potestatem".

<sup>4</sup> Juzgados de 1ª Instancia números 5, 6 y 16 de Zaragoza.

<sup>5</sup> Por más que pueda parecer intrascendente en un procedimiento de mutuo acuerdo, no conviene dilatar innecesariamente la fecha de ratificación por el riesgo de que los interesados puedan echarse atrás, y más si la demanda se interpone en el mes de julio y el retraso supone posponer a septiembre la fecha de ratificación, lo que apuntamos en la creencia de que agosto seguirá siendo inhábil.

<sup>6</sup> En la Ley Foral 3/2011, de 17 de marzo, sobre custodia de los hijos en los casos de ruptura de convivencia de los padres, de la Comunidad Foral de Navarra no hay un documento equivalente al PRF, aunque sí dispone en el artículo 3.3 que el Juez decidirá sobre la modalidad de custodia más conveniente para el interés de los hijos menores, teniendo en cuenta la solicitud que haya presentado cada uno de los padres, pudiendo entenderse que dicha solicitud habrá de ser lo más fundada posible para el punto de vista de quien solicite determinada modalidad de custodia, de tal forma que habría cierto paralelismo con el PRF. La Ley Valenciana 15/2011 sí exige una propuesta de pacto de convivencia familiar a cada uno de los progenitores para adoptar medidas judiciales. Y la Ley Catalana 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia, requiere en su artículo 233-9 un plan de parentalidad a proponer por cada uno de los progenitores.

Vuelve a aparecer la conveniencia de que se cree una Jurisdicción de Familia, como llevamos años reivindicando<sup>7</sup>, porque lo lógico es que los Secretarios Judiciales de los Juzgados de Familia especializados estén más habituados a discernir si se ha de aportar o no plan de relaciones familiares, que los Secretarios Judiciales de Juzgados mixtos en los que se tramiten asuntos civiles y penales. Evidentemente, los hijos –también los padres– tienen el mismo derecho a que su caso sea tramitado con el mayor rigor, independientemente de si viven en un lugar con Juzgado especializado o no.

En cuanto a la confusión entre convenio regulador y pacto de relaciones familiares, hay que empezar por analizar los puntos de conexión que lleven al derecho aplicable. El art. 9.4 del Código Civil, por remisión del art. 16 del mismo cuerpo legal, indica que será aplicable la ley personal del hijo al carácter y contenido de la filiación y a las relaciones paterno-filiales. Si no hay hijos no resulta de aplicación el contenido de los artículos 75 a 84 del CDFA, que componen la Sección 3ª del Capítulo II del Título II, llevando como rúbrica dicha Sección "Efectos de la ruptura de la convivencia de los padres con hijos a cargo", de tal modo que por ej. no hablaremos de asignación compensatoria sino de pensión compensatoria del art. 97 del Código Civil, firmando un convenio regulador y no un pacto de relaciones familiares, sean o no aragoneses los cónyuges.

Por otro lado, hemos visto sentencias con pactos de relaciones familiares entre ciudadanos extranjeros que han elegido el derecho aragonés, en virtud del art. 107 del Código Civil que declara aplicable la ley española en general, cuando se pida la separación o el divorcio por ambos cónyuges o por uno con el consentimiento del otro, o que lo han entendido aplicable dentro de los distintos derechos vigentes en España, y quizá también por analogía con el art. 15 del mismo cuerpo legal, que permite al extranjero que adquiera la nacionalidad española optar por varias vecindades<sup>8</sup>. El hecho es que dichos pactos de relaciones familiares han sido homologados en sentencia.

Finalmente, hay casos en los que está especialmente claro que no cabe requerir para aportar pacto de relaciones familiares en lugar de convenio regulador, cuando por ejemplo el único hijo del matrimonio nació en Andalucía, los cónyuges son de vecindad civil andaluza y llevan muy poco tiempo viviendo en Aragón, hechos todos ellos detallados en la demanda. Y como existen asuntos así, la labor de los Secretarios

---

<sup>7</sup> Por ej. desde la Asociación Española de Abogados de Familia, a la que pertenezco. En el año 2004, hubo dos Proposiciones de Ley para la creación de la jurisdicción de familia, una de Convergencia i Unió y otra del Grupo Popular, publicadas respectivamente en el Boletín Oficial de las Cortes Generales de 23-4-2004 y de 11-6-2004. Pero como mínimo, deberían haberse creado ya Juzgados de Familia como órganos judiciales especializados en toda España, siendo inaudito que desde el Real Decreto 1322/1981, de 3 de julio, que asignó funciones de Juzgados de Familia a Juzgados de 1ª Instancia de determinadas capitales, no se hayan dado más que tímidos pasos como crear algún nuevo Juzgado, cuando los menores no residentes en capitales de provincia tienen derecho a que el órgano judicial que conoce de sus pleitos sea especializado, ostentando igual derecho sus progenitores. En todo caso, también es deseable la especialización de Fiscales en procedimientos de Familia, al igual que se crearon las Secciones de Menores, de Violencia sobre la Mujer, de Medio Ambiente y de Seguridad Vial, mediante Ley 24/2007, de 9 de octubre, que modificó la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, reguladora del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal.

<sup>8</sup> Puede optar, al inscribir la adquisición de la nacionalidad, entre la correspondiente al lugar de residencia, la del lugar del nacimiento, la última vecindad de cualquiera de sus progenitores o adoptantes, y la del cónyuge.

Judiciales examinando una demanda, incluso de mutuo acuerdo o de uno con el consentimiento del otro, reviste mucha importancia.

Por tanto, el hecho de que a la mayoría de asuntos que se ventilan en Aragón resulte de aplicación el CDFA, no puede hacernos perder la perspectiva de que hay que analizar si el Derecho aragonés es verdaderamente aplicable, dado que hemos visto una sentencia desestimatoria de una petición de divorcio, estando además la parte demandada en rebeldía, por resultar aplicable un derecho extranjero en el que los meses de separación de hecho transcurridos no eran causa de divorcio.

En cualquier caso, en cuanto al ámbito de aplicación de los artículos 75 a 84 del CDFA, que abarcan el contenido de la refundida Ley de Aragón 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres, no hay unanimidad doctrinal y excede del presente trabajo.

Evidentemente, la jurisprudencia es esencial para profundizar en el conocimiento del Derecho aragonés, debiendo tener presente que no toda emanará de tribunales radicados en Aragón, al establecer el art. 9.2 del EAAr.: *"El Derecho Foral de Aragón tendrá eficacia personal y será de aplicación a todos los que ostenten la vecindad civil aragonesa, independientemente del lugar de su residencia, y excepción hecha de aquellas disposiciones a las que legalmente se les atribuya eficacia territorial"*, en cuya virtud tribunales de otras Comunidades Autónomas pueden dictar resoluciones aplicando dicho Derecho, que sin embargo no podrán acceder a casación foral por mor de las normas de competencia funcional contenidas en los arts. 63 del EAAr. y 73.1 de la LOPJ<sup>9</sup>. Igualmente, si la ley de conflicto admite la aplicación al caso de la normativa aragonesa, podrá un tribunal extranjero dictar resolución con arreglo a la misma.

### III. LA LITERAL EXIGENCIA DE RUPTURA DE LA CONVIVENCIA.

Con el tenor literal de la Ley 2/2010, de 26 de mayo –integrada en el Código del Derecho Foral de Aragón–, denominada «de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres», se podría suscitar la duda de si es aplicable a los casos en los que nunca ha habido convivencia<sup>10</sup>, pudiendo pensar en supuestos de relación episódica, algunos de los cuales provocan que la filiación sea determinada judicialmente<sup>11</sup>. Mal que nos pese, quizá en ese sentido sea un poco más preciso el rótulo de la Ley valenciana 5/2011, de 1 de abril, denominada «de Relaciones Familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven».

---

<sup>9</sup> Así lo pone de manifiesto Francisco de Asís González Campo en "Nota procesal a propósito de la Ley 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres", publicado en Revista de Derecho Civil Aragonés, XVI, 2010. En el mismo sentido se pronunciaron los magistrados del TSJA D<sup>a</sup>. Carmen Samanes Ara y D. Ignacio Martínez Lasierra en conferencia pronunciada en el R. e I. Colegio de Abogados de Zaragoza el 15-6-2012: *"El recurso de casación foral. Referencia a supuestos de custodia compartida"*.

<sup>10</sup> En el CDFA, se cita la ruptura de la convivencia en la rúbrica de la Sección 3<sup>a</sup> del Capítulo II del Título II, y en los arts. 75.1, 75.2, 76.1, 76.3, 77.1, 79.1 y 82.1, sin contar la misma mención del art. 83 donde sí cobra pleno sentido por tratarse de la asignación compensatoria.

<sup>11</sup> Y no se nos diga que las relaciones a que obedece la generación ya son convivencia, dado que en el Diccionario de la Real Academia el término convivencia significa: "Acción de convivir", y convivir: "Vivir en compañía de otro u otros".

De todos modos, también en Aragón, atendido el interés superior de los menores que se cita en el apartado 10 del Preámbulo del CDFa, se aplicará esta legislación para los casos en los que no haya precedido convivencia en ningún momento, sin descartar que en algún procedimiento alguien excepcione un día su aplicación por no concurrir ruptura de convivencia.<sup>12</sup> Sería injustificado dispensar distinto tratamiento jurídico a unos hijos respecto de otros por el hecho de que haya habido o no ruptura de convivencia, o porque nunca haya habido tal convivencia. La propia Ley de Enjuiciamiento Civil, en los art. 769.3 y 770.6ª se refiere a los hijos no matrimoniales abarcando a todos ellos<sup>13</sup>. Además el art. 56 del CDFa consagra el principio de igualdad de los hijos: «*la filiación matrimonial y la no matrimonial, así como la adoptiva, surten los mismos efectos, conforme a las disposiciones de la Ley*» precepto que tiene su origen en la Ley 3/1985, de 21 de mayo, sobre la Compilación del Derecho Civil de Aragón, que se adaptó a la no discriminación por razón de filiación de modo que no hubiese divergencia con el texto constitucional, como también había hecho el legislador estatal, con la Ley 11/1981, de 13 de mayo. Luego, después de todo el camino recorrido, venir ahora a discriminar no ya por el hecho de que los padres estuviesen o no casados, sino por si mediase ruptura de convivencia o no, parecería un despropósito.

La ruptura de la convivencia sí es un factor fundamental para la asignación compensatoria, pero no tiene sentido que sea requisito para la atribución de la custodia o para fijar el pago de los gastos de asistencia a los hijos.

#### **IV. LOS PACTOS DE RELACIONES FAMILIARES Y SUS VENTAJAS.**

##### **1. Contenido.**

No está fijado en el CDFa que la custodia compartida deba ser distribuida por periodos alternos iguales de tiempo<sup>14</sup>, si bien hay muchas sentencias que así lo contemplan, siendo diferentes los espacios temporales según los casos.

La modalidad de quincenas no conviene aplicarla literalmente puesto que, tomando periodos de 15 días, las entregas y devoluciones de los menores no siempre se producirían en fin de semana, no pareciendo tan conveniente cambiar la custodia a mitad de semana, en ocasiones en época de exámenes para los hijos, siendo más acertado contemplar periodos de 14 días con cambio en fin de semana. En el mismo sentido hemos visto planes de relaciones familiares que incluyen repartos de 3 y de 4 semanas consecutivas, en este último caso con preferencia a la distribución mensual.

---

<sup>12</sup> En unos Autos de Filiación del año 2010 del Juzgado de 1ª Instancia nº 2 de Calatayud, procedimiento en el que por la parte demandada se solicitaron Medidas Provisionales, se alcanzó un acuerdo con plan de relaciones familiares aportado, que fue homologado en Sentencia de 12-7-2011, es decir, vigente la Ley aragonesa 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres, resolución que declaró la filiación paterna de la menor y aprobó el pacto de relaciones familiares, habiéndose extinguido la convivencia mucho antes de nacer la menor.

<sup>13</sup> En el mismo sentido, María-Ángeles Callizo López, en pág. 21 de su artículo "*Breve análisis de los factores legales a ponderar por el/la juez al decidir sobre el régimen de guarda y custodia de los hijos en Aragón*", Revista Aequalitas nº 30, enero-junio 2012.

<sup>14</sup> Al contrario, en el apartado 10 del Preámbulo se indica que la custodia compartida no implica necesariamente una alternancia de la residencia de los hijos con sus progenitores en periodos iguales, pero sí en un tiempo adecuado para el cumplimiento de la finalidad de la custodia compartida.

Resulta más entendible que no se precise tanto cuando se va a repartir por periodos de dos meses consecutivos, de trimestres o periodos más prolongados, aunque cabría establecer que el cambio se efectuase en el lunes o viernes más próximo al fin del trimestre, determinando por ejemplo que si coincide en miércoles fuese el viernes siguiente.

Leyendo algunos acuerdos se plantea la duda de si se habrá producido una no deseable negociación de tiempo con los hijos por dinero, es decir, se observan algunas pensiones alimenticias muy reducidas con custodias denominadas compartidas, pero que en realidad amplían un poco las visitas que hasta la entrada en vigor de la Ley de Aragón 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres, eran tradicionales.

Cuando la custodia es atribuida de forma individual a uno de los progenitores, la regulación del régimen de comunicación del progenitor no custodio con los menores no se limita siempre al establecimiento de las visitas que permitan el necesario contacto personal con los hijos, sino que en ocasiones se establece también un régimen de comunicación telefónica, fijando bandas horarias y forma de ejecución de las llamadas, incluso a veces con direcciones de correo electrónico de uno y otro progenitor en las que puedan comunicarse extremos relativos a los hijos. De este modo se agiliza la relación o comunicación en sentido amplio de los padres con los hijos, de una forma más completa que con la simple regulación de las visitas. Evidentemente, también cabe prever comunicaciones a través de dispositivos móviles de los propios hijos, lo que probablemente es más entendible a partir de determinadas edades.

Dentro de los términos de los pactos de relaciones familiares se presentan muchas disparidades, descendiendo muchos de ellos a detalles, siendo otros muy escuetos y –reconozcámoslo– empezando en muchos casos a estereotipar el contenido en gran medida, recogiendo solamente alguna especificidad del caso. Dicha práctica constituye una pérdida de oportunidades para regular cada situación concreta con medidas adaptadas al caso, necesariamente diferente de otros. Cuestión distinta es que para ese menester sea necesario invertir mucho tiempo con el justiciable por parte del abogado, hasta hacerle reflexionar en concretos puntos de la vida de sus hijos que merecen ser regulados específicamente, al margen de documentos tipo. Hay que analizar en profundidad las inclinaciones de los hijos, sus actividades extraescolares, los horarios y calendarios escolares y laborales, la distancia entre domicilios, el tipo de vivienda de uno y otro progenitor, las circunstancias económicas, etc.

En la lectura de los pactos de relaciones familiares otorgados conforme al artículo 77 del Código del Derecho Foral de Aragón, no son infrecuentes los que comienzan por la liquidación del consorcio conyugal y sólo tras ella, en los últimos párrafos del pacto, entran a regular los efectos personales relacionados con los hijos menores de edad. Si ética y estética deben ir unidas, en estos casos la apariencia deja mucho que desear.

Las negociaciones de los procedimientos de mutuo acuerdo dan salida a problemas que en un contencioso no la tendrían tan sencilla, como el supuesto visto en el que los meses de julio y agosto se reparten de modo fijo, sin rotar en años pares e impares, quizá porque así conviene ante las vacaciones laborales de los padres o por cualquier otro motivo legítimo. En el siguiente apartado veremos muchos más casos de pactos muy adaptados a las circunstancias concretas.

Hay unos cuantos acuerdos que atribuyen la custodia compartida por tramos horarios, seguramente en función de las agendas laborales de uno y otro progenitor, o quizá por la mayor facilidad para que uno apoye con los deberes escolares a los menores. Es decir, no se reparte por días alternos, sino por franjas horarias. No hay reglas generales, cada caso es diferente y cuando los progenitores acuerdan esa distribución será lo más conveniente para sus hijos, dentro de las posibilidades que pueden ofrecerles.

Ya hemos visto que hay algún caso de custodia compartida con alternancia diaria. En uno de los consultados, relativo a un menor de 8 años, los abogados consideraron necesario aclarar que el menor llevaba un año con ese régimen de custodia y que se encontraba bien adaptado a la misma.

Pactos como el que hemos encontrado de atribuir la custodia compartida a base de que los hijos estén con el padre de lunes a viernes para comer, fines de semana alternos hasta lunes, y vacaciones al 50%, reflejan las grandes posibilidades de adaptarse al caso concreto que brinda el actual marco normativo. Los progenitores que no saben buscar acuerdos adaptados a las circunstancias de sus hijos y de ellos mismos, deben saber que difícilmente en un procedimiento contencioso obtendrán un régimen – un auténtico “traje a medida” – como el que acabamos de reseñar.

## **2. Regímenes de custodia que no se habrían obtenido en procedimientos contenciosos.**

Descendiendo al contenido concreto de muchos acuerdos alcanzados, quizá podemos aspirar a que se vea cumplido lo que predicaba Lucio Anneo Séneca: *"Largo es el camino de la enseñanza por medio de teorías; breve y eficaz por medio de ejemplos"*.

En un Pacto de Relaciones Familiares se distribuye la custodia compartida de modo que los hijos entre semana pernoctarán con la madre, mientras el padre los recogerá cada día a las 8:30 en el domicilio materno y los llevará al colegio; comerán con padre y madre por días alternos; el padre los recogerá a la salida del colegio y los llevará al domicilio materno a las 19:30. Nadie puede soñar con que este régimen tan elaborado, y con toda probabilidad adaptado a los horarios y posibilidades de ambos progenitores, hubiese podido ser obtenido en el ámbito de un procedimiento contencioso.

Tampoco cabe pensar que la solución pactada entre los progenitores habría sido ordenada en una sentencia dentro de un procedimiento contencioso en los supuestos analizados con las siguientes distribuciones de estancias, en las que si no se indica lo contrario hay reparto de fines de semana alternos y vacaciones escolares por mitad, entendiendo por vacaciones estivales los meses de julio y agosto, con alguna salvedad que también se especifica<sup>15</sup>:

- Por tres días alternos con uno y otro en función de los turnos laborales del padre.
- Adaptado al calendario laboral del padre (aproximadamente por semanas).

---

<sup>15</sup> No se ha considerado de especial interés para el estudio precisar exactamente si se trataba de hijo/a, o hijos/as, por lo que la mención que aparece en cada caso es meramente indicativa.



- De lunes a jueves el hijo comerá diariamente con el padre y estará con él desde la salida del colegio hasta las 21 horas.
- Padre: de lunes a viernes de 17:50 cuando lo recogerá en la parada del autobús a 21 horas, que lo entrega a la madre cenado y bañado. Podrá la madre tenerlo una tarde entre semana y el padre una pernocta intersemanal.
- Régimen abierto ante los 15 años del hijo; en defecto de acuerdo de lunes a viernes el padre lo lleva al colegio y lo tiene consigo desde la salida del colegio (14 horas) a 20 horas.
- Las tardes intersemanales alternas entre ambos progenitores, con pernocta los jueves con el padre.
- Con la madre de lunes a jueves, y con el padre de jueves a la salida del colegio a sábado 16 horas; fines semana alternos de sábado 16 horas a lunes entrada. Es en función de los horarios laborales de ambos progenitores.
- Con el padre pernoctarán martes, jueves y domingos, con la madre lunes, miércoles y viernes. Los sábados con la abuela paterna.
- Se atribuye la custodia a la madre, con la condición de que fije domicilio en la provincia de Zaragoza.
- Pactan custodia compartida por semanas alternas, condicionado a que ambos vivan en Utebo. El incumplimiento de este punto por cualquiera de los progenitores dará lugar a la revisión inmediata de este acuerdo.
- Vivirán habitualmente con la madre; el padre tendrá: visitas de lunes a viernes, posibilidad de un tercer fin de semana al mes con preaviso de 15 días. Vacaciones por mitad incluidos los días no lectivos de junio y septiembre.
- Menor con graves problemas que vive en una residencia: fines de semana alternos, y la mitad de Navidades y del mes que pasa fuera de la residencia con cada progenitor.
- Con el padre cada día desde la salida del colegio a las 20 horas, cuando lo recogerá la madre en el domicilio paterno.
- Se divide la semana en 3 periodos alternos con cada uno, lunes a miércoles, miércoles a viernes y viernes a lunes.
- Todos los festivos y fines de semana con el padre, salvo que tenga guardia.
- Como convengan con el hijo, dado que lo vienen haciendo así durante los cinco años de separación de hecho.
- Por semanas alternas: cuando la madre trabaje en turno de mañanas, las tardes y noches de martes y jueves con el padre, en las semanas que la madre trabaje de tardes el abuelo materno recogerá al niño en el colegio y lo llevará al domicilio paterno, donde lo recogerá la madre a las 22 horas. Vacaciones por mitades, incluidos días no lectivos de junio y septiembre.
- Padre: meses de abril, mayo, junio, noviembre y diciembre hasta el comienzo de las vacaciones de Navidad; madre: enero desde el fin de las vacaciones de Navidad, febrero, marzo, septiembre y octubre.
- Con el padre de jueves a la salida del colegio a viernes entrada y todos los fines de semana de viernes salida a lunes entrada. Vacaciones al 50% incluyendo los días no lectivos junio y septiembre.
- Noches lunes y martes con el padre, noches miércoles y jueves con la madre.
- Primera semana: ambos progenitores pasarán juntos la tarde del martes con la hija, desde la salida del colegio hasta las 20 horas. Con el padre de viernes a la salida del colegio a lunes a la entrada. Segunda semana: con el padre desde el miércoles a la salida colegio al viernes a la entrada colegio. Si por el trabajo

destinan fuera a la madre, la hija vivirá entre semana con ella y todos los fines de semana con el padre.

- De lunes a viernes recogerá el padre al hijo en el domicilio materno por la mañana y lo llevará al colegio, reintegrándolo a las 19 horas al domicilio materno, salvo los miércoles de las semanas 2ª, 3ª y 4ª de cada mes, en las que el menor pernoctará en el domicilio paterno. El primer fin de semana de cada mes con el padre. En verano: los periodos no lectivos de junio y septiembre con el padre de 8:15 a 19 horas. El resto de las vacaciones al 50%.
- Vivirá la hija con el padre y su hermano mayor de edad, si bien la madre podrá acudir a dicho domicilio todos los días del año, sin fijar horario, salvo las vacaciones.
- De lunes a viernes con la madre, pero todas las tardes el padre trasladará al menor a las actividades extraescolares y lo reintegrará al domicilio materno.
- La hija vivirá con la madre, pero el padre la llevará cada día al colegio y la tendrá consigo dos tardes intersemanales, pudiendo pernoctar si preavisa.
- En función del trabajo en el extranjero del padre hasta 15 días máximo al mes con pernocta, sean días lectivos o no.
- Padre de 20:30 domingo a miércoles que la recogerá la madre del colegio y estará con ella hasta 10:30 sábado. La menor pernoctará con cada uno en sábados alternos.
- Con el padre: lunes, miércoles y viernes de salida colegio a 20:30 h., fines de semana alternos, 50% vacaciones, siempre con pernocta en casa materna.
- De lunes a viernes, desde las 9 a las 20:30 horas, con el padre.
- Van a compartir vivienda (separación, no divorcio) por lo que no fijan periodos. Si decidiesen vivir en distintos domicilios: por semanas alternas y 50% vacaciones. Si viviesen en distinto domicilio, cada uno alimentaría en su período.
- Custodia para los abuelos paternos en su país de origen.
- Vivirán con la madre; con el padre en fines de semana alternos hasta lunes entrada colegio, más tres tardes entre semana y vacaciones por mitad, incluidos los días no lectivos de junio y septiembre.
- Vivirá la hija con el padre; si bien la madre de lunes a viernes, la recogerá del domicilio paterno y la llevará al colegio, comerá con ella, la devolverá al colegio donde la recogerá a la salida y la entregará al padre a las 19:30.
- Vivirán con la madre; con el padre de lunes a jueves desde la salida del colegio a 20 horas, fines de semana alternos, 50% vacaciones, incluidos días no lectivos de junio y septiembre.
- Jueves y viernes comerán con el padre, más fines de semana alternos y vacaciones por mitad, contemplando los días vacacionales de junio y septiembre.
- Por períodos alternos con uno y otro: de 1-9 a 15-11, de 16-11 a 31-1, de 1-2 a 20-4 y 21-4 a 30-6, adaptados al colegio privado con calendario escolar no usual, fines de semana alternos, 50% vacaciones.
- Con cada progenitor en periodos alternos de 21 días consecutivos, de viernes a viernes, incluidos fines de semana, con una hora de visita diaria para el otro.
- Hijos 8 y 12 años de edad: residencia habitual en el domicilio materno. Con el padre dos tardes entre semana, pudiendo en esos días pernoctar los hijos en el domicilio paterno; además podrán comer con el padre siempre que lo deseen.

- Hijos de 8 y 6 años, residirán con su madre. Con el padre dos tardes intersemanales, una desde la salida del colegio a las 23 horas y otra de 19 a 21 h., visitas que podrán tener lugar en domicilio materno. Padre dos fines de semana al mes, de viernes a la salida del colegio a domingo a las 10 horas (sic) y un tercer fin de semana, de viernes a la salida del colegio a domingo a las 21 horas. En vacaciones parecido régimen.
- Hijo de 14 años con el padre todos los días de 18 a 20 horas. Vacaciones al 50%. Nada dicen de fines de semana.
- Pernoctarán con la madre, quien los llevará al domicilio paterno, cada día, para que el padre los lleve al colegio y coma con ellos. Del colegio los recogerá el padre lunes y martes y los devolverá al domicilio materno a las 19 h., mientras la madre los recogerá del colegio miércoles y jueves.
- Con el padre de lunes a jueves desde la salida de la guardería (16 horas) a 21 h., devolviendo al menor cenado y aseado.
- Dormirán con la madre, el padre las recogerá todas las mañanas, las llevará al colegio y las devolverá al domicilio materno a las 19:30.

Por otra parte, los siguientes acuerdos, quizá habrían podido ser objeto de un pronunciamiento judicial, si ambas partes hubiesen reconocido disponibilidad horaria para ello, pero tampoco habría sido seguro:

- De lunes a jueves con el padre, desde la salida del colegio a las 21:30 horas.
- El padre come con el hijo diariamente y también lo tiene desde la salida del colegio a las 21 horas, cuando lo recogerá la madre, con quien pernoctará.
- Con el padre una semana martes y jueves con pernocta, otra semana martes con pernocta y fin de semana.
- Compartida, con uno de 1 de febrero a 31 de julio y con el otro de 1 de agosto a 31 de enero. En vacaciones estivales siempre julio con uno y agosto con el otro, sin rotar.
- De lunes a viernes comerán con el padre. Con cada uno en fines de semana alternos hasta el lunes a la entrada del colegio. Vacaciones al 50%.
- Tres pactos de relaciones familiares en los que se alternan los padres en el uso de la vivienda, permaneciendo en la misma los hijos en todo momento.

Repasar en ocasiones la anterior relación de posibilidades puede darnos ideas ante negociaciones que aparentan estancarse por la distancia entre las posturas de una y otra parte. Y especialmente práctico será discurrir y crear a partir del análisis trabajado del caso, y de aplicar imaginación e ingenio, hasta dar con la propuesta que permita acercarse al acuerdo, así como prestar atención a nuevas fórmulas de reparto de estancias que irán apareciendo paulatinamente.

Queda claro también que en muchos casos el ingenio habrá partido de los propios interesados, no necesariamente de sus abogados, quienes sin embargo están obligados a prestar atención a los datos suministrados por sus clientes y a colaborar con ellos para construir el pacto de relaciones familiares mejor adaptado a las posibilidades.

## **V. FORMA DE LOS PLANES DE RELACIONES FAMILIARES.**

Cuando, pese a todas las ventajas de un procedimiento consensual, no es posible alcanzar un acuerdo y se tramita un procedimiento contencioso, el art. 80.2 del CDFA exige aportar un plan de relaciones familiares por cada progenitor, y la Disposición Adicional Segunda, apartado 3 indica "*La demanda y la reconvención deberán ir acompañadas de un plan de relaciones familiares*", lo que presenta problemas procesales dado que no hay una forma concreta exigida por la Ley, de modo que algunos abogados optan por aportar un documento independiente, junto con la demanda, en el que se realiza la propuesta y que puede ir o no firmado por el cliente. En algún caso he visto que ha firmado el abogado. Sin embargo no es obligatorio hacerlo así, de modo que en ocasiones el PRF se aporta como un hecho más dentro de la demanda, e incluso en el suplico.

Que no se exija literalmente por la Disposición Adicional analizada un plan de relaciones familiares con la contestación a la demanda sin reconvención, no se compadece con la exigencia del mismo plan a cada progenitor por el art. 80.2, precepto que desde luego parece más aconsejable observar. Es decir, en toda contestación a la demanda, haya o no necesidad de reconvénir, es recomendable y seguramente obligatorio aportar un plan de relaciones familiares que recoja las propuestas que el progenitor en cuestión considere mejores para la descendencia.

Lo importante es resaltar bien la aportación para evitar innecesarios requerimientos del Secretario Judicial, como ha ocurrido en casos en los que el plan de relaciones familiares quedaba muy entremezclado en una prolija demanda. Los abogados no podemos quejarnos luego de los plazos judiciales si está en nuestra mano clarificar el procedimiento desde el principio.

Se puede dudar de si en los planes de relaciones familiares debemos distinguir entre visitas o estancias, o no es necesario. El art. 77.2.a) del CDFA señala que el pacto de relaciones familiares deberá concretar «*el régimen de convivencia o de visitas con los hijos*», pareciendo anteponer dos regímenes distintos, y el art. 80 del mismo cuerpo legal indica que en los casos de custodia compartida se fijará un régimen de convivencia de cada uno de los padres con los hijos, mientras que en los casos de custodia individual, se fijará un régimen de comunicación, estancias o visitas con el otro progenitor. De acuerdo con la profesora Margarita Castilla Barea, la falta de referencia a los derechos de visita en los casos de custodia compartida quizá quiere enfatizar el diverso matiz que presenta la condición jurídica de los padres que ostentan dicho régimen de custodia, respecto a los que tienen custodia individual, coincidiendo con dicha autora en que la supresión absoluta al posible derecho de visitas no es procedente, porque es posible que éste deba combinarse con el llamado «régimen de convivencia», en aquellos supuestos en el que los periodos de alternancia son amplios<sup>16</sup>. Entendemos que en los procedimientos consensuales lo importante es establecer de forma clara la distribución temporal de las estancias de los hijos con uno y otro progenitor, sin conceder excesiva importancia a la terminología, aunque algunos operadores jurídicos vean la expresión «derecho de visitas» como estigmatizante.

El plan de relaciones familiares en el que se pida la guarda y custodia compartida convendrá fundarlo cuanto se pueda en las circunstancias del caso concreto,

---

<sup>16</sup> Margarita Castilla Barea, en "Notas sobre la guarda y custodia de los hijos a propósito de la aragonesa Ley de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres", Revista Aranzadi Civil Doctrinal, pág. 125, nota a pie nº 51.

sin estereotipar su contenido, tratando de argumentar las ventajas del reparto de tiempo con uno y otro progenitor y las razones que puedan sustentar la propuesta de determinados periodos temporales y no de otros. En todo caso entiendo que es conveniente presentar la opción preferida por el cliente como primera posibilidad, pero ofreciendo otras modalidades de reparto temporal. Es decir, si por ej. el cliente propone hacer un reparto de la custodia por meses alternos, parece buena estrategia procesal plantearlo así, justificando cuanto sea posible por qué se adapta bien al caso del menor o menores en juego, pero admitiendo que el justiciable acepta otro tipo de reparto si la prueba a practicar demostrase más conveniente distribuir las estancias por trimestres, semestres, o cualquier otro periodo, evitando así transmitir una idea de rigidez.

## **VI. LA DIFUSA FRONTERA ENTRE CUSTODIA COMPARTIDA E INDIVIDUAL.**

En más de un procedimiento se ha terminado pactando una distribución de estancias, entre uno y otro progenitor, cuyo encaje en la no siempre necesaria clasificación entre custodia compartida e individual no es sencillo.

A la vista de todas las posibilidades existentes, a los abogados nos corresponde emplear cada vez más creatividad para proponer regímenes diferentes y adecuados a los menores de cada ruptura familiar. También a los Jueces, Fiscales y a los componentes de los gabinetes psicosociales, pero indudablemente en muchas ocasiones desde los despachos podemos servir ya la solución en un elaborado pacto de relaciones familiares.

Por los distintos pactos analizados, aparece en ocasiones que llamar custodia individual o compartida a determinados repartos de estancias de los hijos con uno y otro progenitor puede ser cuestión ideológica. En algunos países todo lo que rebase el 30% de estancia con un progenitor es custodia compartida, pero si denominarlo custodia individual con amplio régimen de visitas puede contribuir a que una de las partes admita suscribir un pacto de relaciones familiares y evitar un contencioso, quizá merezca la pena reflexionar sobre ello. Por cierto, ¿es obligatorio o no consignar en un pacto de relaciones familiares si la custodia es individual o compartida? Hemos visto una sentencia que homologa un pacto de relaciones familiares en el que se limitan a fijar los tiempos de estancia con uno y otro progenitor pero que no definen la custodia, ni como compartida ni como individual, probablemente pensando en no herir susceptibilidades. Sin embargo, en el marco de un procedimiento contencioso es imprescindible definir qué tipo de atribución de custodia se está efectuando. Y, tanto en procedimientos de mutuo acuerdo como en contenciosos, hay que fijar con claridad el resto de cuestiones relacionadas, como el uso de la vivienda o las aportaciones de alimentos.

Evidentemente, el móvil económico aparece en algunas de las posturas de los progenitores acerca de que la custodia sea compartida o individual, pero sería demasiado ideal no pensar que también ese aspecto preocupa a ambas partes. Siempre que no se anteponga al interés de los hijos, en muchos casos tampoco un progenitor podrá tachar al otro de preocuparle exclusivamente el dinero y él quedarse fuera de toda inquietud por el mismo tema.

Por otra parte, en los dos primeros años de vigencia de la custodia compartida como sistema preferente en Aragón se ha observado un incremento de los acuerdos en los que se ha ampliado considerablemente el régimen de visitas respecto del progenitor que ha asumido no tener la guarda y custodia, básicamente la noche del domingo al lunes y más visitas intersemanales, pero también ampliando las vacaciones estivales a los días no lectivos de junio y septiembre.

## **VII. OTRAS CUESTIONES PROCESALES AL HILO DE LAS SENTENCIAS REVISADAS.**

Hemos detectado unos cuantos procedimientos con discrepancia acerca del régimen de custodia en los que, una vez recibidos los informes del gabinete psicosocial adscrito al Juzgado y de conocer el resultado de la audiencia o exploración de menores, se ha desistido en la postura de una de las partes, tanto de quien reclamaba la custodia compartida y ha cedido a una individual para la otra parte, con un régimen de visitas superior al que venía rigiendo como tipo hasta el 8 de septiembre de 2010, como por parte de quien defendía una custodia exclusiva a su favor y ha terminado por aceptar una compartida. Obviamente, se reconoce con tal proceder el relieve de las pruebas psicológica y social, debiendo señalar que la audiencia de menores mayores de 12 años es muy concluyente por sí misma en la mayoría de asuntos.

Preocupante resulta la duración de los procedimientos en materia de Familia desde la entrada en vigor de la derogada Ley 2/2010, que puede llevar a que se señale la vista principal de una separación o divorcio con hijos muchos meses después de presentada la demanda, fundamentalmente por la saturación de los gabinetes psicosociales adscritos a los Juzgados de Familia y su falta de medios personales. Con buen criterio, en algún procedimiento se ha optado por el juzgador por considerar innecesaria la prueba pericial psicosocial, a la vista de la concluyente postura de una hija de 15 años mostrada en la audiencia de menores, con el encomiable objetivo de reducir la duración del pleito. Es obvio que la normativa indicada ha provocado que las necesidades de los Juzgados de Familia se hayan incrementado mucho y deberían contar con más profesionales y, además, a plena dedicación.

Aunque no era el objeto de nuestro estudio, por falta de tiempo material, se van viendo algunos informes del gabinete psicosocial que, en contra de la práctica habitual, contienen discrepancias importantes entre la opinión de la psicóloga y la de la trabajadora social. Por otro lado, hay que señalar que en general las sentencias concuerdan con la opinión del gabinete cuando hay coincidencia entre una y otra profesional, en cuanto a si la custodia debe ser exclusiva o compartida, pero no así en el tipo de custodia compartida cuando es esa la recomendada por dicho gabinete. Entendemos que es una muestra más de lo recomendable que resulta alcanzar acuerdos entre las partes, dada la amplia discrecionalidad de que gozan tanto los psicólogos y trabajadores sociales, como los propios jueces, para optar por uno de los muchos sistemas de custodia compartida que hemos visto entre las sentencias de primera instancia analizadas, siendo preferible que sean los progenitores los que elijan el reparto de tiempos más conveniente para sus hijos a la vista de sus circunstancias de horarios de trabajo, distancia entre domicilios, deseos de los menores, etc.

En la misma línea del avance en la custodia compartida en Aragón que muestran las cifras ofrecidas, concuerdan otras leyes dictadas con posterioridad a nuestra Ley 2/2010, como la 25/2010, de 29 de julio, del Libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia, o la Ley Foral navarra 3/2011, de 17 de marzo, sobre custodia de los hijos en los casos de ruptura de la convivencia de los padres<sup>17</sup>, debiendo recordar que ambas normas se dictan antes de que la STC de 17-10-2012 (B.O.E. Núm. 274 de 14 de noviembre de 2012, Sec. TC., Pág. 152) declarase la inconstitucionalidad del término "favorable" en el art. 92.8 del C.C., resolución que a su vez va en la misma dirección de contemplar la custodia compartida como un régimen más, sin las restricciones que hasta entonces ofrecía dicho precepto. Otra cuestión es que la normativa aragonesa muestre más claramente la preferencia por la custodia compartida, aunque también la Ley 5/2011, de 1 de abril, de la Generalitat valenciana, de Relaciones Familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven, en cuyo art. 5.2 dispone: *"Como regla general, atribuirá a ambos progenitores, de manera compartida, el régimen de convivencia con los hijos e hijas menores de edad, sin que sea obstáculo para ello la oposición de uno de los progenitores o las malas relaciones entre ellos"*.

En bastantes sentencias que ordenan la custodia compartida se establece la contribución a los gastos de los hijos mediante cuenta bancaria común, donde se carguen todos los gastos susceptibles de domiciliación y de la que puedan disponer ambos para el pago de otros gastos, con aportaciones de uno y otro progenitor idénticas o no, en función de los recursos de cada uno. El principal problema es la gestión de la cuenta, debiendo cada progenitor justificar al otro, al menos mediante el correspondiente tique en defecto de factura, el destino de cada partida. Como siempre, la flexibilidad de uno y otro, especialmente ante desembolsos no cuantiosos, hará que el sistema funcione.

En muchos procedimientos consensuales el propio progenitor que ha salido de la vivienda familiar ha situado su nuevo domicilio en las proximidades, tratándose de un criterio que facilita mucho el ejercicio de la custodia compartida. En una de las sentencias analizadas, dictada en divorcio contencioso, se fija la custodia compartida por semestres alternos, con dos visitas intersemanales, además de fines de semana alternos y mitad de las vacaciones, efectuándose un pronunciamiento autónomo relativo a la esposa del siguiente tenor: *"para hacer efectiva la alternancia de periodos de custodia compartida deberá residir en un entorno cercano al domicilio paterno y escolar de la menor"*. Dicha resolución alcanzó firmeza al no ser recurrida por las partes.

Por otra parte, quizá la estadística analizada desmonte el tópico que entre algunas personas empezaba a crearse, y que venía a decir que las alternancias cortas de tiempo en la custodia compartida no serían convenientes. Las cifras lo desmienten, ante el elevado número de casos en los que se ha optado por custodia compartida por semanas alternas, debiendo pensar que si los períodos de alternancia son muy largos se obliga a hijos y padres a una separación por más tiempo del deseado, siendo insuficiente en esos casos contar con visitas intersemanales.

---

<sup>17</sup> En el art. 3 da libertad al Juez para que acuerde la custodia compartida o individual, oído el Ministerio Fiscal –informe no vinculante– y previos los dictámenes y audiencias que estime necesarios recabar, cuando así convenga a los intereses de los hijos.

Además, el principio de no separación de hermanos no ha sido óbice para que en algunos casos se haya pactado la custodia repartida, entendiéndose por tal la de atribuir la custodia de unos hijos a un progenitor y de otros al otro<sup>18</sup>, e incluso en algún asunto se acordó así en procedimiento contencioso.

Otra cuestión es que, en una de las resoluciones de primera instancia analizadas, tenemos ya un caso de “arrepentimiento” de la medida de custodia compartida inicialmente pactada. En concreto, un supuesto de custodia compartida acordada en 2011, con una modificación de esa custodia en 2012, también de mutuo acuerdo, para otorgarla ahora a la madre.

Por otro lado, hemos visto una Modificación de Medidas en la que la madre reclamaba la custodia compartida y se desestimó, con la particularidad que la madre tenía la custodia exclusiva y pedía que fuese compartida por meses, ante la falta de colaboración del padre. Esa postura procesal es de lo más inhabitual y, sin conocer los detalles del caso, podría llevarnos a pensar en que podría provocar un día problemas ante una hipotética intervención de los Servicios Sociales.

En un procedimiento contencioso no se atribuía la guarda y custodia a ninguno de los dos progenitores, promoviendo la demanda el padre desde la prisión y encontrándose la madre en rebeldía, acordándose poner en conocimiento de los Servicios Sociales la situación de posible desamparo.

Son unas cuantas las sentencias que atribuyen una guarda y custodia exclusiva, pero la declaran revisable transcurrido un determinado periodo de tiempo, concordando con el art. 79.5 del CDFFA, que establece: *"Las medidas aprobadas judicialmente podrán ser modificadas cuando concurran causas o circunstancias relevantes. En particular, cuando se haya acordado la custodia individual en atención a la edad del hijo o hija menor, se revisará el régimen de custodia en el plazo fijado en la propia Sentencia, a fin de plantear la conveniencia de un régimen de custodia compartida"*.

En un procedimiento contencioso se atribuyó la guarda y custodia al padre pero expresamente declara no aplicable el Derecho Aragonés –el padre era extranjero–, observación que entendemos tampoco sobraría cuando el derecho aplicable sea el Código Civil o algún otro derecho propio de alguna Comunidad Autónoma, con la finalidad de clarificar después posibles vicisitudes, sea cual sea el territorio en el que puedan encontrarse los interesados en el futuro.

Una cuestión que no se ha visto muy afectada por el cambio legislativo que instauró la custodia compartida preferente es el relativo al acceso de ambos progenitores al centro escolar. Recordemos que cuanto afecte a la educación de los menores –también a la salud y a otros aspectos fundamentales– va ligado a la autoridad familiar y no a la custodia, de modo que siendo abrumadoramente mayoritaria la atribución de la autoridad familiar a ambos progenitores, tanto en custodias compartidas como en individuales, antes y después del 8-9-2010, uno y otro tendrán derecho a participar directamente en el proceso educativo de la común descendencia, con acceso al tutor escolar, a las calificaciones académicas, a ser convocados y asistir a reuniones de padres de alumnos o a elegir actividades extraescolares. Y los procedimientos para

---

<sup>18</sup> Terminología orientativa, que puede ser diferente según las sentencias y los autores.



acceder a toda esa información por parte de un progenitor, cuando se ve afectado por la obstaculización del otro, siguen siendo tan complejos como antes, pudiendo requerir al centro escolar, con aportación en muchas ocasiones de la resolución judicial que estableció medidas, adoptadas o no de mutuo acuerdo. Sí puede haber alguna diferencia en cuanto a las recogidas de los niños adaptada a distribución de estancias muy variadas según el tipo de custodia compartida que se haya pactado, en cuanto a que el centro escolar podrá ver que cambia mucho la persona que recoge a los menores, lo que se puede solucionar comunicando al colegio la identidad de quienes van a buscar a los mismos, incluidos abuelos, tíos o allegados que recogen a los hijos en defecto de poderlo hacer los progenitores. Insisto, también con custodias individuales adaptadas al patrón que fue clásico durante décadas hay que especificar en ocasiones dichas identidades. En una u otra modalidad de custodia puede haber problemas si uno de los progenitores recoge a los niños cuando le corresponde al otro, ya sea por visita intersemanal o por período de distribución o alternancia en custodia compartida, si bien el centro escolar no podrá verificar cada día si el progenitor que acude un día determinado está privando al otro de su estancia con el menor: en todo caso será una acción entre progenitores. Lo más que se podrá pedir al colegio es que se asegure de que no sea un extraño quien se lleve a un niño, de modo de que si quien lo recoge es una persona cuya identidad ya se ha comunicado al centro anteriormente, éste habrá cumplido, por más que el progenitor a quien según la resolución judicial correspondía dicho día acuda cinco minutos más tarde. Será ya esperar mucha colaboración de dicho centro llevar la cuenta de si le corresponde en ese día concreto a uno u otro, además de que se producen permutas de días entre los interesados, incluso en casos de mala relación, con lo que someteríamos a una misión muy ardua al centro escolar. No quiero decir con esto que no haya colegios que en casos puntuales se presten a tan complicada colaboración, pero serán los menos.

Por la extensión no podemos abordar ahora en profundidad otro tema que podría ayudar a encauzar divergencias en materia de estancias de los hijos con uno y otro progenitor, pero me permito dejarlo apuntado. Me refiero a la emancipación, toda vez que no basta con presumir de que en Aragón con 14 años de edad un menor puede emanciparse, en lugar de con 16 como en el Código Civil, para después apenas utilizar la figura en procedimientos de separación o divorcio con regímenes de visitas no deseados por los menores. El art. 30.2 del CDFA establece: *"El Juez podrá conceder la emancipación al menor mayor de catorce años si este la pide y previa audiencia de quienes ejerzan la autoridad familiar o la tutela:*

- a) Cuando quien ejerce la autoridad familiar contraiga nupcias o conviva maritalmente con persona que no sea también titular de la autoridad familiar sobre el menor.*
- b) Cuando quienes ejercen la autoridad familiar vivan separados.*
- c) Cuando concorra cualquier causa que entorpezca gravemente el ejercicio de la autoridad familiar.*
- d) Cuando el menor esté sujeto a tutela".*

Luego, de cuatro casos dos guardan relación con las rupturas familiares, y el apartado c) seguramente resultará también de aplicación en muchos supuestos. Sin embargo, a la hora de la verdad apenas se tramitan emancipaciones para que un menor de entre 14 y 17 años evite que sus progenitores discutan por él en materia de custodia<sup>19</sup>. Un artículo publicado en "El Diario Vasco" el 10 de mayo de 2009, se tituló

---

<sup>19</sup> Consultada la oficina de reparto del Decanato de Zaragoza, con fecha 30 de agosto de 2012, nos indican que se registran como procedimientos de Jurisdicción Voluntaria, sin distinguir si son de

"Cerca de 200 menores se han emancipado de sus padres en el País Vasco desde 2005", y subtítulo *«los divorcios han dado lugar a que algunos adolescentes utilicen esta vía para poder elegir si se quedan con su padre, con su madre o con ninguno»*. ¿Puede haber motivo más importante para pedir la emancipación que desear regular directamente las estancias con uno y otro progenitor? Debo confesar que de tres veces que lo he intentado, nos ha sido concedida la emancipación en un caso y denegado en dos, aunque en uno de ellos lo solucionó la Ilma. Audiencia Provincial de Zaragoza eliminando totalmente las visitas con el padre en Modificación de Medidas llevada casi en paralelo, pero estoy convencido de que es una vía por experimentar, siempre que estemos dispuestos a sufrir desde la entrada a reparto algunos comentarios de recelo a tramitar dichos procedimientos.

Finalmente, una pequeña referencia a la mediación, herramienta extraordinaria para resolver las discrepancias en cuanto a la guarda y custodia y, dentro de la compartida, para permitir que los progenitores terminen por establecer si van a distribuir la custodia por periodos más o menos amplios de tiempo, así como si va a ser un reparto de tiempos igualitarios o no. Otra cuestión es que se animen los interesados y el mediador o mediadora a entrar después en temas más técnicos, como la liquidación del consorcio foral, donde empezamos a observar que si el mediador o mediadora carece de formación jurídica, debería tener la cautela necesaria de advertir a las partes que los acuerdos a los que están llegando deben ser consultados a fondo con sus respectivos letrados, puesto que en una materia tan específica pueden llegar a pactos entre ellos que les van a crear inseguridad jurídica, cuando no problemas de tipo fiscal, al no igualar absolutamente el valor de los respectivos lotes que se adjudican. Una solución es que para esa fase de la mediación se acudiese a letrados, y además especializados en liquidaciones –como podrían ser contadores-partidores experimentados–, o bien reforzar las advertencias de que son pactos sujetos al parecer de los letrados. Y no es suficiente que los mediadores no juristas digan que ellos no entran nunca en los acuerdos y que se limitan a establecer canales de comunicación entre los interesados, para que protagonicen ellos el acuerdo, cuando siempre hay algún límite. El problema es que si los interesados acuerdan destinar el cuarto trastero a actividades ilícitas el mediador reaccionará rápidamente, pero si omiten un crédito de la sociedad conyugal contra uno de los cónyuges o no contemplan las ventajas o las repercusiones fiscales de un exceso de adjudicación, los respectivos abogados tendrán que emplearse a fondo para convencer a sus propios clientes que el acuerdo es defectuoso en esos puntos, que no están poniendo trabas al mismo y que simplemente intentan clarificarlo. Lamentablemente he vivido algo similar y el acuerdo se consiguió salvar pero con tensiones importantes entre letrados y clientes.

## VIII. CONCLUSIONES.

En ocasiones, ciudadanos involucrados en un procedimiento de ruptura familiar invocan el bien de los hijos con demasiada ligereza, cuando en realidad sitúan derechos suyos –legítimos, indudablemente– por encima del favor filii. Nadie cuestiona el derecho de toda persona a elegir libremente su residencia y a circular por el territorio

---

emancipación o de otro tipo, de modo que no es posible extraer una estadística, pero están en condiciones de asegurar que son muy escasos los procedimientos de este tipo, quizá uno cada dos años en todo Zaragoza. El propio coponente D. Emilio Molins García-Atance nos dice que en 12 o 13 años que fue Juez de 1ª Instancia de Zaragoza no recuerda haber llevado un procedimiento de estas características.

nacional, dado que así lo establece el art. 19 de la Constitución, pero en más de una ocasión se pasa por encima de los derechos de los hijos a mantener la necesaria fluidez de contacto con ambos progenitores, con sus amigos, con su colegio y con todo su entorno. Así, desde el verano de 2010, cuando ya estaba publicada la Ley 2/2010, con una vacatio legis de tres meses, he visto varios casos en los que la madre ha decidido trasladar su residencia –y la de sus hijos– fuera de Aragón, consistiendo el preaviso en dos de los supuestos en un burofax remitido en pleno mes de agosto. Así no hay custodia compartida.

De todos modos, cuantos estamos involucrados de una u otra forma con esta problemática, tendemos a erigirnos en supuestos conocedores de qué actuaciones son acordes al interés de los hijos, cuando lo cierto es que hay hijos e hijas de matrimonios y parejas rotas, de 12 años de edad en adelante, que nos lo dirían perfectamente. Es más, si hubiésemos llamado a un hijo o hija de padres separados, de 13 o 14 años, nos habría podido leer hoy aquí unas cuantas quejas cuyos destinatarios igual hubiésemos sido abogados, psicólogos, jueces, trabajadores sociales, padres y madres. Quizá pueda haber campo para un trabajo sociológico en ese sentido.

Por fortuna, en ocasiones se ha detectado por los Tribunales con nitidez esa falsa invocación del bien superior de los hijos, como en la SAPZ, Secc. 2ª, 443/2012, de 23 de julio<sup>20</sup>, ya citada por D. José-Antonio Serrano García en su trabajo, indicativa de que la actual normativa no puede servir de cobertura a un padre en cuyas alegaciones detecta una finalidad exclusivamente económica, conectada con el uso de la vivienda familiar y con el pago de la pensión al hijo menor.

Por otro lado, tanto con la ley 30/1981, de 7 de julio, como con la ley 15/2005 o con la actual regulación de los arts. 75 a 84 del CDFa, si el procedimiento se tramita y se desarrolla de mutuo acuerdo no hay problemas relevantes, mientras que en otro caso las complicaciones no cesan. La novedad de la repetida Ley de Aragón 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres, a día de hoy integrada en el CDFa, fue mucha, pero no hasta el punto de permitir por vez primera establecer la custodia compartida, dado que incluso antes de la ley estatal 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, ya pactamos en alguna ocasión la custodia compartida, como en una Separación matrimonial del año 2001 del Juzgado de 1ª Instancia nº 16 de Zaragoza, procedimiento que aunque se tramitó de mutuo acuerdo intervinimos un abogado en representación de cada cónyuge, esforzándonos ambos en redactar una cláusula que pasase el tamiz del Ministerio Fiscal y del Juez, siendo la estipulación relativa a guarda y custodia del siguiente tenor:

*"TERCERA.- La guardia y custodia de las hijas se atribuye a ambos progenitores por igual, de acuerdo con cuanto se expresa seguidamente.*

*Las menores permanecerán por semanas alternas con cada progenitor, teniendo en cuenta que las niñas seguirán acudiendo al mismo centro escolar, concretamente, el colegio \*\*\*\*\*\*, sito en \*\*\*\*\*\* que dista \*\*\* metros del domicilio del esposo y \*\*\* metros del de la esposa, toda vez que la separación entre \*\*\*\*\* y \*\*\*\*\* es puramente nominal al llegar a determinada vía pública. Asimismo los padres y cuatro hermanos, todos mayores de edad, de la esposa viven en \*\*\*\*\*, en punto lindante con \*\*\*\*\*\*, no en el centro urbano, mientras que los padres y dos hermanas del esposo viven en \*\*\*\*\*, manteniendo todos los familiares nombrados excelente relación afectiva*

---

<sup>20</sup> (Id Cendoj: 50297370022012100335, El Derecho: EDJ 2012/183059)

*con las niñas, de modo que ambos cónyuges se apoyarán en sus respectivas familias, para que las menores estén perfectamente atendidas en todo momento en la medida necesaria y siempre sin incumplir su deber de guarda y custodia para con las niñas.*

*Ambos cónyuges reconocen que el régimen pactado es el mejor de los posibles, dado el interés de las hijas, que están plenamente integradas con uno y otro cónyuge, además de con las respectivas familias de los mismos, así como de las disponibilidades laborales de los padres.*

*Dicho régimen de semanas alternas únicamente quedará interrumpido durante los periodos vacacionales de las niñas, que serán disfrutados por mitades por cada cónyuge.*

*En cualquier caso, ambos progenitores observarán una necesaria flexibilidad en la materia y tendrán en cuenta dicha circunstancia, siempre procurando el interés de las hijas".*

En el mismo sentido STC, Sala Segunda, 4/2001, de 15 de enero de 2001, recurso de amparo 3966/97, promovido por la madre frente a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia que, en un litigio de separación matrimonial, dispuso ya entonces la guarda y custodia compartida del hijo común por meses alternos, pese a que ninguno de los dos cónyuges había solicitado esa modalidad, desestimando el recurso de amparo interpuesto por la madre, al considerar que la sentencia de segunda instancia modifica el régimen de guarda y custodia del hijo menor de manera motivada y en garantía del interés familiar.

Me preocupa mucho que cantidad de operadores jurídicos sigan declarándose partidarios o detractores de la custodia compartida. Con el debido respeto a toda opinión, me parece un desenfoque del tema y, como nos recuerdan los científicos, plantear bien un problema nos acerca mucho a su solución. Precisamente el análisis de la jurisprudencia que hemos llevado a cabo nos ha ilustrado de que es prácticamente imposible encontrar dos casos iguales, de forma que lo más apropiado es analizar exhaustivamente cada caso concreto, desde las necesidades de los hijos, su edad, sus hábitos, su entorno, las posibilidades de atención de uno y otro progenitor a los menores<sup>21</sup>, las familias extensas, los horarios laborales de los progenitores, sus calendarios de vacaciones, los recursos familiares, la opinión de los menores, entre otros muchos factores, y a partir de ahí tratar por todos los medios de alcanzar un acuerdo entre las partes, que además tenga vocación de futuro, empleando las debidas dosis de imaginación, y que salvo cambios verdaderamente sustanciales en las circunstancias no aboque a modificaciones de medidas. Si ese método parece apropiado, no es viable decantarse a priori por una modalidad u otra de atribución de custodia, sino que el tipo de custodia más conveniente vendrá dado por las circunstancias concurrentes, de modo que en unos casos será preferible una custodia compartida y en otros una individual, y dentro de la primera eligiendo una de las innumerables modalidades que existen, quizá una nunca pactada hasta entonces por sus peculiaridades.

Sintetizando, mi propuesta es que seamos partidarios de hacer dos cosas:

- 1) Analizar cada caso concreto muy detenidamente, invirtiendo cuantas horas sean necesarias, con el cliente, con el abogado de la otra parte, examinando

---

<sup>21</sup> Más que la dedicación a los mismos anteriormente, según STSJA de 15-12-2012, casación 17/2011.

documentación y cuanto sea preciso, teniendo en cuenta obviamente los factores del art. 80.2 del CDFA<sup>22</sup>.

- 2) A la vista del supuesto, aplicar de forma simultánea los principios standum est chartae<sup>23</sup> y favor filii<sup>24</sup>.

Con tal proceder, en unos casos concluiremos que una custodia compartida es el régimen ideal y en otras será más apropiada una custodia individual, en todos los supuestos con el reparto de estancias con cada progenitor adecuado a las circunstancias concurrentes. A partir de ahí, habremos desterrado la dicotomía entre considerar favorable o desfavorable, a priori, un régimen de custodia u otro.

Quiero terminar con una observación para la propia abogacía, en el sentido de que si, en principio, podemos estar satisfechos al conocer que en Aragón en los años 2009, 2010 y 2011, estamos unos cinco puntos porcentuales por encima de la media española en separaciones y divorcios de mutuo acuerdo, no podemos caer en la autocomplacencia y en nuestra mano está tratar de que la curva de procedimientos consensuales crezca. Además de emplear los recursos descritos anteriormente debemos perder el miedo reverencial a quedarnos sin un cliente por el simple hecho de que le asesoremos con objetividad y no en función de lo que le gustaría escuchar. Debemos esforzarnos en transmitir a la clientela que la custodia compartida puede ser un sistema conveniente para los hijos en determinados casos y no serlo en otros, sabiendo hacer frente al propio cliente cuando claramente vemos que no dispone ni de los horarios laborales pertinentes, ni de la infraestructura como para acoger a sus hijos en determinados periodos de tiempo. Y por descontado no estableciendo a priori criterios favorables o contrarios a la figura de la custodia compartida, tratando de ser totalmente objetivos desde el punto de vista de los intereses de los hijos. Si un determinado cliente se encuentra con varios despachos consecutivos que le vienen a decir que su deseo es inviable, al final recapacitará y se llegará al siempre posible acuerdo.

---

<sup>22</sup> a) La edad de los hijos.

b) El arraigo social y familiar de los hijos.

c) La opinión de los hijos siempre que tengan suficiente juicio y, en todo caso, si son mayores de doce años, con especial consideración a los mayores de catorce años.

d) La aptitud y voluntad de los progenitores para asegurar la estabilidad de los hijos.

e) Las posibilidades de conciliación de la vida familiar y laboral de los padres.

f) Cualquier otra circunstancia de especial relevancia para el régimen de convivencia.

<sup>23</sup> Señala el profesor Delgado Echeverría en el Manual de Derecho Civil Aragonés, ob. cit., pág. 91, que "el apotegma Standum est chartae, en su sentido de primacía del pacto o disposición, como sinónimo o expresión del principio de "libertad civil" tal como lo entendió Joaquín COSTA, es el principio general más característico del Derecho aragonés".

<sup>24</sup> El interés superior de los hijos menores de edad o favor minoris se impone en valor supremo informador de todo nuestro ordenamiento jurídico, como en el art. 39.2 de la Constitución, art. 76.2 del CDFA, o en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, en consonancia con los Tratados Resoluciones de las Organizaciones Internacionales, como la Declaración de los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1959, la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 (ratificada por España el 30 de noviembre de 1990), la Carta Europea de los Derechos del Niño (DOCE nº C 241, de 21 de Septiembre de 1992), o la Convención Europea sobre el Ejercicio de los Derechos del Niño de 19 de abril de 1996.

## BIBLIOGRAFÍA.

- CALLIZO LÓPEZ, MARÍA-ÁNGELES: "Breve análisis de los factores legales a ponderar por el/la juez al decidir sobre el régimen de guarda y custodia de los hijos en Aragón". Revista Aequalitas nº 30, enero-junio 2012, págs. 19 a 33. (<http://www.aragon.es/estaticos/GobiernoAragon/Organismos/InstitutoAragonesMujer/Destacados/Aequalitas%2030.pdf>)
- CASTILLA BAREA, MARGARITA: "Notas sobre la guarda y custodia de los hijos a propósito de la aragonesa Ley de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres". Revista Aranzadi Civil Doctrinal nº 7 – 2010, págs. 105 a 152. Trabajo incardinado en el Proyecto de Investigación del Ministerio de Ciencia e Innovación denominado "La nueva familia ante el Derecho público y privado", del que es investigadora principal la Dra. Matilde Cuenca Casas.
- CRUZ GALLARDO, BERNARDO: "La guarda y custodia de los hijos en las crisis matrimoniales". Edit. La Ley, Madrid, mayo 2012.
- FORCADA MIRANDA, FRANCISCO JAVIER: "La nueva regulación de la custodia en la Ley 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres: custodia compartida, autoridad familiar, responsabilidad parental, traslado y sustracción de menores", en "Actas de los XX Encuentros del Foro de Derecho Aragonés" (Zaragoza-Huesca, 2010), El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2011, págs. 177-215.
- GONZÁLEZ CAMPO, FRANCISCO DE ASÍS: "Nota procesal a propósito de la Ley 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres", en Revista de Derecho Civil Aragonés, XVI, 2010.
- IVARS RUIZ, JOAQUÍN. Guarda y custodia compartida: "Aspectos procesales y sustantivos. Doctrina y jurisprudencia". Editorial Tirant lo Blanch. Valencia 2008.
- MANUAL DE DERECHO CIVIL ARAGONÉS. Conforme al Código del Derecho Foral de Aragón. Director Jesús Delgado Echeverría, coordinadora M<sup>a</sup> Ángeles Parra Lucán. José-Antonio Serrano García, Carmen Bayod López, Alfredo Sánchez-Rubio García, Elena Bellod Fernández de Palencia, María Martínez Martínez, José-Luis Argudo Périz, Aurora López Azcona. 4<sup>a</sup> edición. Zaragoza 2012.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, CARLOS: "La regulación de la custodia compartida en la Ley de igualdad de las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres", en Actas de los XX Encuentros del Foro de Derecho Aragonés (Zaragoza-Huesca, 2010), El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2011, págs. 133-176.
- MARTOS CALABRÚS, M<sup>a</sup> ANGUSTIAS: "La no separación de los hermanos en la crisis matrimonial o de pareja y en otras circunstancias", en Revista de Derecho de Familia nº 55, editorial Lex Nova, págs 27-41.