



Universidad
Zaragoza

Trabajo Fin de Máster

Dictamen elaborado por Clara Marquina Vicens

Con el objeto de

Estudiar la atribución de la guarda y custodia de un menor de forma exclusiva a un único progenitor

Director

Carmen Bayod López

Facultad de Derecho
2015

ÍNDICE

I. CONSULTA.	5
1. LOS HECHOS.....	5
2. CONSULTA.....	7
II. RUPTURA DE LA CONVIVENCIA DE PADRES CON HIJOS A CARGO. ...	8
1. EFECTOS.....	9
2. COMPETENCIA.....	9
3. PROCEDIMIENTO.	10
III. ATRIBUCIÓN DE LA GUARDA Y CUSTODIA.....	11
1. CONCEPTO DE GUARDA Y CUSTODIA.	11
2. PREFERENCIA DE LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA EN ARAGÓN.....	13
3. ATRIBUCIÓN DE LA GUARDA Y CUSTODIA INDIVIDUAL COMO EXCEPCIÓN.....	15
3.1 Factores del artículo 80.2 CDFa.....	17
A) Edad de los hijos.	17
B) Arraigo social y familiar de los hijos.....	17
C) Opinión de los hijos.....	18
D) Aptitud y voluntad de los progenitores.	19
E) Posibilidad de conciliación de la vida familiar y laboral de los padres.....	20
F) Cualquier otra circunstancia de especial relevancia para el régimen de convivencia.....	20
3.2 Decisión motivada de la resolución, atendiendo a los factores del artículo 80.2 CDFa.	20

3.3 Protección del interés del menor.	21
3.4 Práctica de la prueba.	24
A) Pericial psicosocial.	24
B) Audiencia y exploración del menor.	26
C) Pericial.	28
D) Documental.	29
E) Testifical.	31
3.5 Valoración de la prueba.	32
IV. ESTRATEGIA PROCESAL.	33
1. MEDIDAS PROVISIONALES COETÁNEAS.	34
1.1 Modificación de las medidas provisionales previas a la demanda.	34
1.2 Solicitud.	36
1.3 Tramitación.	37
2. MEDIDAS DEFINITIVAS.	39
2.1 Concepto.	39
2.2 Medidas a adoptar.	39
2.3 Tramitación.	43
V. CONCLUSIONES.	44
VI. BIBLIOGRAFÍA.	46

ABREVIATURAS

AP Audiencia Provincial.

Art Artículo.

CC Código Civil.

CDFA Código de Derecho Foral de Aragón.

CE Constitución Española.

Circ Circular.

EA Estatuto Autonomía

LEC Ley de Enjuiciamiento Civil.

FGE Fiscalía General del Estado.

STSJA Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón.

Ss Según Sentencia.

ss Siguietes.

TSJA Tribunal Superior de Justicia de Aragón.

I. CONSULTA.

1. LOS HECHOS.

Se solicita mi parecer, en los términos que ulteriormente se enunciarán, sobre la siguiente cuestión jurídica, que viene configurada sobre los siguientes datos de hecho:

a) Don Mario y Doña Ana, ambos de vecindad civil aragonesa, y funcionarios de prisiones, inician una relación afectiva análoga a la conyugal a finales del año 2003, inscribiéndose en el Registro de Parejas Estables no Casadas del Gobierno de Aragón en fecha 22 de septiembre de 2004.

b) Fruto de dicha relación existe y vive una hija, Esther, nacida en Huesca el día 18 de abril de 2007. El domicilio conyugal lo tenían establecido en la Calle Valentín Carderera nº3, 2ºB de Huesca; dicha vivienda fue adquirida por ambos, mediante escritura otorgada en Huesca, el día 12 de mayo de 2011, ante el Notario Don Javier Palazón Valentín. Sobre dicha vivienda subsiste un préstamo hipotecario con la entidad Ibercaja.

c) Que como consecuencia de continuas desavenencias por parte de los miembros de la pareja, motivadas por el abuso en la ingesta de bebidas alcohólicas y un posible trastorno adaptativo mixto de Doña Ana (que estuvo ingresada durante seis meses en un centro psiquiátrico en Lérida), la pareja se rompe en septiembre de 2012, interponiendo Don Mario en noviembre de 2012 un escrito ante el Juzgado de Primera Instancia de Huesca en petición de medidas provisionales previas a la demanda relativas a la hija menor común. En dicha demanda Don Mario solicita la guarda y custodia de la hija, el uso de la vivienda familiar y una pensión de alimentos para Esther.

d) Tras la ruptura tanto los progenitores como la menor siguen teniendo su domicilio y residencia en Huesca.

e) En fecha 10 de enero de 2013 se dicta Auto por parte del Juzgado de Instancia en el que se recogen las medidas que las partes consensuaron en la comparecencia de medidas provisionales previas. Expresamente el Auto en su parte dispositiva establece lo siguiente:

«Dispongo que la autoridad familiar respecto de la menor Esther, será ejercitada por ambos progenitores. En cuanto a la guarda será compartida, fijándose un sistema de alternancia de convivencia de la hija con cada progenitor, que se ejercerá en periodos semanales, es decir, cada semana alterna con cada progenitor con inicio a las 19.00 horas del domingo. [...] La hija vivirá en el domicilio familiar, compartiendo dicha vivienda con el progenitor al que corresponde la guarda en cada periodo. El cambio de guarda y custodia tendrá lugar en el domicilio familiar, debiendo salir del domicilio el progenitor no custodio, dejando la vivienda en perfectas condiciones.

Se fija como régimen de visitas mínimo, para que la hija menor pueda estar en compañía con el progenitor que no conviva en la semana en que esté con el otro, que consistirá en dos tardes a la semana, desde las 17.00 horas hasta las 20.00 horas que, a falta de acuerdo, lo serán los martes y viernes.

[...] No se fija pensión de alimentos a cargo de ningún progenitor, debiendo satisfacer, cada uno de ellos, los alimentos de la hija durante el periodo que conviva con ella, sin perjuicio que, respecto de gastos tales como colegio, libros, material escolar, vestido, gastos de sanidad no incluidos en la Seguridad Social o seguro médico... ambas partes abonen en proporción al 65 % en padre y 35 % la madre. Ambos progenitores están obligados a abrir una cuenta conjunta donde deberán ingresar la cantidad de 400 euros mensuales en la proporción indicada para cubrir los gastos de la hija menor. [...] En cuanto a los gastos extraordinarios no necesarios se abonarán en función de los acuerdos a los que lleguen los progenitores en cada caso y, en defecto de acuerdo, los abonará el progenitor que haya decidido la realización del mismo».

f) El 20 de enero de 2013 se produce un grave episodio de alcoholismo de Doña Ana mientras está en compañía de su hija, consistente en dar positivo en un control de alcoholemia estando también la menor en el coche, que dió lugar a la inmovilización del vehículo por no encontrarse la madre en condiciones de continuar conduciendo.

g) Dicho hecho causa gran alarma a Don Mario y motiva la interposición de un escrito de medidas cautelares provisionales urgentes del art 10 CDFA (art 158 CC), en demanda de la guarda y custodia de la menor, que son denegadas por el juzgador, si bien éste establece la obligación de que cada vez que Doña Ana quiera coger el coche en compañía de su hija deba personarse en las dependencias de la Policía Local y someterse a un test de alcoholemia.

h) El 2 de febrero de 2013 tiene lugar otro grave episodio de alcoholismo de Doña Ana, consistente en que Don Mario al ir a entregar a la menor para que estuviera en compañía de la madre percibió que ésta no estaba en condiciones óptimas para cuidar de la hija, por estar completamente ebria. Por ello, Don Mario llamó a la Policía para que se personara en el domicilio, y la Policía corroboró lo que les había contado Don Mario y le dijeron que no entregara a la menor a su madre.

i) Por problemas con el abogado que representaba a Don Mario, y como consecuencia de los continuos episodios de alcoholismo de la madre, éste acude al despacho en busca de asesoramiento para la continuación del procedimiento, haciendo especial hincapié en la urgencia de obtener la guarda y custodia en exclusiva, aunque sea de forma provisional, de la menor.

2. CONSULTA.

Dada cuenta de las circunstancias actuales que difieren notablemente de las existentes el día de la comparecencia en la que se acordó de mutuo acuerdo la guarda y custodia compartida por ambos progenitores, de la denegación de las medidas cautelares provisionales urgentes solicitadas con posterioridad y estando en plazo para la interposición de la demanda de medidas definitivas, en el momento del proceso en que nos encontramos ¿es posible volver a solicitar provisionalmente la guarda y custodia en exclusiva de la menor? y ¿cuál es el procedimiento a seguir?; ¿vincula el acuerdo alcanzado en la comparecencia de medidas provisionales previas a la demanda?; ¿qué argumentos podemos alegar para que el juzgador, en sentencia, conceda la atribución de la guarda y custodia en exclusiva de la menor a Don Mario?.

Para dar fundada respuesta a la cuestión objeto de debate necesariamente debemos analizar la conveniencia de atribuir la guarda y custodia de un menor a un solo progenitor regulado en el art 80 CDFa, a los efectos de proteger el interés superior del menor; los procesos matrimoniales y de menores, para el caso concreto de las parejas de hecho con hijos menores a cargo, regulados en los art 769 a 774 de la LEC, así como cuáles son las medidas que se deben adoptar en dichos procesos y cuál es el momento oportuno para ello.

II. RUPTURA DE LA CONVIVENCIA DE PADRES CON HIJOS A CARGO.

Tal y como hemos puesto de manifiesto en los hechos, en el presente caso, no se trata de un matrimonio que decide poner fin a la relación matrimonial, sino que se trata de la disolución de una pareja estable no casada. Por ello, hay que ver los efectos y el procedimiento que se va a seguir en el caso de la ruptura de una pareja de hecho con una hija a cargo.

En el supuesto del presente dictamen, resulta de aplicación el derecho aragonés, ya que dicho derecho se aplica de forma preferente en Aragón y a todos los aragoneses (art 80.2 EA de Aragón), y en nuestro caso tanto los padres como la menor poseen vecindad civil aragonesa.

En virtud de lo establecido en el art 303 CDFa, se consideran parejas estables no casadas las formadas por personas mayores de edad entre las que exista relación de afectividad análoga a la conyugal y que cumplan los requisitos y formalidades que se establecen en el título VI del libro II del CDFa.

Debe entenderse por relación afectiva¹ aquella constituida por dos personas del mismo o de diferente sexo unidas por una relación de afectividad análoga a la matrimonial. Con este requisito se pretende excluir del concepto de pareja estable no casada las relaciones meramente laborales, de amistad e, incluso, de noviazgo. También

¹ LÓPEZ AZCONA, A. *Manual de Derecho civil aragonés. Conforme al Código del Derecho foral de Aragón*, 4ª Edición, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2012, p.498.

debe advertirse la necesidad de que ambos convivientes sean mayores de edad, por lo que quedan excluidos los menores de edad, estén o no emancipados.

El artículo 309.1 CDFA fija unas causas tasadas de extinción de la pareja estable no casada, que operan automáticamente, sin necesidad de declaración judicial alguna. La pareja estable no casada se extingue por la muerte o declaración de fallecimiento de uno de sus integrantes, de común acuerdo o por decisión unilateral de los miembros de la pareja, por separación de hecho de más de un año o por matrimonio de uno de sus miembros. Los dos miembros de la pareja están obligados (art 309.3 CDFA), aunque, sea separadamente, a dejar sin efecto la escritura pública que se hubiera otorgado.

1. EFECTOS.

Extinguida la pareja estable, existen una serie de efectos respecto de los hijos comunes que se regulan en los arts 75 a 84 CDFA; dichos artículos son aplicables tanto a los casos de nulidad, separación o divorcio, como a los de ruptura de la convivencia de parejas estables no casadas o de parejas de hecho con hijos a cargo, que tienen por objeto regular las relaciones familiares en caso de ruptura de la convivencia de los padres con hijos a cargo y su finalidad es promover unas relaciones continuadas de los padres con sus hijos mediante una participación responsable, compartida e igualitaria de ambos en su crianza y educación en el ejercicio de su autoridad familiar.

Cuando hay hijos comunes a cargo, lo dicho en los artículos 75 y ss CDFA es de aplicación preferente a lo regulado en el CC, ello en virtud de lo establecido en el art 149.1.8º CE y art 80.2 EA de Aragón.

2. COMPETENCIA.

En la disposición adicional tercera del CDFA se establecen unas especialidades procesales en los casos de ruptura de convivencia de parejas estables no casadas o de parejas de hecho con hijos a cargo, en concreto, se dice expresamente que *«en los casos de ruptura de convivencia de parejas estableces no casadas o de parejas de hecho con hijos a cargo, las medidas judiciales sobre las relaciones familiares tras la ruptura, se adoptarán en el procedimiento que corresponda según la Ley de Enjuiciamiento Civil.*

La demanda y reconvención deberán ir acompañadas de un plan de relaciones familiares». Por ello, es de aplicación el libro IV, título I, capítulo IV de la LEC, que regula los procesos matrimoniales y de menores en los artículos 769 y ss.

El artículo 769 LEC determina la competencia del tribunal que conocerá del procedimiento, dicho artículo en su punto 3 dice que en los procesos que versen exclusivamente sobre la guarda y custodia de hijos menores será competente el Juzgado de Primera Instancia del lugar del último domicilio común de los progenitores. Como en el presente caso el último domicilio común lo tenían fijado en Huesca, el tribunal que era, y es, competente es el Juzgado de Primera Instancia de Huesca que por turno corresponda; así pues, todos los trámites que versen sobre este procedimiento los conocerá dicho juzgado.

3. PROCEDIMIENTO.

La LEC, en los artículos 769 y ss regula los procesos matrimoniales y de menores, es decir, los procesos que prevé la Ley para regular las medidas que se deben adoptar cuando se produce un divorcio o cuando simplemente, como en el caso que estamos analizando, los progenitores que forman la pareja de hecho, deciden poner fin a su relación.

El procedimiento principal para la adopción de medidas², cuando se trate de resolver cuestiones que afectan a los hijos menores de edad de una pareja de hecho, es el verbal especial regulado en la LEC art 770, en relación con los art 748 a 755 LEC. El tratamiento es exactamente igual tanto si la relación inicial de los progenitores es matrimonial como si es de carácter extramatrimonial o meramente convivencial. Las medidas que se deben adoptar en casos de ruptura de parejas de hecho con hijos no matrimoniales, son iguales a los casos de divorcio y separación matrimonial, porque la Ley protege en igual manera a los menores ya sean derivados de una relación matrimonial como de otra en la que no ha existido matrimonio. El interés superior del menor es lo único importante en la Ley a estos efectos.

² SÁNCHEZ VIDANES, C. *Memento familia y sucesiones*. Ediciones Francis Lefebvre. Madrid. 2012. Marginal 1908.

III. ATRIBUCIÓN DE LA GUARDA Y CUSTODIA.

En el presente supuesto, el punto controvertido es la atribución de la guarda y custodia de la hija menor de forma individual para el padre, ya que la guarda y custodia compartida fijada de mutuo acuerdo por los progenitores en la comparecencia de medidas previas, ha devenido insostenible por las nuevas circunstancias puestas de manifiesto relativas a los episodios de alcoholismo y supuesto trastorno de la personalidad de la madre, que le impiden ejercer de forma responsable el cuidado y atención de la menor.

1. CONCEPTO DE GUARDA Y CUSTODIA.

La normativa aplicable en materia de guarda y custodia de los hijos menores de edad se recoge, en Derecho aragonés, en la Subsección 4ª de la Sección 3ª del Capítulo II del Título II del Libro I del CDFR, en concreto en el artículo 80. También se regula en los Capítulos IX y X del Título IV del Libro I del Código Civil, en concreto en el artículo 92.

Ninguno de los dos preceptos legales da una definición de la guarda y custodia, por lo que, se trata de un concepto jurídico indeterminado, que responde, por tanto, a los principios de flexibilidad de la fórmula escogida y de acomodación al caso concreto de interés del menor. Ha sido la jurisprudencia y la doctrina quienes se han encargado de concretar el concepto de guarda y custodia para diferenciarlo del de autoridad familiar. Los jueces de familia³ consideran que la guarda y custodia se configura como una de las funciones que se integran en la autoridad familiar y, en consecuencia, no supone un estatus privilegiado del progenitor a quien se le otorga frente al otro. Así mismo, afirman que la responsabilidad de los progenitores para con la descendencia es conjunta y cada uno de ellos asume la posición de garante del menor cuando el hijo se halla en su compañía.

³ Conclusiones del Seminario de Jueces de Familia, celebrado en mayo de 2004, y recogido en la base de datos El Derecho, en el apartado *El Derecho de Familia*. Francis Lefebvre. www.elderecho.com 24-11-2015.

Lo importante es determinar qué derechos y deberes conlleva para su titular, cuáles, en definitiva, la posición jurídica de éste para dar así un concepto de esta institución que surge a causa de la ausencia de convivencia entre los padres y la consiguiente imposibilidad de que ambos convivan con los hijos.

Si la doctrina⁴ ha venido interpretando que la guarda y custodia sobre los hijos comprende el ejercicio ordinario de la autoridad familiar derivada de la convivencia con un determinado progenitor, será éste quién deberá encargarse de velar por los hijos, educarles, alimentarles y darles una formación integral, pero únicamente en aquellas cuestiones que afecten a la administración ordinaria y cuidado sobre los menores, siendo el que se encarga de tomar las decisiones precisas dentro de la normal convivencia con los mismos, aunque sin excederse de dicho ámbito, pues las decisiones con carácter general, corresponden al ejercicio conjunto de la patria potestad sobre los hijos, que es un derecho de ambos progenitores.

La guarda y custodia⁵ significa encomendar el cuidado directo del niño, la convivencia y contacto continuado con él, a uno de los progenitores, o a ambos, por acuerdo de los mismos o por decisión judicial. Las facultades y deberes que comprende la institución de la guarda y custodia son todas las referentes al desarrollo, educación, alimentación, protección y representación del menor. La guarda y custodia⁶ comprende la capacidad para la toma diaria de las decisiones menos relevantes, así como de las decisiones urgentes o que no admitan demora. Pero hay que tener presente que, si bien la guarda y custodia se puede atribuir a uno de los progenitores, la autoridad familiar, a menos que haya supuesto de privación, corresponde de manera conjunta a ambos y habrá decisiones que hayan de tomar ambos progenitores conjuntamente, en lo relativo a la salud, educación, administración de los bienes del menor, residencia, creencias, etc.

⁴ GARCÍA CARRERES, MR y SANZ-DIEZ DE ULZURRUN, J. *Memento familia... cit.*, Marginal 3976.

⁵ Base de datos El Derecho, en el apartado *El Derecho de Familia – Guarda y Custodia*. Francis Lefebvre. www.elderecho.com 24-11-2015.

⁶ SERRANO GARCÍA, J.A, *La custodia compartida aragonesa en la primera jurisprudencia*. XXII Encuentros del Foro de Derecho Aragonés. Zaragoza. 2013. p. 191.

2. PREFERENCIA DE LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA EN ARAGÓN.

Ya se ha hecho referencia en el punto anterior a que la regulación de la guarda y custodia se contiene tanto en el CC como en el CDFA. La diferencia⁷ entre la regulación del CC y la del CDFA es importante, ya que en el CC la custodia compartida pueda ser acordada por el juez «excepcionalmente», mientras que en el Derecho aragonés se considera, en sentido opuesto, es decir, el régimen preferente es el de guarda y custodia compartida.

La guarda y custodia individual es aquella en la que un solo progenitor se encarga de forma individual del cuidado, atención y educación de los hijos. El progenitor no custodio ostentará un régimen de visitas y estancias con los hijos para poder relacionarse y disfrutar de tiempo con los mismos.

Por el contrario, la guarda y custodia compartida es aquella en la que ambos progenitores se encargan de forma conjunta, periódica o rotatoria del cuidado, atención y educación de los hijos. Por tanto, supone la distribución de las funciones y responsabilidades parentales que ambos progenitores separados asumen sobre sus hijos, bien rotando en el ejercicio de esas funciones y responsabilidad (cuidado y atención directa), bien alternándose según su disponibilidad y, todo ello, en interés del menor.

En Aragón⁸, con la aprobación por las Cortes de la Ley 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres, se pretendía favorecer el mejor interés de los hijos y promover la igualdad de los progenitores, a través de la instauración de la custodia compartida como medida preferente frente a la custodia individual en los supuestos de ruptura de la convivencia de los progenitores. Así las cosas, el núcleo esencial de la Ley radicó en el diseño del régimen de guarda y custodia de los hijos comunes tras la ruptura de la convivencia de sus progenitores, pero junto a ello el legislador procedió a regular todos los demás efectos, tanto personales como patrimoniales, que se derivan de esa situación.

⁷ MERINO HERNANDEZ, J.L (Coordinador), MATA RIVAS, F, y GIL NOGUERAS, L. *Memento experto Civil Aragón*. Ediciones Francis Lefebvre. Madrid. 2012. Marginal 642.

⁸ LÓPEZ AZCONA, A, *Manual de Derecho civil... cit.*, p. 178.

La sección 3ª del capítulo II del título II del libro 1º del CDFA tiene por objeto⁹ regular las relaciones familiares en los casos de ruptura de la convivencia de los padres con hijos a cargo. Partiendo de esta premisa, dicha regulación destaca por contemplar la custodia compartida como opción preferente en los supuestos de ruptura de la convivencia de los padres y en defecto de pacto de relaciones familiares, a fin de favorecer el mejor interés de los hijos y promover la igualdad entre los progenitores.

De acuerdo con el art 80.1.2 CDFA la custodia compartida exige la fijación de un régimen de convivencia de cada progenitor con los hijos adaptado a la situación familiar que garantice la igualdad entre los progenitores. Dicho régimen¹⁰ no supone una distribución exactamente paritaria del tiempo que el menor debe pasar con cada progenitor, debiendo acomodarse a las circunstancias concretas en casa caso concurrentes (laborales, distancia geográfica, obligaciones educativas, edad de los hijos).

Por su parte, la custodia individual exige, según el art 80.1.3 CDFA, la fijación de un régimen de comunicación, estancias o visitas de los hijos con el progenitor no custodio que le garantice el ejercicio de las funciones propias de la autoridad familiar.

Aunque no haya acuerdo entre los padres al respecto, o incluso aunque no haya sido solicitada por ninguno de los dos, dice el art 80.2 CDFA que el juez adoptará de forma preferente la custodia compartida en interés de los hijos menores, salvo que la custodia individual sea más conveniente¹¹.

Tras la entrada en vigor de la Ley 2/2010, en cualquier establecimiento o modificación de las medidas de guarda y custodia de menores en que sea aplicable el Derecho aragonés se estará a la previsión legal de ser preferente la custodia compartida¹² (STSJA 13/2012, de 9 de abril).

⁹ LÓPEZ AZCONA, A., *Manual de Derecho civil... cit.*, p. 179.

¹⁰ MERINO HERNANDEZ, J.L (Coordinador), MATA RIVAS, F, y GIL NOGUERAS, L. *Memento experto... cit.*, Marginal 642.

¹¹ SERRANO GARCÍA, J.A, *La custodia compartida aragonesa... cit.*, p. 197.

¹² SERRANO GARCÍA, J.A, *La custodia compartida aragonesa... cit.*, p. 197.

3. ATRIBUCIÓN DE LA GUARDA Y CUSTODIA INDIVIDUAL COMO EXCEPCIÓN.

La legislación aragonesa parte de la base de que el interés del menor se consigue mejor con la custodia compartida. Lo que exige mayor cuidado es determinar en qué casos y con qué justificación puede el juez, apartándose del criterio preferente adoptar la custodia individual¹³.

Como ya se ha puesto de manifiesto anteriormente, el objetivo principal por el que Don Mario acude a nuestro despacho es para obtener la guarda y custodia de la hija menor, ya que la madre no se encuentra capacitada para ejercer la guarda y custodia de forma compartida, ni mucho menos, la individual.

Tal y como recoge la STSJA 24/2012, de 5 de julio, aunque el sistema establecido parte de la elección del sistema de custodia compartida como preferente, ello no es óbice para excluir tal predeterminación siempre y cuando, conforme a los propios criterios previstos en la norma, debe considerarse en un caso concreto que la custodia atribuida a un solo progenitor sea la mejor para el interés del menor. Encuadrada así la cuestión, la adopción de la custodia individual requiere la práctica de la necesaria prueba y su detenida valoración, puesto que sólo en caso de que esté claramente acreditado que la prevalencia del interés general del menor se satisface mejor con la custodia individual que con la prevalente de la custodia compartida, es cuando podrá ordenarse judicialmente la inaplicación de la norma general de preferencia en el supuesto concreto.

El juez para acordar el establecimiento de una custodia individual debe primero, asegurar la práctica de las pruebas necesarias para llegar a conocer con la mayor exactitud posible lo más beneficioso para la menor y valorar las practicadas; y, segundo, acordar, en consecuencia con ellas, la excepción a la regla general de la custodia compartida y establecer la individual.

¹³ SERRANO GARCÍA, J.A, *La custodia compartida aragonesa... cit...* p. 244.

La STSJA 4/2012, de 1 de febrero, ha resumido los criterios fundamentales que deben seguirse en la exégesis del art 80 CDFA y que constituyen la doctrina jurisprudencial de la Sala¹⁴. Dichos criterios son: « a) *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 de 30 de septiembre de 2011); b) El sistema no es rígido, salvo en un mandato que dirige al juez: el superior interés del menor (Sentencia de 13 de julio de 2011); c) Podrá establecerse un sistema de custodia individual, cuando éste 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); d) 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 de 15 de diciembre de 2011).»*

La custodia individual¹⁵ queda como una excepción que solo pueden introducirse a la preferencia legal por la custodia compartida cuando, practicada la necesaria prueba, a instancia de parte o de oficio, y hecha su detenida valoración, esté suficientemente acreditado que es lo más conveniente para el menor y se motive adecuadamente la decisión atendiendo a los factores del art 80.2 CDFA.

Dado que, en nuestro caso concreto, lo que pretendemos es la atribución de la guarda y custodia de forma individual al padre, deberemos buscar todos los medios de prueba necesarios y a nuestro alcance para que el juez llegue al convencimiento de que dicha forma de guarda y custodia es la que más conviene al interés de la menor.

En consecuencia, analizaremos que elementos legales concurren en nuestro caso concreto y qué medios de prueba podemos proponer a fin de que se atribuya la guarda y custodia de Esther al padre.

¹⁴ SERRANO GARCÍA, J.A, *Comentarios al Código del Derecho Foral de Aragón. Doctrina y Jurisprudencia*, Editorial DYKINSON, Madrid, 2015, p.196

¹⁵ SERRANO GARCÍA, J.A, *Comentarios al Código del Derecho Foral... cit.,* p.196-197.

3.1 Factores del artículo 80.2 CDFA.

El art 80.2 CDFA establece «*El Juez adoptará de forma preferente la custodia compartida en interés de los hijos menores, salvo que la custodia individual sea más conveniente, teniendo en cuenta el plan de relaciones familiares que deberá presentar cada uno de los progenitores y atendiendo, además, a los siguientes factores: a) La edad de los hijos. b) El arraigo social y familiar de los hijos. c) La opinión de los hijos siempre que tengan suficiente juicio y, en todo caso, si son mayores de doce años, con especial consideración a los mayores de catorce años. d) La aptitud y voluntad de los progenitores para asegurar la estabilidad de los hijos. e) Las posibilidades de conciliación de la vida familiar y laboral de los padres. f) Cualquier otra circunstancia de especial relevancia para el régimen de convivencia.*»

En la atribución de la custodia individual a uno u otro padre no hay criterio preferente, se atenderá a los factores del art 80.2 CDFA para decidir a qué progenitor corresponde su ejercicio (STSJA 2/2014, de 13 de enero)¹⁶.

En el caso concreto, todos estos factores van encaminados a que lo mejor para el interés de la menor es la atribución de la guarda y custodia individual para el padre.

A) Edad de los hijos.

«La edad más temprana» o «la corta edad»¹⁷ de los hijos es un factor relevante y favorable a la custodia individual, normalmente de la madre. Todo ello en virtud de la Declaración de los Derechos del Niño por la que se indica que, salvo excepciones, no se debe separar a un niño de corta edad de su madre.

En el caso concreto, la menor tiene siete años, por lo que la edad de la misma no será, por sí misma, un obstáculo para la atribución de la guarda y custodia al padre.

B) Arraigo social y familiar de los hijos.

El arraigo social¹⁸ de un hijo en una determinada localidad es un factor relevante favorable a la custodia individual de un progenitor que vive en ella cuando el otro reside

¹⁶ SERRANO GARCÍA, J.A, *Comentarios al Código del Derecho Foral... cit.*, p.195.

¹⁷ SERRANO GARCÍA, J.A, *La custodia compartida aragonesa... cit.*, p. 251.

¹⁸ SERRANO GARCÍA, J.A, *La custodia compartida aragonesa... cit.*, p. 253.

o se traslada a una localidad distinta. En el presente supuesto tampoco existe obstáculo para la atribución al padre de la guarda y custodia, ya que ambos progenitores residen en la localidad de Huesca.

Igualmente será muy importante demostrar la vinculación de la menor con el progenitor que pretende la custodia, en este caso con el padre y la familia de éste, ya que será un elemento más a tener en cuenta a la hora de atribuirle al mismo la guarda y custodia de la menor, para no desvincular a la menor en sus afectos.

C) Opinión de los hijos.

El derecho del menor a ser oído aparece recogido tanto en normativa internacional sobre derechos del niño, como en la legislación interna, en concreto en la normativa aragonesa aparece establecido en los artículos 6, 76.4 y 80.2.c) CDFA.

Pero no se trata simplemente de respetar el derecho del menor a ser oído siempre que tenga suficiente juicio y, en todo caso, si es mayor de doce años, sino de tener en cuenta su opinión, con especial consideración a los mayores de catorce años, para, en unión de los restantes factores del artículo 80.2, decidir si la custodia individual es más conveniente para él¹⁹.

La STSJA 34/2012, de 19 de octubre señala que la opinión de los menores no es un factor preferente sino *uno más de los que deben ser tenidos en cuenta ponderadamente por los tribunales para la adopción del régimen de custodia*. Es decir, se trata de conjugar de manera adecuada la opinión del menor con el resto de datos relevantes que confluyen en el litigio.

En nuestro supuesto, a pesar de que la menor tiene sólo siete años, los hechos que le han tocado vivir en compañía de su madre la han dotado de una madurez superior a su edad, y por ello su opinión podrá ser oída por el juez y será un dato más que le lleve al convencimiento de que la guarda y custodia individual para el padre es lo más conveniente para el desarrollo de la menor.

¹⁹ SERRANO GARCÍA, J.A, *La custodia compartida aragonesa... cit.*, p. 254.

La opinión del menor²⁰ puede conocerse a través del informe psicológico y/o social por medio de la exploración judicial. La exploración del menor puede tener lugar a instancia de parte o de oficio y practicarse en primera o segunda instancia, o en ambas. Pero la opinión del menor puede ser favorable a la custodia compartida o a la individual de la madre o del padre, o no tener un criterio fijo.

Así mismo, en nuestro caso, la menor podrá relatar de primera mano los episodios que le ha tocado vivir en compañía de su madre, que podrán llevar al juez al convencimiento de que lo mejor para el interés de la misma es la atribución de la guarda y custodia de forma individual para el padre.

D) Aptitud y voluntad de los progenitores.

Aunque la custodia compartida comporta una real implicación de los padres en la atención de los hijos, en todos los órdenes, emocional, físico, educativo, etc, hay que partir de la inicial aptitud de ambos padres para ejercer, en forma compartida, la guarda y custodia de los hijos, por lo que habrá de probarse en el procedimiento su falta de aptitud, idoneidad o voluntad para su ejercicio²¹.

Deberá ser la prueba demostrativa de la falta de aptitud, capacidad y disposición la que podrá determinar la atribución de la custodia individual, sin que quepa presumir su incapacidad para el futuro²².

Será decisivo para la atribución de la guarda y custodia al padre demostrar la falta de aptitud y capacidad de la madre para el cuidado y atención de la menor, motivada entre otras cosas por sus problemas de adicción al alcohol y el posible trastorno adaptativo mixto que la misma sufre. Las dolencias que sufre la madre puestas de manifiesto con el devenir de los acontecimientos ocurridos después del pacto que las partes alcanzaron, aconsejan de modo inexcusable la atribución de la guarda y custodia al padre, y en ese sentido deberá ir encaminada toda la actividad probatoria.

²⁰ SERRANO GARCÍA, J.A, *La custodia compartida aragonesa... cit.*, p. 256.

²¹ SERRANO GARCÍA, J.A, *La custodia compartida aragonesa... cit.*, p. 256.

²² STSJA 13/2011, de 15 de diciembre.

E) Posibilidad de conciliación de la vida familiar y laboral de los padres.

La custodia compartida exige que ambos padres tengan posibilidades de conciliar la vida familiar con la laboral, pero no es preciso que ambos tengan las mismas posibilidades²³.

En el presente supuesto, ambos progenitores son funcionarios de prisiones y tienen las mismas posibilidades de conciliar la vida familiar y laboral. No obstante, existe un dato muy importante a tener en cuenta, y es que el padre tiene concedido el plan concilia y la madre ni siquiera lo ha solicitado.

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

Este es un apartado residual en el que cabe incluir cualquier otra circunstancia de especial relevancia que, debidamente acreditada, pueda llevar al juez al convencimiento de que la custodia individual es más conveniente para el menor.

Dos son las circunstancias mayoritariamente reflejadas en la jurisprudencia que pueden llevar a acordar la custodia individual: a) la distancia que separa el domicilio del padre del de la madre, y b) la conflictividad existente entre las partes, su mala relación o su manera diferente de enfrentarse a la vida cotidiana²⁴.

La conflictividad que existe entre los progenitores, del caso concreto, puede ser un obstáculo para la atribución de la guarda y custodia de forma compartida.

3.2 Decisión motivada de la resolución, atendiendo a los factores del artículo 80.2 CDF.A.

Los tribunales de instancia, al apartarse de la regla general que da preferencia a la custodia compartida, han de seguir adecuadamente las reglas indicadas en el art 80.2 CDF.A razonando suficientemente la decisión adoptada (Ss. TSJA 4 y 5/2012 de 1 y 8 de febrero de 2012). Como señala la STSJA 13/2012, de 9 de abril, *para determinar si existen razones que justificarían establecer la custodia individual o si debe estarse al*

²³ SERRANO GARCÍA, J.A, *La custodia compartida aragonesa... cit.*, p. 260.

²⁴ SERRANO GARCÍA, J.A, *La custodia compartida aragonesa... cit.*, p. 261-262.

criterio preferente de custodia compartida, hay que atender a las previsiones contenidas en el art 80.2 CDFA²⁵.

La Ley no contiene elementos que permitan concretar la importancia de cada uno de los factores del art 80.2 CDFA a la hora de decidir el tipo de custodia, indeterminación que concede al juez amplios poderes de decisión y dota al sistema de flexibilidad²⁶.

Los factores del art 80.2, tal y como establece la STSJA 27/2012, de 24 de julio, *han de ser ponderados por el tribunal sentenciador, quien habrá de explicar las razones que conducen a una decisión, teniendo en cuenta el conjunto de circunstancias y considerando el preferente interés de los hijos menores. La custodia individual es una de las posibilidades existentes que, motivada suficientemente, no vulnera el derecho a la igualdad de los progenitores.*

En la STSJA 41/2013, de 30 de septiembre, existe un voto particular que expone que el art 80.2 CDFA no enumera ni tasa las excepciones, ni da indicaciones sobre qué circunstancias y de qué entidad constituyen inconvenientes para acordar la custodia compartida. Será el Juez, ponderadamente y atendiendo a cada caso concreto quien decida qué es lo más adecuado para el menor²⁷.

3.3 Protección del interés del menor.

El principio básico inspirador²⁸ del régimen jurídico de la ruptura de la convivencia de progenitores con hijos menores es el del interés superior de los mismos, de tal manera que, según dispone el art 76.2 CDFA, toda decisión o medida que afecte a los hijos menores deberá adoptarse en su beneficio.

El interés superior del menor viene reconocido en todas las normas nacionales e internacionales que regulan las situaciones que afectan a los menores de edad (LO

²⁵ SERRANO GARCÍA, J.A, *La custodia compartida aragonesa... cit.*, p. 249.

²⁶ SERRANO GARCÍA, J.A, *La custodia compartida aragonesa... cit.*, p. 250.

²⁷ SERRANO GARCÍA, J.A, *Comentarios al Código del Derecho Foral... cit.*, p.197.

²⁸ LÓPEZ AZCONA, A, *Manual de Derecho civil... cit.*, p. 180.

1/1996 de protección jurídica del menor²⁹; Convención internacional de los derechos del niño, Carta Europea de los derechos del niño, etc).

Según BARTOLOMÉ CENZANO³⁰, el principio del interés superior del menor o «favor minoris» debe entenderse como un criterio de ponderación abierto y un principio necesario inspirador de todas las actuaciones relacionadas con el menor, tanto en el ámbito administrativo como judicial. En nuestro sistema jurídico, se han realizado constantes alusiones al interés superior del menor, relacionándolo con un criterio rector de actuación que deja mucho margen al operador jurídico.

Así pues, el interés superior del menor se concibe en nuestra legislación como un concepto jurídico indeterminado que hunde sus raíces en el propio sistema garantista de nuestra Constitución y del resto del ordenamiento jurídico.

La fórmula del concepto jurídico indeterminado ofrece ventajas e inconvenientes³¹: en lo que respecta al aspecto positivo se debe resaltar el hecho de que ofrece la posibilidad de adaptar el problema en cuestión al caso específico que se pretende resolver, contexto que no impone al operador la obligación de actuar bajo parámetros determinados, sino que posee un campo de acción flexible que le permite valorar de acuerdo a las circunstancias la concreción del interés del menor, en función a las características intrínsecas de cada caso concreto. No obstante, el aspecto negativo radica en la sujeción de la determinación a criterio del intérprete, lo que induce a que la solución se realice desde una perspectiva muy subjetiva, extremo que se traduce en la posible existencia de inseguridad jurídica.

Para BARTOLOMÉ CENZANO, lo ideal sería que la normativa determinase con exactitud la forma de concretar el interés del menor, de manera específica y concreta, sin embargo, tal como se encuentra configurada la legislación española e internacional se debe utilizar la flexibilidad de la norma en la concreción de una

²⁹ Modificada por Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

³⁰ BARTOLOMÉ CENZANO J.C, *Sobre la interpretación del interés superior del menor y su trascendencia en el derecho positivo español*. Revista sobre la infancia y la adolescencia, 3, 46- 59. Septiembre 2012.

³¹ BARTOLOMÉ CENZANO J.C, *Sobre la interpretación...cit.*, Revista sobre la infancia y la adolescencia, 3, 46- 59. Septiembre 2012.

situación concreta sin apartarse ni por un momento de los sistemas jurídicos positivos y principios generales para determinar las medidas. Si se acota al máximo los criterios jurídicos de ponderación fáctica, pensamos que la solución será casi siempre la más ajustada a Derecho; y por lo general, sólo habrá una.

En definitiva³², cualquier resolución judicial que deba resolver el conflicto surgido entre los progenitores en relación a los hijos menores, deberá dictarse teniendo en cuenta el interés de éstos. Por ello, para determinar, cuál es la medida más idónea para proteger dicho el principio del interés del menor, los tribunales deben analizar en cada caso cómo proteger mejor a los hijos, teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes que surgen en las crisis familiares.

El principio del interés superior del menor³³ opera como contrapeso de los derechos de cada progenitor y obliga a la autoridad judicial a ponderar tanto la necesidad como la proporcionalidad de la medida reguladora de la guarda y custodia del menor. Se trata de un principio general que tiene carácter de orden público y que debe guiar la adopción de cualquier medida en una situación de ruptura de la convivencia de los progenitores. El interés del menor no puede evitar la ruptura de la convivencia de los padres y los cambios que en su vida ello va a implicar, tampoco el cambio de un régimen de custodia a otro más beneficioso puede hacerse sin molestia alguna para el menor, que deberá adaptarse a las nuevas situaciones que la falta de convivencia de sus padres le depare. No obstante, el juez deberá velar para que el menor no salga perjudicado como consecuencia de la ruptura familiar.

En el supuesto del presente dictamen, consta acreditado que la madre sufre una grave adicción al alcohol y un desequilibrio psicológico que se debe considerar absolutamente impositivo para que la misma ostente la guarda y custodia de la menor, aunque sea de manera compartida.

³² GARCÍA CARRERES, MR y SANZ-DIEZ DE ULZURRUN, J. *Memento familia... cit.*, Marginal 3984.

³³ SERRANO GARCÍA, J.A, *Comentarios al Código del Derecho Foral... cit.*, p.185.

Por ello, en tanto en cuanto no conste que efectivamente la madre se encuentra totalmente rehabilitada de su adicción y no exista riesgo de que, en cualquier momento, pueda hacer un uso abusivo del alcohol que pueda poner en riesgo a la menor, o no atender debidamente a sus cuidados, se debe entender que, en atención al interés superior de la menor, el sistema de guarda y custodia adecuado es el de custodia individual para el padre.

3.4 Práctica de la prueba.

Para que el tribunal pueda determinar correctamente cuál es el progenitor más idóneo para ostentar la custodia sobre los hijos menores, velando por el respeto al principio del interés del menor, es preciso que se realice durante el procedimiento un esfuerzo probatorio por las partes, que lleven al juzgador al convencimiento de que uno de ellos debe ostentar la custodia y no el otro³⁴. Todos los medios de prueba admitidos en derecho pueden ser utilizados para tal fin, sin embargo, es cierto que por la especialidad de la materia, existen determinados recursos probatorios de mayor incidencia a la hora de resolver la cuestión.

Tal y como establece la STSJA 13/2011, de 15 de diciembre, *los tribunales, atendiendo a las circunstancias específicas de cada caso, podrán acordar lo que estimen más oportuno en orden al mejor conocimiento de tales circunstancias* (las del art 80.2 CDFFA), *debiendo interpretarse que si no lo hacen así es porque tienen los suficientes elementos de juicio para adoptar la resolución que corresponda.*

A) Pericial psicosocial.

La prueba realizada por peritos especialistas³⁵, en las materias que requieran conocimientos especializados, cobra relevancia determinante en los procesos de familia, toda vez que el juzgador no cuenta con los mecanismos suficientes ni el tiempo necesario para poder valorar en cada supuesto, lo que está sucediendo en un conflicto familiar en el que se producen consecuencias para los hijos menores de edad, que habrán de determinar en el futuro la adopción de unas u otras medidas para la mejor

³⁴ TRINCHANT BLASCO,C (Coordinador). *Memento familia... cit.*,. Marginal 4088.

³⁵ TRINCHANT BLASCO,C (Coordinador). *Memento familia... cit.*,. Marginal 4090.

protección de los mismos. Precisamente por ello, un medio probatorio que en otro tipo de procesos civiles suele ser residual, se convierte en los procesos que afectan a menores, en determinante para la resolución de la cuestión debatida.

Los juzgados de familia disponen de un equipo pericial³⁶ asignado individualmente con psicólogos y trabajadores sociales debidamente especializados en derecho de familia, que vienen encargándose de la realización de los informes en todos los supuestos de discusión entre las partes, bien en relación a la custodia de los hijos, bien respecto del régimen de comunicación. En los juzgados de Primera Instancia ordinarios, donde no existe un equipo especialmente asignado a cada uno, se dispone normalmente de la utilización de los servicios adscritos a los ayuntamientos de cada localidad o comunidades autónomas, o en su caso a la clínica médico forense adscrita a cada jurisdicción.

La actuación de los equipos especialistas³⁷ que realizan esta prueba es meramente consultiva y sus informes no revisten carácter de acto administrativo que pueda ser impugnado por la vía contencioso-administrativa. Su informe no tiene pues carácter vinculante, y deberá ser valorado por el juez en el marco del proceso como un medio de prueba más de los utilizados en el mismo. Sin embargo, en la práctica y dependiendo de si el informe ha sido realizado por el equipo de confianza del juzgador, adscrito a su propio juzgado o realizado por profesionales de otras entidades colaboradoras con la Administración de Justicia, va a ser determinante o no para la resolución del conflicto planteado en relación a los hijos menores.

Hay decisiones muy importantes que afectan a los menores, como puede ser la privación de la patria potestad, el otorgamiento de la guarda y custodia, régimen de comunicación y visitas... que no pueden adoptarse por el juez sin el debido auxilio de los especialistas asignados expresamente para ello. Generalmente es el dictamen de los peritos judiciales, la prueba fundamental y determinante para que el juez finalmente

³⁶ GARCÍA CARRERES, MR y SANZ-DIEZ DE ULZURRUN, J. *Memento familia... cit.*, Marginal 4048.

³⁷ GARCÍA CARRERES, MR y SANZ-DIEZ DE ULZURRUN, J. *Memento familia... cit.*, Marginal 4096.

acuerde una de las medidas indicadas, tomando como referencia el criterio emitidos por estos en su informe.

En el presente supuesto, los juzgados de Huesca cuentan con un Equipo Técnico especializado constituido por una psicóloga y una trabajadora social. Deberemos solicitar en nuestro escrito de demanda el informe de dicho Equipo que, una vez entrevistados y valorados todos los miembros de la unidad familiar, resolverán dictaminando cuál es, a su juicio, el tipo de guarda y custodia que mejor protege el interés de la menor para que no sufra ningún riesgo; si ambos progenitores están capacitados por igual para el ejercicio de la misma; si la madre está capacitada para su ejercicio y, en su caso, cuál es el régimen de visitas que le correspondería a la madre.

B) Audiencia y exploración del menor.

Cobra absoluto protagonismo en los procedimientos de familia tras imponerse la obligación de oír al menor en los procesos que versen sobre cuestiones que les afecten. En concreto, como ya hemos hecho referencia anteriormente, en el art 80.2 c) CDFA establece que uno de los factores que debe de tener en cuenta el juez a la hora de otorgar la guarda y custodia es 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.

Esta audiencia no es preceptiva si no potestativa en todo caso. Este es el criterio de la FGE Circ 3/2009, que dispone que el juez, cuando deba adoptar cualquier medida sobre la custodia deberá oír a los menores que tengan suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del Ministerio Fiscal, partes o miembros del equipo técnico judicial, o del propio menor... Por tanto habrá de entenderse que, siendo inexcusable garantizar el derecho del niño a expresar su opinión y ser oído, el trámite concreto de audiencia del menor no es imperativo y su práctica queda subordinada a que se estime necesario; esta flexibilidad se amolda más al principio del interés superior del menor³⁸.

³⁸ MELON MUÑOZ, A (Director). *Memento Procesal Civil*. Ediciones Francis Lefebvre, Madrid, 2014, Marginal 7648.

En las exploraciones de menores³⁹ en los procedimientos civiles se garantizará por el juez que el menor pueda ser oído en condiciones idóneas para la salvaguarda de sus intereses, sin interferencias de otras personas, y recabando excepcionalmente el auxilio de especialistas cuando ello sea necesario. De esta forma, se podrá acordar, mediante providencia, de oficio o a instancia de parte, que la exploración se celebre a puerta cerrada para proteger los derechos de los menores y su intimidad. Es necesario permitir la intervención efectiva del Ministerio Fiscal en dichas exploraciones, sin que pueda excluirse a éste de la publicidad del procedimiento, a fin de que el fiscal pueda personalmente oír e interrogar a los menores, para conocer si expresan con libertad su opinión sobre el conflicto que afecta a su esfera personal y familiar, e interesar, en su caso, la adopción por el tribunal de las medidas de protección de los menores que estime necesarias.

La FGE Circ 3/2009 dispone que estas exploraciones deberán realizarse de forma que el menor se sienta lo más relajado posible y sólo en presencia del juez, el secretario y el representante del Ministerio Fiscal. Igualmente cabrá interesar, si las circunstancias lo aconsejan, el auxilio de psicólogos o miembros del Equipo Técnico adscrito al juzgado. La audiencia de los menores se debe realizar respetando las condiciones necesarias de discreción e intimidad, infundiéndoles confianza, y protegiendo al máximo su dignidad y personalidad.

En el caso del presente dictamen, Esther cuenta únicamente con siete años de edad, y no sería preceptiva su exploración. No obstante, ya hemos manifestado que los duros episodios que le ha tocado vivir en compañía de su madre la han dotado de una madurez superior a su edad. Entiendo que podríamos proponer la exploración de la menor, dejando a criterio del juez y/o del Ministerio Fiscal la conveniencia o no de su práctica, y sólo para el caso de que éste considere imprescindible su testimonio. Con ello se trata de preservar la intimidad de la menor y no someterla a episodios judiciales innecesarios.

³⁹ MELON MUÑOZ, A (Director). *Memento Procesal... cit.*, Marginal 7950.

C) *Pericial.*

No solo es importante en los procesos de familia la prueba de peritos especialistas adscritos a los juzgados que se ha desarrollado anteriormente, sino que por la naturaleza de las cuestiones a resolver en estos supuestos, en muchas ocasiones se precisa la intervención de otros peritos que hayan intervenido en la vida familiar con anterioridad a la iniciación del proceso.

A la vista de los informes médicos que tenemos y aportaremos, resulta más que evidente que, con posterioridad a la presentación de la demanda de medidas provisionales previas, se agravó todavía más el desequilibrio psicológico de Doña Ana, pasando a ser más frecuentes los episodios de embriaguez de la misma y de situaciones que ponen en riesgo la seguridad de la menor. Y en ese sentido, irá enfocada toda nuestra actividad probatoria.

Informes psiquiátricos⁴⁰ cuando uno de los progenitores padece algún tipo de desequilibrio emocional o patología que haya requerido la intervención de especialistas, deben llevarse al proceso los informes que obren en poder de las partes, a fin de acreditar si resulta o no idóneo, en función de la enfermedad que padece, para poder ostentar la custodia de los hijos, o desarrollar un régimen de comunicación con los mismos de absoluta normalidad. Dichos informes que en principio, si se llevan al proceso por una de las partes, gozarían del carácter de prueba documental, y que muchas veces no están contrastados ni son en sí mismos suficientes para fundamentar las pretensiones de las partes, sí sirven como base probatoria para instar del juez la práctica de una prueba pericial específica sobre la existencia de la patología que se haya hecho constar, solicitando al efecto que el progenitor que la padezca sea sometido a la exploración necesaria por médico psiquiatra forense adscrito a los juzgados de la demarcación judicial correspondiente.

⁴⁰ GARCÍA CARRERES, MR y SANZ-DIEZ DE ULZURRUN, J, *Memento familia... cit.*, Marginal 4124.

En otras ocasiones⁴¹, para acreditar la existencia de una determinada adicción (alcoholismo, consumo de drogas, etc.) se puede solicitar que el progenitor sea sometido a una serie de reconocimientos médicos y a la práctica de determinados análisis (de sangre, cabellos, etc.) para averiguar si es cierta la misma y en qué medida va a influir en el cuidado de los hijos. Generalmente, para que en los procesos de familia se admita la práctica de estos medios de prueba que implican la intervención de otros profesionales que generalmente no están adscritos al juzgado donde se conoce el asunto, es preciso aportar prueba documental suficiente o una exposición fáctica que por su verosimilitud, lleven al juzgador al convencimiento de que los hechos que se exponen pueden ser ciertos y que su comprobación va a ser determinante para dictar la resolución que dirima el contencioso sobre los hijos menores.

En el caso que nos ocupa, sabemos que Doña Ana sufre un trastorno adaptativo mixto, y que estuvo ingresada medio año en una clínica psiquiátrica de Lérida. Como ya hemos tenido acceso a dichos informes en el procedimiento de medidas provisionales previas, los volveremos a aportar con nuestro escrito de demanda y solicitaremos sea vista por el médico forense a los efectos de determinar el estado actual en que se encuentra la madre y si está en condiciones de hacerse cargo de su hija menor.

Igualmente solicitaremos que la madre sea sometida a controles médicos periódicos y sin previo aviso para que se le puedan realizar analíticas y con los resultados de las mismas se pueda valorar objetivamente su grado de alcoholismo. En función de dichos resultados ir variando el régimen de visitas y estancias de la madre con su hija.

D) Documental.

Cuando se tiene que determinar judicialmente la custodia de los hijos menores, además de la importancia de los medios de prueba ya analizados, que son específicos para valorar correctamente la decisión a adoptar al respecto, es importante también aportar una serie de documentos que pueden llevar al juzgador al convencimiento de la conveniencia de atribuir la custodia de los hijos a uno u otro progenitor.

⁴¹ GARCÍA CARRERES, MR y SANZ-DIEZ DE ULZURRUN, J, *Memento familia... cit.*, Marginal 4126.

Los documentos⁴² que se van a hacer valer en el proceso deben aportarse con la demanda o contestación, o, si la parte no dispone de ellos, podrá tratar de acompañarlos al proceso en un momento posterior. Sin embargo, al tratarse de una materia que permite al juez una gran discrecionalidad en la admisión de las pruebas, las partes pueden tratar de aportar en cualquier otro momento del proceso, los documentos que puedan hacer valer sus pretensiones, sobre todo teniendo en cuenta que lo que se está valorando es el interés del menor, principio que está por encima del esquema formalista que con carácter general impone la LEC. Por ello, si con posterioridad a la demanda o contestación, la parte ha podido obtener un documento que sea de importancia para la resolución de la cuestión debatida en relación a los hijos menores, se puede aportar al proceso, siendo el juez quién decidirá sobre su admisión, en función de la discrecionalidad que en tal materia se ha descrito anteriormente.

En aquellos casos en que la parte que pretende demostrar alguna circunstancia concreta, no pueda aportar personalmente algún documento, podrá solicitar al juzgado que se oficie al organismo público o privado de se trate a los efectos de que certifiquen y aporten al expediente los documentos, informes... que apoyen la pretensión.

Como prueba documental, en el presente supuesto, haremos referencia a todos los procedimientos judiciales que ha habido con anterioridad; acompañaremos los informes médicos aportados o/u obtenidos con anterioridad; el escrito de solicitud de medidas urgentes solicitadas; documentación acreditativa de los turnos de trabajo del padre, nómina del padre, concesión del plan concilia al mismo; certificados del colegio y centros de actividades extraescolares que acrediten quien acude regularmente a llevar y recoger a la menor, quien acude a las reuniones con los tutores; atestado practicado por la policía del día del incidente en la entrega de la menor; extractos de cuentas bancarias, etc...

⁴² GARCÍA CARRERES, MR y SANZ-DIEZ DE ULZURRUN, J, *Memento familia... cit.* Marginal 4132.

E) Testifical.

La prueba testifical se define⁴³ como aquel medio de prueba que recae sobre hechos o circunstancias controvertidos que son conocidos por personas distintas de las partes. Consiste en una actividad dirigida a convencer al juez de la existencia o inexistencia de un hecho previamente afirmado, a través de la declaración de una persona, distinta de las partes y del juez, que ha conocido el hecho de que se trata.

La declaración de los testigos se realizará en la sede del juzgado o tribunal que esté conociendo del asunto de que se trate, aunque su domicilio se encuentre fuera de la circunscripción judicial correspondiente. Sólo cuando por razón de la distancia, dificultad del desplazamiento, circunstancias personales del testigo o por cualquier otra causa de análogas características resulte imposible o muy gravosa su comparecencia en la sede del Juzgado o tribunal, se podrá solicitar el auxilio judicial para su práctica (art 169.4 LEC)⁴⁴.

En los procedimientos de familia⁴⁵, es una prueba que la sana crítica ha postergado, pues su eficacia es muy limitada, sólo para casos concluyentes, por la naturaleza de los procedimientos y la temperamental intervención de aquellos testigos que por ser amigos o familiares de los respectivos cónyuges, se justifica razonablemente su práctica.

No obstante, en el presente supuesto, la prueba de testigos puede ser básica para corroborar el alcoholismo de la madre, y podremos llamar como testigos a todas aquellas personas que, de una u otra forma, han visto a la madre en estado de embriaguez cuando estaba al cuidado de la menor. También podremos citar a los policías que acudieron al domicilio familiar cuando fueron llamados por Don Mario, para que ratifiquen su atestado.

⁴³ MELON MUÑOZ, A (Director). *Memento Procesal... cit.*, Marginal 5710.

⁴⁴ MELON MUÑOZ, A (Director). *Memento Procesal... cit.*, Marginal 5718.

⁴⁵ GAVILÁN LÓPEZ, J, *Memento familia... cit.*, Marginal 5462.

3.5 Valoración de la prueba.

Será en el acto de la vista oral en el trámite de conclusiones cuándo podremos realizar una valoración ponderada del resultado de todas las pruebas practicadas, tanto durante la instrucción del procedimiento como las realizadas en éste acto. No se trata de valorar solo las pruebas propuestas y practicadas a instancia de esta parte, sino que también se tendrá que valorar la prueba propuesta y practicada a instancia de la parte contraria.

El principio rector de la decisión judicial ha de ser el superior interés del menor, pero para apartarse de la preferencia legal por la custodia compartida ha de apoyarse en la valoración de los informes periciales y en las restantes pruebas aportadas al proceso⁴⁶.

Como dice la STSJA 24/2012, de 5 de julio, para la acreditación de las circunstancias concurrentes, *no ofrece duda que cobran especial relevancia los informes psicosociales emitidos, puesto que en ellos, previa constatación de las circunstancias de hechos concurrentes y necesaria exposición razonada del método y factores tenidos en cuenta se emite dictamen por expertos. Junto a ellos, resulta también de gran relevancia la opinión que tengan los hijos, captada por los medios de exploración de su voluntad acordes a su edad y situación, que permitan conocer realmente cuál es su preferencia real.*

Dichos informes han de ser necesariamente valorados por los tribunales⁴⁷, al igual que las demás pruebas, conforme al criterio de la sana crítica, fijado por el art 348 LEC, y motivando la sentencia a tenor de lo prevenido en el art 218.2 LEC. El juez debe valorarlos para formar su opinión sobre la conveniencia o no de que se adopte cualquier medida de guarda y custodia o cualquier otra siempre en beneficio del menor.

Así, el juez deberá de tener en cuenta una serie de factores⁴⁸ a la hora de acordar la custodia compartida o individual: el plan de relaciones familiares a presentar necesariamente por cada progenitor; la edad de los hijos; su arraigo social y familiar; su opinión cuando tengan suficiente juicio y, en todo caso, si son mayores de doce años; la

⁴⁶ SERRANO GARCÍA, J.A, *La custodia compartida aragonesa... cit.*, p. 245.

⁴⁷ SERRANO GARCÍA, J.A, *La custodia compartida aragonesa... cit.*, p. 246.

⁴⁸ LÓPEZ AZCONA, A, *Manual de Derecho civil... cit.*, p. 183-184.

aptitud y voluntad de los padres para asegurar la estabilidad de los hijos; las posibilidades de conciliación de la vida familiar y laboral de los padres. El juez también contará en su decisión con los informes de especialistas que haya recabado de oficio o a instancia de parte sobre el régimen de custodia más idóneo.

Por otro lado, y como en el presente caso, en los supuestos en los que uno de los progenitores padezca enfermedad, física o psíquica, que pueda exponer a los menores a padecer situaciones de riesgo, la custodia de los hijos habrá de encomendarse al otro. Lo mismo sucede cuando por un problema de drogodependencia o toxicomanía, los hijos corran el riesgo de no ser correctamente atendidos por el progenitor que padezca tal situación. En muchos de estos supuestos, también puede producirse una limitación del derecho de visitas⁴⁹.

Si el dictamen de especialistas es favorable a los intereses de nuestra parte y dictaminan que lo mejor para el interés de la menor es la custodia a favor de padre; la exploración de la menor en su caso, pone de manifiesto las situaciones de estrés vividas por la niña en compañía de su madre; si con toda la documentación aportada podemos convencer al juez del grave problema de alcoholismos y trastorno adaptativo que sufre la madre, así como la plena capacidad que el padre tiene para el ejercicio de la guarda y custodia en exclusiva, no cabrá otra sentencia más que la establezca que la guarda y custodia de la menor debe ser atribuida de forma exclusiva al padre.

IV. ESTRATEGIA PROCESAL.

Consecuentemente con todo lo expuesto anteriormente surge la inmediata cuestión sobre cuál es el procedimiento que debemos seguir para la atribución inmediata de la guarda y custodia de forma individual para el padre, ya que el acuerdo alcanzado por las partes en su día no vincula el trámite posterior dados los acontecimientos ulteriores puestos de manifiesto.

Habida cuenta que ya contamos con un auto que establece unas medidas provisionales previas a la demanda y que estamos en plazo para interponer la demanda

⁴⁹ GARCÍA CARRERES, MR y SANZ-DIEZ DE ULZURRUN, J, *Memento familia... cit.*, Marginal 4002.

de medidas definitivas, será con la interposición de dicha demanda que deberemos solicitar nuevamente unas medidas provisionales, esta vez de forma coetánea con la demanda, para salvaguardar inmediatamente el interés de la menor.

1. MEDIDAS PROVISIONALES COETÁNEAS.

El Derecho aragonés no regula los efectos de la interposición de la demanda de nulidad, separación o divorcio, o de medidas en relación al hijo menor no matrimonial, pero sí tiene una norma (el art 84 CDF⁵⁰) sobre medidas provisionales, siempre a petición de parte, en caso de demanda sobre efectos de la ruptura de la convivencia de los padres con hijos a cargo. En lo no regulado en Aragón es de aplicación supletoria lo establecido en el CC.

Las medidas provisionales derivadas de la admisión de la demanda aparecen reguladas en el art 773 LEC. En casos de crisis de pareja, la Ley prevé la posibilidad de solicitar una serie de medidas provisionales para regular la situación de los progenitores mientras se tramita el procedimiento principal; el progenitor que solicite las medidas en relación al hijo menor podrá pedir en la demanda lo que considere oportuno sobre las medidas provisionales a adoptar mientras dura el proceso.

1.1 Modificación de las medidas provisionales previas a la demanda.

La modificación o confirmación de las medidas provisionales previas a la demanda, al admitirse ésta aparecen reguladas en el artículo 772 LEC.

Cuando se hayan adoptado medidas con anterioridad a la demanda, admitida ésta, se unirán las actuaciones por el secretario judicial sobre adopción de dichas medidas a los autos del proceso principal, solicitándose, a tal efecto, el correspondiente testimonio, en caso de que las actuaciones sobre las medidas se hayan producido en tribunal distinto del que conozca de la demanda (art 772.1 LEC).

⁵⁰ Artículo 84 CDF «En los casos de ruptura de la convivencia de los padres con hijos a cargo, el Juez, a petición del padre, madre, hijos a cargo mayores de catorce años o del Ministerio fiscal en su función legal de protección de los hijos menores e incapacitados, podrá acordar la adopción de medidas provisionales sobre las relaciones familiares de acuerdo con los criterios establecidos en la presente Sección. »

Sin embargo, el artículo 772 LEC en su apartado segundo establece que sólo cuando el tribunal considere que procede completar o modificar las medidas previamente acordadas convocará por el secretario judicial a las partes a una comparecencia. Este precepto ha sido interpretado⁵¹ en el sentido de que la LEC no exige necesariamente, una vez presentada la demanda y admitida ésta, un pronunciamiento expreso sobre las medidas civiles adoptadas previamente, entendiéndose que permanecen subsistentes hasta que sean sustituidas por las acordadas en la sentencia, a no ser que el tribunal considere que procede completar o modificar las previamente acordadas, en este caso, previa solicitud de parte.

En el mismo sentido, que ha de entenderse que la convocatoria y celebración de vista es facultad del tribunal, que la podrá acordar cuando considere que es procedente completar o modificar las medidas previamente acordadas, y que para ello será necesario que en el escrito en que se solicita la modificación de las medidas se ponga de manifiesto la ocurrencia de nuevos hechos o circunstancias que supongan un cambio sustancial de aquellas circunstancias que fueron tenidas en cuenta en el momento de adopción de las medidas.

El sistema de medidas que impone la LEC está basado en unas medidas únicas que a lo largo del proceso se van adaptando a las nuevas circunstancias que, en cada sucesiva fase procesal, puedan aparecer, de tal manera que cada posterior medida sustituye a la anterior. 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 apelación.

Ya hemos manifestado que en el presente caso, y tras la desestimación de las medidas cautelares solicitadas en virtud del art 10 CDFA (art 158 CC), la única posibilidad de variar las medidas existentes acordadas en la comparecencia de medidas

⁵¹ MELON MUÑOZ, A (Director). *Memento Procesal... cit.*, Marginal 7964.

provisionales previas sería la solicitud de nuevas medidas provisionales de forma coetánea con la demanda de medidas definitivas.

Entendemos justificada dicha solicitud, ante la gravedad de los hechos ocurridos, es decir, los graves episodios relacionados con el alcoholismo de la madre, y su reiteración en un corto lapso de tiempo.

Con la interposición de las medidas coetáneas a la demanda de medidas definitivas queremos conseguir que se modifique inmediatamente el régimen de guarda y custodia compartida, de forma que pase a ejercerlo en exclusiva el padre.

1.2 Solicitud.

Las medidas provisionales coetáneas deben solicitarse en la demanda o en la contestación a la demanda, lo que supone necesariamente la intervención en el procedimiento de abogado y procurador.

La solicitud⁵² de medidas provisionales coetáneas debe formularse por escrito, por medio de escrito independiente o, como es habitual, por medio de *Otrosí* en el escrito de demanda, con claridad y precisión, presentando los datos, argumentos y justificaciones documentales de la concurrencia de los presupuestos legalmente exigidos para su adopción, o proponiendo otros medios para la acreditación de los requisitos, por cuanto presentada la solicitud de medidas precluirá la posibilidad de proponer nuevas pruebas.

En nuestro supuesto, y como se hace de forma habitual, formularemos la solicitud mediante *Otrosí digo*.

El progenitor que solicite las medidas en relación al hijo no matrimonial, podrá pedir en la demanda lo que considere oportuno respecto de las medidas provisionales, no exigiéndose por tanto a esa pretensión ninguna forma concreta, sino que se integra dentro de la propia demanda principal.

⁵² MELON MUÑOZ, A (Director). *Memento Procesal... cit.*, Marginal 6861.

En consecuencia, al tratarse de una pretensión incidental y de carácter complementario a la principal, más las medidas definitivas, que se harán constar en el suplico principal de la demanda, deberá articularse mediante *Otrosí*, donde se invocará que, previa tramitación legal, con fundamento en los hechos transcritos en la demanda, se adopten las medidas provisionales que se reseñarán en el suplico.

El juzgado, una vez admitida la demanda principal y la solicitud de medidas provisionales coetáneas, acuerda la deducción de testimonio de esa solicitud formulada mediante otrosí, abriendo pieza incidental a sustanciar en los términos acordados⁵³.

1.3 Tramitación.

Una vez presentada y admitida la demanda el juez adoptará una serie de medidas que la Ley señala. Dichas medidas que duran hasta que sean sustituidas por las que se fijan en la sentencia o hasta que se ponga fin al procedimiento judicial de otro modo.

El artículo 103 CC es el que regula las medidas provisionales que pueden ser adoptadas por el juez antes o durante el proceso de iniciado por uno o ambos progenitores.

En concreto, las medidas que pueden adoptarse una vez presentada la demanda son las siguientes: medidas relativas a los hijos de la pareja de hecho sujetos a la autoridad familiar de ambos⁵⁴, todas estas medidas han de adoptarse atendiendo al interés superior de los hijos menores de edad sometidos a la patria potestad, por ello, como pone de manifiesto DÍEZ-PICAZO, ha de prescindirse en su adopción de la culpabilidad de los progenitores en las causas que puedan haber dado lugar al proceso; medidas relativas al uso de la vivienda familiar⁵⁵, se determinará teniendo en cuenta el

⁵³ GAVILÁN LÓPEZ, J, *Memento familia... cit.*, Marginal 5588.

⁵⁴ Artículo 103.1 CC «*Determinar, en interés de los hijos, con cuál de los cónyuges han de quedar los sujetos a la patria potestad de ambos y tomar las disposiciones apropiadas de acuerdo con lo establecido en este Código y, en particular, la forma en que el cónyuge que no ejerza la guarda y custodia de los hijos podrá cumplir el deber de velar por éstos y el tiempo, modo y lugar en que podrá comunicar con ellos y tenerlos en su compañía.* »

⁵⁵ Artículo 103.2 CC «*Determinar, teniendo en cuenta el interés familiar más necesitado de protección, cuál de los cónyuges ha de continuar en el uso de la vivienda familiar y asimismo, previo inventario, los bienes y objetos del ajuar que continúan en ésta y los que se ha de llevar el otro cónyuge, así como también las medidas cautelares convenientes para conservar el derecho de cada uno.* »

interés familiar más necesitado de protección, cuál de los progenitores ha de continuar en el uso de la vivienda familiar; medidas relativas a la contribución a las cargas familiares⁵⁶; y medidas de los bienes de los progenitores⁵⁷.

El proceso de tramitación de las medidas coetáneas provisionales es el mismo que se aplica a las medidas provisionales previas, es decir, que el juez convocará a los progenitores y, como existe una menor, al Ministerio Fiscal a una comparecencia a los efectos de que cada progenitor manifieste y defienda su postura respecto de las medidas que deben ser adoptadas. El juez resolverá mediante auto lo que estime oportuno a la vista de las peticiones y de las pruebas aportadas por las partes, dicho auto es irrecurrible, es decir, contra del auto que se dicte no cabrá recurso alguno. Sin embargo, subsisten los instrumentos procesales⁵⁸ de solicitud de aclaración, rectificación, subsanación y complementación de la resolución, así como el incidente de nulidad de actuaciones, cuando concurren sus requisitos.

Las medidas provisionales coetáneas adoptadas subsistirán hasta que se dicten las medidas definitivas, que son las que aparecen en la sentencia dictada el juez, en la misma se adoptarán las mismas medidas o podrán ser modificándolas; o hasta que se ponga fin al procedimiento.

En el presente caso, la solicitud nuevamente de medidas provisionales coetáneas está plenamente justificada con los nuevos acontecimientos sucedidos, que han puesto en riesgo a la menor. Con ello queremos conseguir que se suspenda de forma inmediata el régimen de guarda y custodia compartida pactado, y ésta pase a ejercerla de forma individual el padre.

⁵⁶ Artículo 103.3 CC «Fijar la contribución de cada cónyuge a las cargas del matrimonio, incluidas si procede las «litis expensas», establecer las bases para la actualización de cantidades y disponer las garantías, depósitos, retenciones u otras medidas cautelares convenientes, a fin de asegurar la efectividad de lo que por estos conceptos un cónyuge haya de abonar al otro. Se considerará contribución a dichas cargas el trabajo que uno de los cónyuges dedicará a la atención de los hijos comunes sujetos a patria potestad. »

⁵⁷ Artículo 103.4 CC «Señalar, atendidas las circunstancias, los bienes gananciales o comunes que, previo inventario, se hayan de entregar a uno u otro cónyuge y las reglas que deban observar en la administración y disposición, así como en la obligatoria rendición de cuentas sobre los bienes comunes o parte de ellos que reciban y los que adquieran en lo sucesivo. Artículo 103.5 CC «Determinar, en su caso, el régimen de administración y disposición de aquellos bienes privativos que por capitulaciones o escritura pública estuvieran especialmente afectados a las cargas del matrimonio. »

⁵⁸ GAVILÁN LÓPEZ, J. *Memento familia... cit.*, Marginal 5598.

En la fase de medidas provisionales coetáneas es imposible que se practique toda la prueba solicitada en la demanda principal, y será en la comparecencia de medidas provisionales coetáneas y con las pruebas que tengamos en ese momento, cuando el juez llegue al convencimiento de la necesidad y urgencia de variar provisionalmente el régimen de guarda y custodia existente en la actualidad.

2. MEDIDAS DEFINITIVAS.

2.1 Concepto.

En defecto de pacto de relaciones familiares, el mismo se puede alcanzar en cualquier momento del proceso, corresponde al juez determinar las medidas que tras la sentencia van a regir las relaciones familiares derivadas de la ruptura de la convivencia de los padres. Es decir, las medidas definitivas son las que se adoptan en la sentencia y van a ser efectivas desde que se dicta la misma. Las medidas adoptadas con la admisión de la demanda o las que se hubieran adoptado antes de la interposición de la demanda serán modificadas o bien se ratificarán en la sentencia. En realidad, según LACRUZ, se les denomina medidas definitivas sólo en el sentido de sustituir a las llamadas «provisionales» y tener, por contraposición a éstas, una vocación de estabilidad; no obstante, estas medidas pueden ser modificadas en el caso de que se produzca una alteración sustancial de las circunstancias que se tuvieron en cuenta a la hora de adoptarlas.

El Derecho aragonés si regula estas medidas, en concreto, se regulan en los artículos 79 a 83 CDFA. Por ello, en este caso nos acogeremos a lo que regulan estos artículos para aplicarlo al supuesto concreto de adopción de medidas definitivas en un proceso de ruptura de la convivencia de los padres con hijos a cargo.

2.2 Medidas a adoptar.

En el supuesto del presente dictamen, al querer modificar unilateralmente el pacto de relaciones familiares acordado en su día, corresponde al juez determinar los efectos derivados de la ruptura de la convivencia, mediante la adopción de las medidas

contempladas en los artículos 79 a 83 CDFa. Dichas medidas⁵⁹, que se dirigirán sobre todo a preservar el interés de la hija menor, podrán ser adoptadas por el juez de oficio, o bien a instancia de los propios hijos, de cualquier persona interesada o del Ministerio Fiscal (art 79.2 CDFa). Igualmente el juez podrá adoptar las medidas cautelares que estime oportuno a fin de garantizar el cumplimiento de las medidas adoptadas (art 79.3 CDFa). En cualquier caso, las medidas a aplicar en defecto de pacto de relaciones familiares podrán ser modificadas de ser incumplidas de modo grave o reiterado, así como cuando concurren causas o circunstancias relevantes (art 79.4 y .5 CDFa).

Las medidas a adoptar son las siguientes:

a) Guarda y custodia de los hijos (art 80 CDFa).

En defecto de pacto de relaciones familiares, cada uno de los padres por separado o ambos de mutuo acuerdo podrán solicitar al juez la atribución de la guarda y custodia, individual o compartida, de los hijos menores.

Como ya se ha detallado suficientemente en el apartado III del presente dictamen todo lo referente a la guarda y custodia de los hijos, únicamente reiterar que en nuestro caso solicitaremos la guarda y custodia individual para el padre.

Al solicitar la atribución de la guarda y custodia de la menor al padre, la madre deberá contar con un régimen de visitas y estancias con la menor, en virtud de lo establecido en el art 80.1.3 CDFa. En tanto en cuanto no conste acreditado fehacientemente la recuperación de la adicción del alcohol de la madre, solicitaremos la fijación de un régimen de visitas y estancias restringido, tutelado y sin pernocta; que se irá ampliando conforme a la mejora de la situación de la madre y según determine el Equipo Técnico del juzgado, en función de las pruebas analíticas que se le vayan practicando.

⁵⁹ LÓPEZ AZCONA, A. *Manual de Derecho civil... cit.*, p.182.

b) Atribución del uso de la vivienda y del ajuar doméstico (art 81 CDFA).

En los apartados primero a cuarto del artículo 81 CDFA se establecen una serie de reglas que deben regir la atribución del uso de la vivienda familiar, diferentes en función del régimen de custodia que se adopte.

En la custodia individual se mantiene como regla general el criterio de atribución del uso de la vivienda al progenitor custodio, si bien se introduce la excepción relativa a que el mejor interés para las relaciones familiares aconseje su atribución al otro progenitor⁶⁰.

La atribución del uso de la vivienda a uno de los progenitores tendrá una limitación temporal⁶¹, cuya duración podrá determinarse mediante pacto entre los progenitores o por el juez en atención a las circunstancias concretas de cada familia.

El art 81.4 CDFA faculta al juez para acordar la venta de la vivienda familiar propiedad de los progenitores, siempre que sea necesaria para garantizar unas adecuadas relaciones familiares y para que cada progenitor pueda hacer frente a sus necesidades de alojamiento y la de sus hijos.

La regulación del ajuar doméstico aparece regulada en el apartado quinto del artículo 81 CDFA, estableciendo su permanencia en la vivienda familiar en el caso de haber sido atribuido el uso de la misma a uno de los progenitores o se procede al reparto del mismo en caso de que ninguno de los progenitores continúe en el domicilio familiar.

Consecuentemente con la solicitud de la guarda y custodia de la menor para padre, solicitaremos la atribución al mismo y a la hija menor del uso de la vivienda y del ajuar doméstico. Solicitando igualmente que la madre abandone dicha vivienda a la mayor brevedad posible, pudiendo retirar todos sus efectos y enseres personales. Así mismo, y mientras Don Mario permanezca con el uso de la vivienda, se hará cargo de todos los gastos de consumo de suministros, comunidad y mantenimiento, salvo los gastos relativos a la propiedad del inmueble que serán satisfechos conjuntamente por ambos copropietarios.

⁶⁰ LÓPEZ AZCONA, A. *Manual de Derecho civil... cit.*, p. 185.

⁶¹ LÓPEZ AZCONA, A. *Manual de Derecho civil... cit.*, p. 185.

c) Gastos de asistencia a los hijos (art 82 CDFA).

Se establece el deber de los padres de contribuir a los gastos de asistencia de los hijos en proporción a sus recursos económicos. A partir de esta obligación genérica el art 82 CDFA establece en sus apartados unos criterios de atribución de tales gastos, distinguiendo a tal efecto entre gastos ordinarios y extraordinarios.

En cuanto a los gastos ordinarios⁶², se faculta al juez para asignar la realización compartida o separada de tales gastos en función del régimen de custodia de los hijos, pudiendo establecer una pensión entre los progenitores si lo estima necesario, para lo que deberá atender a los recursos de éstos, así como a las necesidades y recursos de los hijos. Por lo que se refiere a los gastos extraordinarios⁶³, diferenciamos entre gastos necesarios y no necesarios, los necesarios habrán de ser sufragados por ambos progenitores en proporción a sus recursos económicos; y los no necesarios se abonarán en función de lo acordado por los progenitores y, en su defecto, por el progenitor que haya decidido el gasto. En ambos casos, deberá recabarse el previo consentimiento del otro progenitor para efectuarlos o una autorización judicial, a excepción de los gastos urgentes e inaplazables⁶⁴.

En el presente caso, y como consecuencia de la solicitud de guarda y custodia en exclusiva de la menor para el padre, la madre deberá contribuir en concepto de pensión de alimentos para la menor en la cantidad de 300 euros mensuales, cantidad que deberá ingresar en la cuenta que designe Don Mario en los cinco primeros días de cada mes. Así mismo, los gastos extraordinarios necesarios de la menor serán sufragados por partes iguales entre ambos progenitores.

d) La asignación compensatoria (art 83 CDFA).

La asignación compensatoria⁶⁵ se concibe como un derecho de carácter indemnizatorio correspondiente al progenitor a quien la ruptura de la convivencia produzca un desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique

⁶² LÓPEZ AZCONA, A. *Manual de Derecho civil... cit.*, p. 186.

⁶³ LÓPEZ AZCONA, A. *Manual de Derecho civil... cit.*, p. 186

⁶⁴ STSJA 13/2011, de 15 de diciembre.

⁶⁵ LÓPEZ AZCONA, A. *Manual de Derecho civil... cit.*, p. 186.

un empeoramiento en su situación constante la convivencia. En cualquier caso, la asignación solo se concede a solicitud del progenitor perjudicado por la ruptura.

En el presente supuesto, y dado que ambos progenitores cuentan medios económicos propios, no procede la fijación de una pensión compensatoria para ninguno de los dos.

2.3 Tramitación⁶⁶.

La demanda de medidas definitivas se presentará en el Juzgado de Instancia que esté conociendo el procedimiento, y deberá acompañarse de certificación de la inscripción de la pareja de hecho y la de inscripción de nacimiento de la hija en el Registro Civil, así como los documentos en los que el progenitor funde su derecho. Si se solicitan medidas de carácter patrimonial, el actor deberá aportar los documentos de que disponga que permitan evaluar la situación económica de los progenitores y, en su caso, de los hijos. Igualmente, en la demanda podrá solicitarse la práctica de prueba anticipada, entendiéndose como tal, la solicitud de dictamen de especialistas, exploración del menor, oficios a entidades públicas o entidades bancarias que no puedan ser obtenidas por la parte que las propone, etc...

Admitida a trámite la demanda por el secretario judicial, se dará traslado a la parte demandada para que en el plazo de veinte días formule contestación a la demanda.

Contestada la demanda, el juzgado convoca a las partes a la celebración de la vista oral. A dicha vista deberán acudir todas las partes con sus abogados tal y como establecen los trámites del juicio verbal. Si se produce la incomparecencia injustificada de alguna de las partes, el tribunal podrá determinar que se consideren admitidos los hechos alegados por la parte que comparezca para fundamentar sus peticiones.

La vista comienza con la ratificación de la demanda por la parte demandante y demandada, a continuación las partes fijan con claridad los hechos relevantes en los que fundamentan sus pretensiones, y se recibe el pleito a prueba. Seguidamente, las partes

⁶⁶ MORENO CATENA, V (Director), *Esquemas de Derecho Procesal Civil. Tomo II*. Tirant Lo Blanch. 4ª Edición, Valencia, 2013, p.153.

proponen la prueba que estimen necesaria, la inadmisión de prueba⁶⁷ comporta la formulación de un recurso de reposición y subsidiaria protesta a fin de hacer valer nuevamente esa petición en sede del recurso de apelación interpuesto o en la contestación al mismo.

Posteriormente, se lleva a cabo la práctica de las pruebas admitidas en el acto de la vista. Se establece el plazo de treinta días para practicar la prueba que no se haya podido practicar en el acto de la vista.

La finalización de la práctica de la prueba comporta el derecho de las partes a formular conclusiones sobre la misma, dichas conclusiones se harán de forma oral. Una vez realizadas las conclusiones de pone fin al acto de la vista oral, y el juez dictará sentencia en la que se pronunciará sobre los efectos y consecuencias de la nulidad, separación o divorcio. Contra dicha sentencia sí que cabe recurso, en este caso el recurso que puede llevarse a cabo es el recurso de apelación ante la Audiencia Provincial.

V. CONCLUSIONES.

Apreciados todos los expuestos argumentos y posibles soluciones, concreto mi parecer en cuanto al supuesto sometido a mi consideración en afirmar que:

Lo mejor para salvaguardar el interés superior de la menor, Esther, es la atribución de la guarda y custodia de la misma de forma exclusiva a Don Mario, y ello porque:

1. Doña Ana no está capacitada para el ejercicio de la guarda y custodia de la menor, ni si quiera de forma compartida, debido a su adicción al alcohol y al trastorno adaptativo mixto que sufre.

2. El sistema de guarda y custodia individual para el padre se impone al sistema preferente de guarda y custodia compartida, establecido en el CDFA, porque analizados los factores del art 80.2 CDFA y ante la incapacidad de la madre para el cuidado y atención de la menor, lo mejor para proteger el interés superior de la misma es que

⁶⁷ GAVILÁN LÓPEZ, J. *Memento familia... cit.*, Marginal 5456.

permanezca en compañía de su padre. Estableciendo un régimen de visitas y estancias de la menor con la madre, restringido y tutelado en un principio para ir ampliándose como consecuencia de los progresos de la madre en su rehabilitación.

En el momento procesal en que nos encontramos, la forma más adecuada para cambiar de manera inmediata el régimen de guarda y custodia compartida es mediante la interposición de demanda de medidas definitivas, a la que acompañaremos mediante Otrosí la solicitud de medidas provisionales coetáneas, y ello porque:

1. El acuerdo alcanzado por las partes en la comparecencia de medidas provisionales previas no es vinculante, y puede ser modificado ante la gravedad de los hechos acontecidos posteriormente, que han puesto en peligro a Esther y que aconsejan la atribución de la guarda y custodia de la menor al padre.

2. Ante los posibles riesgos para la mejor debido a la situación creada, con la solicitud de medidas provisionales coetáneas el juez podrá atribuir cautelarmente y de forma inmediata la guarda y custodia de la menor al padre, dejando para un momento posterior la atribución al mismo de forma definitiva, en función de todas las pruebas practicadas en el pleito principal.

Este la opinión que emito como dictamen y que someto a cualquier otro mejor fundado, firmándola en Zaragoza a 16 de diciembre de 2015.

VI. BIBLIOGRAFÍA.

ALBALADEJO, M. *Curso de Derecho Civil IV. Derecho de Familia*. Edisoder S.L, Duodécima edición, 2013.

BARTOLOMÉ CENZANO J.C, “Sobre la interpretación del interés superior del menor y su trascendencia en el derecho positivo español”. *Revista sobre la infancia y la adolescencia*, 3, 46- 59. Septiembre 2012.

DELGADO ECHEVARRÍA, J (Director)., *Manual de Derecho civil aragonés. Conforme al Código del Derecho foral de Aragón*, 4ª Edición, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2012.

DELGADO ECHEVERRÍA, J (Director), *Comentarios al Código del Derecho Foral de Aragón. Doctrina y Jurisprudencia*, Editorial DYKINSON, Madrid, 2015.

LACRUZ BERDEJO, J.L, *Elementos de Derecho Civil. IV Familia*. Dykinson. Cuarta Edición. Madrid.

MARTINEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C (Coordinador), *Curso de Derecho Civil (IV). Derecho de Familia*. Colex, Tercera edición, Madrid, 2011.

MELON MUÑOZ, A (Director). *Memento Procesal Civil*. Ediciones Francis Lefebvre. Madrid. 2014.

MERINO HERNANDEZ, J.L (Coordinador). *Memento experto Civil Aragón*. Ediciones Francis Lefebvre. Madrid. 2012.

MORENO CATENA, V (Director), *Esquemas de Derecho Procesal Civil. Tomo II*. Tirant Lo Blanch. 4ª Edición, Valencia, 2013.

MORENO PIZARRO,E y PÉREZ VELÁZQUEZ, J.P (Coordinadores), *Derecho de Familia*, Tirant Lo Blanch, 2015.

O'CALLAGHAN MUÑOZ, X. *Compendio de Derecho Civil. Tomo IV, Derecho de Familia*. Editorial Universitaria Ramón Areces. 2012.

SERRANO GARCÍA, J.A, *La custodia compartida aragonesa en la primera jurisprudencia*. XXII Encuentros del Foro de Derecho Aragonés. Zaragoza. 2013.

TRINCHANT BLASCO,C (Coordinador). *Memento familia y sucesiones*. Ediciones Francis Lefebvre. Madrid. 2012.

SENTENCIAS

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón 13/2011, de 15 de diciembre. Id Cendoj: 50297310012011100016.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón 4/2012, de 4 de febrero. Id Cendoj: 50297310012012100004.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón 5/2012, de 8 de febrero. Id Cendoj: 50297310012012100005.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón 13/2012, de 9 de abril. Id Cendoj: 50297310012012100008.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón 24/2012, de 5 de julio. Id Cendoj: 50297310012012100017.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón 27/2012, de 24 de julio. Id Cendoj: 50297310012012100018.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón 34/2012, de 19 de octubre. Id Cendoj: 50297310012012100023.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón 41/2013, de 30 de septiembre. Id Cendoj: 50297310012013100044.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón 2/2014, de 13 de enero. Id Cendoj: 50297310012014100003.