

Jagoletza partekatua: lehentasunezko irizpide egokia?

Maite Barruetabeña Zenekorta

Aurkibidea

I. SARRERA. II. KONTZEPTUAK. 1. Guraso ahala. 2. Zaintza eta jagoletza. 3. Zaintza eta jagoletza partekatua. III. ARAUDIA. 1. Estatuko araudia. 2. Autonomia erkidegoetako araudia. 2.1 Aragoi. 2.2. Valentzia. 2.3. Katalunia. 2.4. Nafarroa. 2.5. Euskal Autonomia Erkidegoa. IV. JAGOLETZA PARTEKATUA ESTATUKO KODE ZIBILEAN ETA EUSKAL AUTONOMIA ERKIDEGOKO 7/2015, EKAINAREN 30EKO LEGEAN. 1. Kode Zibila. 2. Euskal Autonomia Erkidegoko araudia. 2.1. Erabakiak finkatzeko tresnak. 2.2. Legearen edukia. V. JURISPRUDENTZIA. VI. INDARKERIA MATXISTAREN ZERESANA JAGOLETZA PARTEKATUAN. VII. ONDORIOAK ETA PROPOSAMENAK. VIII. BIBLIOGRAFIA.

I. SARRERA

Azken urteetan gero eta ohikoagoak dira ezkontideen edo bikoteen krisialdiak, eta agian, hau gehien pairatzen dutenak harreman horretatik sortutako seme-alabak dira. Azken hauen inguruan hartu beharreko erabakiak ordura arte bikote izandakoen eztabaidagai nagusi bihurtzen dira.

Historikoki, banaketa egoera hauetan ama –beraz, emakumea– izan da seme-alaben zaintza bereganatu izan duena, legeak hau babestu eta defendatu duelarik: 1981. urtean indarrean sartu zen ezkontza eta honen krisiak arautzeko legeak espresuki jasotzen zuen amarekiko lehentasuna bere seme-alabak zaintzeko banaketa edo dibortzio kasuetan. Joera honen azpiko arrazoia, ziurrenik, emakumeek betidanik bereganaturiko etxea eta familiaren ardura izan da. Poliki-poliki, ordea, emakumeen lan mundura barneratzea ematen ari da, familien itxura eta antolaketa aldatuz. Honela gizonaek, egun, gehiago murgiltzen dira beraien seme-alaben heziketan eta zaintzan, honek familien egituran aldaketa garrantzitsuak ekarri dituelarik.

Gizonaek familia kargen ardura hartu izanaren islatako bat bikoteideen krisietan ikus daiteke. Gero eta gizonaek gehiagok eskatzen dute seme-a-

laben zaintzan parte hartzen jarraitzea beraien bikote erlazioak indarrean jarraitu ez arren, tradiziozko emakumeen zaintza indibidualaren joerari aurre eginaz¹.

Aldarrikapen hau epaitegietan eztabaidagai izaten ari da azken urteetan, eta bide batez, legegilea ere bere egiten ari da –neurri handi edo txikiagoan– bi gurasoen gogoia seme-alaben zaintza eta jagoletzan parte hartzekoa. Zentzu honetan, 1981. urteko Espainiako lehen banaketa eta dibortzio legean eredutzat hartzen zen amaren norbanako zaintza gero eta gehiago ari da zalantzan jartzen, kolektibo desberdinak bere egin dutelarik bi gurasoen partekatutako zaintzearen erreibindikazioa.

II. KONTZEPTUAK

Beharrezkoa da ordea, jagoletza partekatuarekin jarraitu aurretik terminologia aldetik zehaztasunak egitea, hainbat kasutan gai honen inguruan ematen diren gaizki-ulertuak ekiditeko asmoz. Ez dago Kode Zibilean, ezta Autonomia Erkidegoetako araudietan definiziorik argitzen duena zer den zaintza, zer den jagoletza eta zer den guraso ahala modu zehatzean.

Kontzeptu guzti hauek nahastu egiten dira gurasoen harremana elkarbitzitan oinarritzen den bitartean, hauen arteko bereizketa egitea beharrezkoa ez delarik. Aldiz, bikote krisietan sortzen da beharra hauek modu bereizian ulertzekoa, beraz, aztertu ditzagun.

1. Guraso ahala

Ulertu dezakegu guraso ahala gurasoek beraien seme-alaba adintxikiengan duen betebehar-ahalmen bat dela, gurasoek elkarrekin duten harremana kontuan

¹ DE TORRES PEREA, José Manuel, Custodia compartida: Una alternativa exigida por la nueva realidad social, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, 4 (2011), 4. or., ondorengo iritzia mantentzen du: *De esta forma si bien es cierto que tras la incorporación de la mujer en el mercado laboral el reparto de roles entre marido y mujer se está modificando compartiéndose paritariamente las tareas domésticas especialmente entre los matrimonios más jóvenes; sin embargo, nuestro Código Civil (en adelante, CC) no termina de asimilar esta nueva realidad social. Por un lado en su artículo 68, tras la reforma del año 2005, se establece el deber de los cónyuges de compartir dichas tareas domésticas durante el matrimonio; pero, por otro lado, en su art. 92.8 se establece que tras la crisis matrimonial queda condicionada la posibilidad de que ambos padres sigan compartiendo los cuidados y la custodia de los hijos a que medie un acuerdo entre ellos en tal sentido, o en su defecto a que lo solicite al menos uno de los progenitores, que el Ministerio fiscal informe favorablemente y que el juez entienda que tal medida es favorable al interés superior del menor (ISM o simplemente interés del menor). Es decir, si bien el CC antes del divorcio o la separación considera un deber de ambos padres cuidar y atender a los hijos conjuntamente, tras dicha separación o divorcio relega dicha custodia conjunta a un segundo plano (cuando se den los especiales requisitos exigidos), dando preferencia a la custodia a favor de uno solo de los padres.*

izan gabe². Orokorrean, esan daiteke guraso ahala duenak ezin diola uko egin, ez da preskribatzen eta transferiezina eta besterenduezina da, eta hau kendu daiteke soilik erabaki judizial bidez. Agian, Kode Zibileko 154. artikulua da definizio batera gerturatu daitekeena, zeren araudiak ez du definizio espresu bat jasotzen. Bertan bere lehen atalean ondorengoa dio guraso ahalak zer ekartzen duenaren inguruan: *Seme-alabak jagotea, eurokin izatea, horiei mantenua ematea, seme-alabok heztea, eta, berebat, seme-alaba horiei oso-osoko heziketa ematea.*

Beraz, ulertu daiteke guraso ahala eta zaintza eta jagoletza ez direla konzeptu berdinak; honela, gurasoen elkarbizitza dagoenean umeen zaintza eta jagoletza guraso ahalaren barne dagoen zerbait bezala ulertu daiteke.

2. Zaintza eta jagoletza

Kode Zibileko 154. artikulua jasotzen dituen guraso ahalaren ondoriozko betebeharrak eta ahalmenak (umeak zaindu, beraiekin egon...) dira zaintza eta jagoletzaren espresio zabalenak: azken finean, umeekin bizi eta hauek zaindu. Horregatik, guraso harremanean elkarbizitza hau hausten denean sortzen da beharra ondo ulertzeko zer ekartzen duen guraso ahalak eta honek zein ondorio duen umeen zaintzan eta jagoletzan, zeren elkarbizitzaren haustura horretan zaintza eta jagoletza bereizten dira guraso ahalako eguneroko betebeharrak eta ahalmenetatik³. Aldiz, argi utzi behar dena da amaitzen dena bi gurasoekiko eguneroko elkarbizitza dela, eta ez guraso izateak ematen dituen betebeharrak eta ahalmenak.

² PINTO ANDRADE, Cristóbal, La custodia compartida en la práctica judicial española: los criterios y factores para su atribución, *Misión Jurídica: Revista de derecho y ciencias sociales*, Vol. 8, 9 (2015), 145. or.: *Así, la STS 1ª de 25 de junio de 1994 definía la patria potestad como el «conjunto de derechos que la ley confiere a los padres sobre las personas y sobre los bienes de sus hijos no emancipados constituyendo a la par un conjunto de deberes que como inherentes a dicha institución, deben asumir y cumplir los padres respecto de sus hijos».* La STS 1ª de 9 de julio de 2002 señala que la patria potestad viene configurada en nuestro ordenamiento jurídico «como una función instituida en beneficio de los hijos, que abarca un conjunto de derechos concedidos por la Ley a los padres sobre la persona y bienes de los descendientes en tanto son menores y no emancipados, para facilitar el cumplimiento de los deberes de sostenimiento y educación que pesa sobre dichos progenitores; constituye una relación central de la que irradian multitud de derechos y deberes, instituidos todos ellos, no en interés del titular, sino en el del sujeto pasivo.

³ Zaintza eta jagoletza bikote harremana indarrean dagoen bitartean edo behin hau amaitu ondoren, desberdindu beharreko kontzeptuak dira. Bi fase hauek aztertzen dituzte: GETE-ALONSO Y CALERA, María del Carmen, Las reglas de custodia constante matrimonio o pareja. En *Custodia Compartida. Derechos de los hijos y de los padres*, coord. María del Carmen Gete-Alonso Y Calera y Judith Solé Resina, Navarra: Aranzadi, 2015, 23-91. or, eta baita SOLÉ RESINA, Judith, La guarda y custodia tras la ruptura. En *Custodia Compartida. Derechos de los hijos y de los padres*, coord. María del Car-

Beraz, modu simple batean esan daiteke guraso ahala kontzeptu zabal bat dela, eta zaintza honen zati bat dela; azken finean zaintzak ekartzen du guraso ahala egikaritzea⁴. Eta honen harira, Kode Zibileko 90-96 artikuluek hainbat neurri finkatzen dituzte seme-alaben zaintza eta jagoletzaren inguruan gurasoen harremanean krisia dagoen kasuetarako, zalantzan jarri gabe Kode Zibileko 154 eta hurrengo artikuluetan finkatzen den guraso ahalaren edukia. Beraz, bikote krisi batean ez da galtzen guraso ahala –ezohiko kasu larrietan salbu-, baizik eta zaintza eta jagoletza da moldatzen dena.

Guzti hau jakinda ordea, legeak ez du definiziorik ematen zaintza eta jagoletzarena, eta doktrinan ere ez da gehiegi landu termino hauen edukia. Aldiz, ulertu daiteke zaintza eta jagoletza bere gain hartzen duen gurasoak –adostasunez edo epai bidez finkatua– umeen eguneroko zaintza zuzena hartzen duela bere gain, hauen hezkuntza, kontrola eta elkarbizitzaz arduratuz. Honen aurrean, beste gurasoari bisita erregimen bat finkatzen zaio⁵. Aldiz, bisita aurreikusten zaion gurasoarekin daudenean ulertzen da une horretan berak duela zaintza eta jagoletza. Beraz, umeekiko ahalmen eta betebeharrak berdinak dituzte

men Gete-Alonso Y Calera y Judith Solé Resina, Navarra: Aranzadi, 2015, 91-143. or Kode Zibilak aurreikusten ditu beste hainbat egoera ezohiko baita beharrezkoa litzatekeena bi kontzeptuak berezitatea kontuan izatea (guraso ahala eta zaintza eta jagoletza). *Estas situaciones «anormales» tienen distinta configuración: a).- La primera se produce en el caso en que existe convivencia entre los progenitores pero se trata de una convivencia «anormal». A pesar de que los progenitores vivan juntos y la titularidad de la patria potestad pertenezca conjuntamente a ambos, es posible que el ejercicio de la guarda y custodia corresponda sólo a uno de ellos. El Art. 156 C.C contiene diversos supuestos de hecho y consecuencias jurídicas, que pueden afectar al ejercicio de la guarda y custodia de los hijos, ya que suponen excepciones al ejercicio conjunto de la patria potestad: - Cuando han existido desacuerdos reiterados de los progenitores sobre aspectos importantes en el ejercicio de las funciones de la patria potestad. En estos casos, cualquier de los progenitores podrá acudir al Juez, quien decidirá lo necesario. (Art. 156 párrafo 2 C.C) - Cuando un cónyuge esté incapacitado o imposibilitado transitoriamente para ejercer la guarda y custodia. En este grupo podemos incluir la segunda situación, la cual se produce cuando existe una separación de hecho entre los progenitores. En estas situaciones, la guarda y custodia será ejercida exclusivamente por el progenitor que convive con los hijos (Art. 156 párrafos 4 y 5 C.C) (PINTO, C., La custodia, 145. or.)*

⁴ CASTAÑOS CASTRO, Paula; GARCÍA ALGUACIL, María José, La guarda y custodia compartida: nuevo modelo de corresponsabilidad parental ¿en interés del menor?, *Boletín. Servicio de Estudios Registrales de Catalunya*, 156 (2011), 65. or.

⁵ *Por contraposición al concepto de «guarda y custodia», se hablaría de atribución del «derecho de visita» a favor del progenitor no custodio, que vendría a referirse a «convivencia esporádica». De este modo, la guarda y custodia se identificaría con el cuidado y atención diario que se ejerce a través de la convivencia habitual con el menor. No obstante, conviene detenerse a reflexionar sobre el sentido de las tradicionales nociones contrapuestas de «custodia» (como sinónimo de convivencia cotidiana con el menor) y «visitas» (como convivencia esporádica). Así llegaremos a comprender que en realidad la diferencia entre una y otra no sería más que, en todo caso, cuantitativa, es decir de mayor o menor cantidad de tiempo de convivencia con el menor, pero nunca cualitativa. (PINTO, C., La custodia, 146. or.)*

bi gurasoek, baina epealdi desberdinetan, eta noski, bisita soilik aurreikusia duenak epe motzagoan.

3. Zaintza eta jagoletza partekatua

Baina, azken finean, zer da jagoletza partekatua? Eta bide batez, egokia al da instituzioa hau? edozein delarik bi pertsonak elkarrekin duten erlazioa, hauek beraien seme-alabekiko guraso ahala izango dute Kode Zibileko 92.1 eta 154 artikuluek aurreikusten duten moduan. Zentzu honetan, gurasoen arteko banaketa, dibortzioa edo ezkontza deuseztasunak ez dizkio gurasoetako inori –pisuzko arrazoi bat egon ezean guraso ahala kentzeko, Kode zibileko 92.4 artikuluan esaten den moduan– bere ondorengoekiko dituen obligazio eta eskubideak gutxietsiko; beraz, printzipioz, guraso ahala biek mantentzen dute osotasunean. Aldiz, zehaztu beharra egongo da bikote krisi egoera baten ondorioz, bi gurasoetako nork duen zaintza zentzu hertsian, hau da, nor biziko den ohikotasunez seme-alabekin, eta bide batez, elkarbizitza honek ekartzen dituen eguneroko erabakiak nork hartuko dituen, hala nola, janaria, zaintza, hezkuntza, behatzea... hau da eztabaidatzen den eremua, hauek baitira zaintzak ematen dituen zereginak.

Jagoletza gurasoetako bakarrak badu seme-alabak ohikotasunez berarekin biziko dira eta beste gurasoak bisita erregimen bat –zabalagoa edo murritzagoa– izango du. Aldiz, bi gurasoek izanez gero jagoletza seme-alabak biek in aldiro elkar biziko dira, honek dakartzan erabakiak eta jarduerak bien artean banatu beharko direlarik adosturiko denbora irizpideen barne (asteko egun batzuk guraso batekin eta beste egunak bestearekin, edo hilero seme-alabak guraso ezberdinekin egotea, edo denboraldi luzeagoetan banatzea).

Honen harira, badira hainbat autore diotenak azken finean «partekatua» terminoa ez dela egokia, hau da, ez duela deskribatzen benetan errealitatean ematen den egoera⁶. Hauen argudioa da, gurasoek bere seme-alaben zaintza el-

⁶ VIÑAS MAESTRE, Dolores, Medidas relativas a los hijos menores en caso de ruptura: Especial referencia a la guarda, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, 3, 2012, 6-12. or, «zaintza partekatua» kontzeptuaren egokitasuna jartzen du zalantzan, kontutan hartuta bere izaeran ez dagoela zaintza konpartitu bat denbora berdinean, baizik eta jagoteko ardura altemoa dago, guraso bakoitzari tokatzen zaionean egikaritzen duena. Aipatzen du ere, Autonomia Erkidego ezberdinetan kontzeptu alternatiboak finkatzen ari direla, baina bere ustez proposamen egokia da «zaintza altemoa»: *Ante tal variedad de modelos y de términos resulta todavía más complejo delimitar el concepto y contenido de lo que debe entenderse por custodia compartida. Quizá la conclusión más acertada sea la de considerar que más que compartir, pues las responsabilidades y obligaciones respecto a los hijos, salvo que se diga expresamente lo contrario, siempre se comparten, se trata de establecer la alternancia de ambos progenitores en el cuidado y tenencia de sus hijos después de la ruptura de la convivencia en común. La mayor parte de los autores entienden que sería más ajustado hablar de custodia alterna en lugar*

karbanatua izatea edo bakarrak izatea eta besteak bisita erregimena, azken finean oinarrian berdina dela, zeren bakoitzak umeak berarekin dituen zaintza hori egikaritzen duela. Desberdintasuna litzateke epeak konpentsatuagoak direla. Beraz, badira hainbat autore «zaintza eta jagoletza alternoa» terminoa defendatzen dutenak, partekatuaren ordez.

Noski, hau horrela izanik, partekaturiko erregimenaren abantaila nagusia da adin txikiak bi gurasoekin erlazioa mantenduko dutela berdintasunez, zeren epealdi luzeago edo laburragoan baina biek biziko da adin txikia; aldiz, desabantaila ugari izan ditzake ere konponbide honek. Besteak beste, arazo posiblea seme-alabei ezegonkortasun egoera bat sortu ahal zaiela izango da, zeren finkaturiko irizpideen arabera hauek bi gurasoen etxeetan bizi beharko dute aldiro, honek umei nolabaiteko «bidaiari» izaera ezarri ahal diolarik. Honen harira, bi gurasoek egoera ekonomiko eroso izatea eskatuko du, zeren biek etxebizitza egoki bat izan beharko dute seme-alabei –bat edo batzuk– gutxiengo azpiegiturak eskaintzeko.

Baina, azken batean, zer da gaur egun zaintza eta jagoletza partekatua bezala ezagutzen duguna⁷? Lehen irakurketa batean esan dezakegu dela guraso ahalaren egikaritzea partekatu bat, non, hau aurrera eramateko erabakiak elkarren artean hartuko diren. Aldiz, guraso ahalaren ezaugarri garrantzietakoa elkarbizitza da, eta hau modu zatikatuan burutuko da jagoletza partekatuan, eta guraso bakoitzari dagokion unean honen ondorio zuzenak bere gain hartuko ditu banaka, hala nola, janaria, babes, hezkuntza eta erantzukizunak. Beraz, zaintza eta jagoletza partekatuan zeregin hauek modu alternoan burutuko dira.

Aldiz, aurrekoan esaten genuenaren harira, zaintza eta jagoletza partekatua aipaturiko banaketara mugatzen bada, soilik zaintza alterno bat litzateke⁸. Nire ustez, zaintza partekatua urrunago doan zerbait da ordea; honek suposatzen du guraso ahalaren egikaritzea beharrezkoak diren erabakiak gurasoen artean

de custodia compartida. PINTO, C., La custodia, 147-148. or., baita irakurketa hau egiten du, hau da, zaintza eta jagoteko ardura partekatua azken finean guraso bakoitzari seme-alaben zaintza dagokionean egikaritzea dela.

⁷ Zaintza eta jagoletza partekatuaren inguruan azterketa sakonak burutu dira ondorengo lanetan: ÁGUEDA RODRÍGUEZ, Ricardo Miguel, *El interés del menor en la guarda conjunta, con especial atención a los supuestos de violencia*, Tesis doctoral dirigida por Inmaculada Vivas Tesón, Sevilla: Universidad de Sevilla, 2015. 100-175. or.; ECHEVERRÍA GUEVARA, Lissette, *La guarda y custodia compartida de los hijos*, Tesis doctoral dirigida por Guillermo Orozco Pardo, coordinado por Carlos Emilio Gómez Pineda, Granada: Universidad de Granada, 2011, 67-144. or.

⁸ PINTO, C., La custodia, 149. or., esaten duen moduan, gainera, denboraren banaketa hau ez da zertan erdibana izan behar, baizik eta posible da hitz egitea zaintza eta jagoletza partekatuaz, nahiz eta denbora ez banatu zehazki erdibana.

konpartitu eta adostu beharko direla⁹, beti seme-alaben interesaren alde jardunez. Honela, nolabaiteko guraso ahal konpartitu eta kooperatzaile bat emango litzateke, alde batera utziz ezkontza krisien ondorioz seme-alabekiko oraindik ere¹⁰ sortzen diren bi paperak, hau da, gurasoetako batek –normalean ama– guraso ahala egikarrituko duela eta besteak –normalean aita– «bisitari» huts bat dela¹¹.

III. ARAUDIA

Gaur egun zaintza eta jagoteko arduraren inguruko araudia Kode Zibilean aurkitzeaz gain hainbat Autonomia Erkidegoetako araudi propioetan ere badugu. Hain zuzen ere, Aragoa, Katalunia, Nafarroa, Valentzia eta Euskal Autonomia Erkidegoak beraien araudi propioa dute zaintza eta jagoletzari buruzkoa, hauetako lurralde bakoitzeko araudiak bere gorabeherak izan dituelarik. Aztertu dezagun bakoitzaren orainarteko ibilbidea.

⁹ CASTAÑOS, P., La guarda, 67. or., iritzi berdina jasotzen du: *Desde el momento en el que ambos progenitores ejercen en plano de igualdad y deciden sobre todas y cada una de las cuestiones ordinarias a las que se van enfrentando, la custodia compartida habrá cubierto sus expectativas. No se trata sólo, por tanto, de repartir tiempos, sino de compartir y corresponsabilizarse en las funciones que de la patria potestad se derivan.*

¹⁰ Oraindik ere esaten dugu, zeren datuak ikusirik argi dago gaur egun zaintza eta jagoletza partekatua portzentaia oso baxua dela amaren aldekoarekiko: «asumido la custodia compartida (10,5% en el año 2010; 12,3% en 2011 y 14,6% en 2013) sin embargo, todavía existe una diferencia importante respecto a la atribución de la custodia materna (83.2% en 2011, 81,7% en 2012 y 75.1% en 2013). ALCÁZAR RUIZ, Rafael, Diseño de una escala para la evaluación de la custodia compartida en el ámbito judicial, *Azarbe: Revista Internacional de Trabajo Social y Bienestar*, 3 (2014), 273. or.

¹¹ Definizio egoki eta oso osatua ematen du PINTO, C., La custodia, 149-150. or.: *De modo que la custodia compartida podría definirse como una forma de atribución del ejercicio de la función de convivencia y cuidado directo de los menores, en favor de ambos progenitores tras la ruptura de éstos, por periodos de alternancia equitativos, más que igualitarios, y para cuya adecuada comprensión debe prevalecer la idea de corresponsabilidad parental, debiendo ponderarse tanto el elemento cuantitativo (en cuanto a tiempo, frecuencia y regularidad del cuidado del menor) como el cualitativo (cuánto tiempo, cómo, con qué contenido) referido en la implicación real y efectiva del progenitor en la crianza del menor. Aunque la cantidad de tiempo es importante, lo esencial es la coparentalidad. En síntesis, lo característico de la custodia compartida, más que una cierta igualdad de tiempos de cuidado -que también lo es- reside en la real, efectiva y equitativa implicación de ambos progenitores en el cuidado del hijo menos tras su ruptura, en su doble vertiente: material y emocional. Como muy agudamente señala la STSJ Cataluña 1ª de 31 de julio de 2008 lo cierto es que bajo la denominación equívoca de «custodia compartida» pueden hallar amparo muchas y diversas situaciones de convivencia de los hijos con sus progenitores -partida, repartida, rotativa, alterna, conjunta-, que supongan un reparto no necesariamente igual del tiempo de convivencia con cada uno de los padres y/o de las tareas o funciones que en relación con su cuidado diario cada uno de ellos se obligue a asumir, en razón a muy diversos factores (la diferente edad de los niños, su comodidad y confort, su aprovechamiento escolar, sus problemas evolutivos particulares, el horario laboral y la disponibilidad efectiva de los padres, etc.).*

1. Estatuko araudia

Aipaturiko kontzeptuen inguruan gaur egun Kode Zibilak jasotzen duen irizpidera iristeko ibilbidea hiru fasetan banatu daiteke:

1) Kode Zibilaren erreforma garrantzitsua ekarri zuen 30/1981, uztailaren 7ko, Legearen aurretik (lege honetan arautu zen ezkontzaren erregimen berria eta deuseztasun, banaketa eta dibortziorako prozesua finkatu zen), familia eredu patriarkatuan oinarritzen zen eta amak zuen umeen zaintzaile rola bereganatua modu eksklusiboan. Hori bai, seme-alaben inguruan erabakiak hartzerako orduan aita zen legitimatua.

2) Aipaturiko 1981eko erreforma eta gero, Kode zibilaren 154. artikulua izaera aldatu egin zen. Bertan finkatu zen zaintza egikaritu behar zela umeen onuran, baina interes honen parekoa zen gurasoen interesa. Beraz, lehen aldiz umeen interesak kontutan hartzen ziren araudiaren barnean, nahiz eta ez izan gurasoen interesen gainetik, baina behintzat kontutan hartzea aurrera pausua izan zen. Aldiz, 1981eko erreforma ondoren, oraindik ere banaketa eta dibortzio sistema kausal batean oinarritzen zen, eta beraz, zaintza eta jagoletza gabe uzten zitzaion oraindik ere ezkontide «errudunari». Aldiz, amaren aldeko sistema bat zegoen finkatua garai honetan, nahiz eta 11/1990, urriaren 15eko legeak Kode Zibilaren 159. artikulua erreformatu zuen eta, eta sexuagatiko diskriminazio ezaren printzipioa aplikatuz, finkatu zen ez zela jasoko araudian 7 urte baino gutxiagoko umeak amarekin egon behar zutela arau orokor moduan; hori bai, epaitegiek ez zuten irizpide hau erabatean bereganatu.

3) Gaur egun araudian aldaketa handi bat burutu da 1/1996, urtarrilaren 15eko Lege Organikoa (Adin txikiaren Babes Juridikoarena) eta 15/2005, uztailaren 8ko Legea (banaketa eta dibortzioetarako Kode Zibila eta Prozedura Zibilaren Legea aldatzen duena) direla medio¹². Lehenengoak umeen interesak guztiaren eta guztien gainetik jartzen ditu, eta bigarrenagoak banaketa eta dibortzioa kausal izateari bertan behera utzi zion. Eztabaidagarria da ea aldaketa

¹² CASTAÑOS, P., La guarda, 63-64. or.: *Hasta la promulgación de la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, el modelo seguido por la legislación civil en referencia a las relaciones paterno-filiales había sido el ejercicio conjunto de las funciones de guarda y custodia si la convivencia se conservaba entre los cónyuges o la atribución exclusiva a uno de los progenitores, en general a la madre, si no existía consenso en la separación o el divorcio. Era la situación que imperaba hasta entonces, en la que el modelo de familia era uno, concreto y tradicional. Sin embargo, lo cierto es que la sociedad ha ido evolucionando hasta concebir nuevos modelos de familia. Los motivos de todo este cambio social y estructural de la familia se han ido perfilando también a lo largo de los años: la incorporación de la mujer al ámbito laboral, la incorporación del hombre a las tareas domésticas, el aumento del número de separaciones y divorcios, la disminución del número de hijos, el cambio en las relaciones paterno-filiales..., etc.*

hauek epaitegietako errealitatean ematen ari diren bere osotasunean, baina egia da gaur egun ez dela legezkoa banaketa edo dibortzioaren «erruduna» zigortzea umeen zaintza eta jagoletza kenduz; eta bide batez ere, jagoletza partekatuaren lehen bisibilizazio juridikoa (honek ez du esan nahi aurretik debekatua zegoenik, soilik ez zen araudian jasotzen) ematen da espainiar araudian¹³. Aldiz, Kode Zibilaren 92. artikulua aldaketak nahikoa kritika jaso zituen. Bai doktrina eta baita praktika judiziala testuarekin oso kritikoak erakutsi ziren honen aplikaziorako finkatzen ziren zailtasunengatik, jasotzen zituen gehiegizko baldintzengatik eta arazo prozesalak zirela eta.

Esan daiteke Kode Zibileko 92. artikulua erreforma burutu zela presio sozialagatik, eta baita epaitegietan hartzen ari ziren erabakiengatik, zeren Jurisprudenzian aldaketak ematen ari ziren, baina emaitza, hau da, Kode zibileko 92. artikulua erredakzioa ez zen batere egokia izan ordurako ematen ari zen mugimenduen aurrean¹⁴.

¹³ DE TORRES, J. M., La alternativa, 9-10. or., honi buruz hitz egiten du. Baita ere, CASTAÑOS, P., La guarda, 63-64. or., dio *la Ley del 2005, en este sentido, ha intentado dar respuesta a lo que la sociedad estaba demandando de una u otra forma, siendo así como el art. 92 de nuestro Código civil acoge una nueva redacción. La crisis en el ámbito del derecho de familia ha quedado patente. Desaparece el divorcio causal, se hace innecesario el paso previo de la separación para la obtención del divorcio, los plazos para la obtención del mismo se abrevian, y como colofón de la reforma, se introduce un sistema de distribución de funciones parentales, hasta ahora excepcional, nos referimos a la guarda y custodia compartida. No ha sido una sorpresa que el legislador decidiera incluir entre las reformas el tema de la custodia compartida, pues se intentaba simplemente adecuar la ley a la organización familiar. No obstante, el hecho de que hoy la modalidad de guarda y custodia compartida se vea como una medida normal, no excluye ni le atribuye carácter preferencial sobre la custodia en exclusiva a uno de los progenitores. En nuestro ordenamiento jurídico, la regla general sigue siendo la guarda atribuida a uno de ellos, mientras que la custodia compartida quedará relegada a la categoría de excepción. El legislador en esta ley decidió otorgar relevancia a dicha modalidad porque la sociedad lo estaba pidiendo. Así los padres querían seguir actuando como tales sin quedar relegados a la categoría de meros visitantes; las madres por su parte querían ver cubiertas sus expectativas laborales, se lograría, en definitiva, el tan deseado reparto de funciones entre los progenitores. Ello por supuesto, sin olvidar que todo giraba en torno a lo que fuese mejor y más beneficioso para los hijos. El interés del menor. Y es que la adopción de esta medida está presidida por un principio informador, elevado a la categoría de principio fundamental como es el denominado «interés del menor». Sobre la base del mismo se decidirá o no la adopción de la custodia compartida.*

¹⁴ GONZÁLEZ DEL POZO, Juan Pablo, La necesidad de una completa regulación de dos cuestiones trascendentales en la futura Ley estatal de custodia compartida, *Diario La Ley*, 11 (2016), 4. or.: *Junto con los modelos del derecho comparado y de las leyes autonómicas españolas, la tercera y última fuerza que ha confluído para generar en nuestro país un claro movimiento doctrinal y sociológico en pro de la custodia compartida, es, sin duda, la jurisprudencia del Tribunal Supremo elaborada a partir de la reforma del artículo 92 del Código Civil (LA LEY 1/1889) llevada a cabo por la Ley 15/2005, de 8 de julio (LA LEY 1125/2005), que introdujo por primera vez, con esa denominación, la custodia compartida, jurisprudencia que ha conferido el carácter de sistema de custodia ordinario o normal al régimen de custodia compartida regulado en el artículo 92 del CC como excepcional.*

Kode Zibileko 92.5 artikularen arabera, bi alderdiak ados egonez gero irizpide partekatua aldeko erabakia hartu daiteke bikote ohien seme-alaben zaintza antolatzeko. Bestalde, artikul bereko zortzigarren atalean jagoletza partekatua aukera aurreikusten da baita ere alderdietako batek soilik eskatzen duen kasuetarako, betiere Ministerio Fiskalaren txostena jaso ondoren¹⁵, eta adin txikiaren interesarentzat egokia dela erabakitzen badu epaileak.

Bereziki kritikatu izan da orain aipaturiko 92.8 artikulua, ulertzen baita adostasunik lortu ezean bikote ohien artean (Kode Zibileko 92.5 artikuluan ezarzen den moduan) ezohikotasun izaeraz soilik finkatu ahal dela jagoletza partekatu erregimena, eta betiere, betebeharrak gogorragoak betez gero. Planteamendu hau dela eta, elkarte desberdinak indar handia ari dira egiten jagoletza partekatua izatera aldatzeko, eta lehentasunezko irizpide bihurtzeko seme-alabekiko bikote krisien aurrean.

Hiru fasetako eboluzio honek laugarren bat izateko aukera izan zuen, azkenean bideratu ez zena. Hain zuzen ere, 2013ko uztailaren 19an estatuko gobernuak onartu zuen «jagoletza partekatua lege aurreproiektua» bezala ezagutua izan zena. Azkenean, ez zen lege proiektu izatera pasa, eta bertan finkatzen ziren irizpideak ez ziren Kode Zibilean islatu¹⁶.

Aurreproiektu honek, beste hainbat aldaketen artean, ez zuen finkatzen jagoletza partekatua lehentasunezko irizpide moduan, ezta banakakoa ere; beraz, berdintasun batean jasota, hau epailearen iritzipean uzten zen. Aldiz, Kode Zibileko 92.8 artikuluari eman nahi zitzaion edukiaren arabera, epaileak aukera zuen zaintza partekatua alde egiteko, nahiz eta gurasoetako inork ez eskatu. Hori bai, aurreproiektuaren laugarren atalean esaten zen moduan, araudi aldaketa honen izpirituetako bat da kontzientziaztea gurasoak modu adostu batean jagoletza partekatua aldeko apustua egitea¹⁷. Beraz, gurasoen arteko ados-

¹⁵ Kode Zibileko 92.8 artikulua erreformatu zenean hasieran eskatzen zen ministerio fiskalaren txostena aukera honen aldekoa izan behar zela. Aldekoa izateko irizpidea errekurritua izan zen, eta Konstituzio Auzitegiak 2012ko urriaren 17ko epai bidez «aldekotasun» izatera honen beharra konstituzio kontrako zela esan zen, eta ondorioz, deuseza.

¹⁶ Lege aurreproiektu honen edukia aztertzen du GONZÁLEZ DEL POZO, J. P., *La necesidad*, 9-10. or.

¹⁷ Aurreproiektu legearen Zioen Azalpenean laugarren zatian jasotzen da: *se considera necesario concienciar a los progenitores sobre la necesidad de presentar y la importancia de pactar, en caso de ruptura o de no convivencia, un plan de ejercicio de la patria potestad, como corresponsabilidad parental, en relación con los hijos. Ese plan debe incorporarse al proceso judicial (artículos 770 y 777 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), y será un instrumento para concretar la forma en que los progenitores piensan ejercer sus responsabilidades parentales, en el que se detallarán los compromisos que asumen respecto a la guarda y custodia, el cuidado y la educación de los hijos, así como en el orden económico. Sin imponer una modalidad concreta de organización, con ello se alienta a los progenitores, tanto si el proceso es de mutuo acuerdo como si es contencioso (artículos 90 y 91 del Código Civil), a organi-*

tasuna bultzatzea zen aurreproiektuaren helburuetako bat, prozesua ahalik eta gutxien judzializatzeko, baina beti epailea izango zen baieztatu behar zuena hartutako erabakia egokia zela umearen interesarentzat.

2. Autonomia erkidegoetako araudia

Esan moduan, espainiar araudi zibilak berean jarraitzen du zaintza eta jagoletza partekatuaren inguruan, hau da, 2005ean burutu zuen «erdizkako» al-daketa horretan oinarritzen da gaur egungo irizpide juridikoa. Honek noski, ez du asetzen hainbat kolektibo egiten ari diren eskaera zaintza eta jagoletza partekatu lehentasunezko irizpidea izateko alde. Hori dela eta, zenbait Autonomia Erkidegoetan ezkontza krisien inguruko irizpideetan araudi aldaketak ematen ari dira, honen ildora, jagoletza partekatuari lehentasunezko izaera aurreikusiz¹⁸. Horrela, lurralde hauek bat egiten dute Europa mailan gai honen inguruan indartzen ari den korrontearekin.

Honela, Aragoan (2/2010 Legea, maiatzaren 26koa) eta Valentzian (5/2011 Legea, apirilaren 1ekoa) jagoletza partekatuari lehentasunezko tokia aurreikusten zaio araudian gainontzeko zaintza aukeren aurretik; Katalunian (25/2010, uztailaren 29ko Legea) eta Nafarroan (3/2011, martxoaren 17ko Lege forala) aldiz, lehentasunezko izaera aurreikusi ez arren, honek galdu du hainbeste kritikatzeko den ez ohikotasun izaera. Eta azkenik, Euskal Autonomia Erkidegoak 7/2015, ekainaren 30eko Legean arautu da zaintza eta jagoletza partekatu lehentasunezko aukera moduan.

Aldiz, orokorrean, Autonomia Erkidegoek onartu berri dituzten arau hauetan ez dute soilik jagoletza partekatu lehentasunezko irizpide moduan jarri; bikote krisiek berarekin dakartzaten beste hainbat arazori ere aurre egin diote, hala nola, mantenu pentsioak, ohiko etxebizitzaren erabilera...

zar por sí mismos y responsablemente el cuidado de los hijos con ocasión de la ruptura, de modo que deben anticipar los criterios de resolución de los problemas más importantes que les afecten. Quiere favorecerse así la concreción de los acuerdos, la transparencia para ambas partes y el cumplimiento de los compromisos conseguidos. Honez gain, familia bitartekotasunaren aldeko apustua egiten da ere, bertan finkatuz: Se incorpora expresamente la posibilidad, no la obligación, de que los progenitores, de común acuerdo o por decisión del Juez, acudan en cualquier momento a la mediación familiar para resolver las discrepancias derivadas de su ruptura, debiendo ser aprobado judicialmente el acuerdo al que lleguen.

¹⁸ MARTÍNEZ SANCHÍS, Nuria, La guarda y custodia compartida en el derecho autonómico. Estado actual de la cuestión, *Actualidad jurídica iberoamericana*, 5 (2016), or. 77 dio *Todas ellas se han movido en una misma línea, si bien con diferentes matices, algunos de singular importancia como seguidamente expondré, dando lugar a un variado mapa legislativo*. Baita jorratzen dute araudi desberdinen arteko egoera VIÑAS, D., Medidas relativas, 17-20. or.; DE TORRES, J.M., Custodia compartida, 46-51. or.

2.1 Aragoi

1/2011, martxoak 22ko Dekretu Legegilearen bidez onartu zen Aragoako Zuzenbide Foraleko Kodeak¹⁹, bere 80.2 artikulua finkatzen du gurasoen arteko itunik ezean, epaileak zaintza eta jagoletza partekatua alde egingo duela adin txikiaren interesaren alde egiteko asmoz, banakako zaintza eta jagoletza hautzat egokiagoa ez bada behintzat²⁰.

2.2. Valentzia

Valentziako Generalitatak onartutako 5/2011, apirilaren 1eko Legeak, bere 5. 2 artikuluan elkarrekin bizi ez diren guraso eta seme-alaben ohiko elkarbizitza sistema partekatua dela finkatzen du²¹, gurasoetako bat honen aurka egon arren edo hauen arteko harremana ona ez izan arren. Soilik gurasoetako baten jagoletzaren alde egingo da baldin eta txostenak badaude erabaki honen egokitasuna defendatzen dutenak.

Argi ikus daiteke, Aragoiko lehentasunezko irizpidea konpartitzen duela, baina pauso bat gehiago emanez: baita finkatzen du jagoletza partekatua gurasoen harremana baloratu gabe.

¹⁹ Aragoako araudia aztertu du, LÓPEZ AZCONA, María Aurora, El tratamiento en derecho español de la custodia de los hijos menores en las crisis de pareja: la novedosa opción del legislador aragonés por la custodia compartida. *Revista Boliviana de Derecho*, 19 (2015), 206-235. or. Baita, CALLIZO LÓPEZ, María Ángeles, Breve análisis de los factores legales a ponderar por el/la juez al decidir sobre el régimen de guarda y custodia de los hijos en Aragón, *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, 30 (2012), 19-33. or.

²⁰ MARTÍNEZ, N., La guarda, 81-82. or.: *De la literalidad del precepto pudiera desprenderse que el Juez podría adoptar la medida aún en el supuesto de que los padres hubieran acordado la custodia individual, pues si bien es cierto que el Juez debe tener en cuenta el llamado pacto de relaciones familiares que debe presentar cada progenitor, el único principio al que debe atender y que le vincula, es el interés superior del menor*¹⁰. No obstante, dicha decisión del Juez apartándose de la voluntad de los padres, vulneraría el derecho a la libertad de éstos para elegir la modalidad de custodia que más se adecue a las necesidades de sus hijos. Por lo tanto, en los supuestos en los que haya acuerdo por parte de los progenitores, el Juez debe ceñirse a dicha voluntad, y ello salvo que situaciones excepcionales en donde pudieran derivarse consecuencias dañosas para los menores. Por lo tanto, y en defecto de pacto entre las partes, el Juez podrá acordar la custodia compartida o la individual, aunque la demande uno sólo de los progenitores y que la oposición de un progenitor a la custodia compartida (art. 80.5 Código aragonés), no será causa suficiente para considerar que no procede adoptar el régimen de custodia compartida solicitado por el otro.

²¹ Honen inguruan sakondu du ALGARRA PRATS, Esther; BARCELÓ DOMÉNECH, Javier, Custodia compartida y mediación familiar en el derecho civil valenciano: criterios para la determinación del interés del menor, *Actualidad jurídica iberoamericana*, 2 (2015), 789-796. or. Baita, SORIANO MARTÍNEZ, Enrique, La ley valenciana de relaciones familiares de los hijos e hijas progenitores no conviven, nuevas tendencias en el derecho de familia, *Revista de derecho civil Valenciano*, 9 (2011), 1-10. or.

Aipagarria da Valentziako lege honen aurka konstituziokontrokotasun errekurtoa (3859/2011 errekurtoa) tarteratu zela²². Errekurtsoaren arrazoia izan zen Valentziak ez zuela eskumenik eremu zibileko gai hau arautzeko, eta Konstituzio Auzitegiak 2016ko azaroaren 16ko epai bidez errekurtsoko argudioak ontzat eman ditu, legea bertan behera geldituz²³.

2.3. Katalunia

25/2010, uztailaren 29ko Lege bidez onartu zen Kataluniako Kode Zibilaren bigarren liburuak (pertsonek eta familien ingurukoak), 233.8.1 eta 233.10.2 artikuluen bidez zaintza eta jagoletza partekatua lehentasunezko eredu bezala finkatzen du, Aragoi eta Valentziako sistemak baino arinagoa izanik, zeren ez dio derrigorrezkotasun izaera ematen, nahiz eta bai kontuan hartu beharreko lehen irizpidea izan.

Aldiz, azpimarratzen du jagoletza sistema erabakitzeko irizpide nagusia adin txikiaren interesa dela. Honela, araudiak finkatzen du gurasoetako bakoitzak aldarrikatzen duen jagoletzaren egokitasunaren frogaren karga izango dela, bereziki frogatu beharko delarik umeentzako egokiena dela.

Beraz, epaileak adin txikiaren interesa da babestu behar duena, eta horren arabera finkatu zein den jagoletza sistema egokiena, ez izanik derrigorrezkoa partekatua izatea (gurasoen harremana ona izan ez arren, adibidez Valentzian bezala), baina kontuan hartu beharreko lehen aukera izan behar da²⁴.

²² Baita Valentziako 10/2007, martxoak 20ko, ezkontza eraentza ekonomikoen legearen aurka eta 5/2012, urriaren 15eko, izatezko bikoteen legearen aurka egin zen bezala. Lehenengoa konstituziokontrokota zela esanez, eta bigarrena partzialki ere.

²³ <http://noticias.juridicas.com/actualidad/noticias/11478-el-tc-anula-la-ley-valenciana-de-custodia-compartida/> estekan irakurri daiteke epaiaren balorazio interesgarri bat, bertan esaten delarik: «En cuanto al alcance del pronunciamiento de inconstitucionalidad, señala el Tribunal que no afectará a situaciones jurídicas ya consolidadas, esto es, a las decisiones adoptadas por los tribunales durante el tiempo de vigencia de la ley ahora anulada, y ello conforme al principio de seguridad jurídica. Ello implica que los regímenes de guarda y custodia establecidos judicialmente y adoptados bajo la supervisión del Mº Fiscal, continúan rigiéndose tal y como se haya establecido judicialmente, en atención al beneficio del menor. Esto significa que el pronunciamiento del TC no conlleva forzosamente la interposición de una modificación de medidas ex artículo 775 LEC».

²⁴ MARTÍNEZ, N., La gaurda, 87-88. or.: *Por lo tanto, y aunque no conste expresamente reconocido, del texto catalán se desprende que la opción preferente para el legislador catalán es también la guarda y custodia compartida, pues la expresión «sin embargo» denota que la excepcionalidad se predicará de la custodia individual y no de la compartida. El criterio jurisprudencial consolidado es que el sistema que mejor garantiza la estabilidad de los hijos tras el divorcio es el ejercicio conjunto de la custodia. No obstante, en la aplicación de la doctrina al caso concreto, el Juez deberá indagar la idoneidad de cada uno de los progenitores con el régimen de guarda, y la «idoneidad» de la modalidad de ejercicio de la potestad y del sistema de custodia que se implante.*

2.4. Nafarroa

Nafarroako 3/2011, martxoaren 17ko Lege foralak (elkarbizitza amaitzen den gurasoen seme-alaben jagoite ardurari buruzkoa) ez du bere 3.3 artikuluan lehentasunezko irizpiderik finkatzen. Araudi honetan bi jagoletza sistemak arautzen ditu, inongoaren alde egin gabe modu argi batean, epaileei askatasuna emanaz egokiena aukeratzeko adin txikien intereserako; betiere kontuan izan behar-ko da ordea, gurasoetako bakoitzak aurkezten duen aukera, eta hauek baloratu arauan bertan jasotzen diren irizpideen arabera.

Gainera, ez da beharrezkoa izango bi gurasoek adostasunez jagoletza partekatua aldeko aukera egitea, baina bai gutxienez gurasoetako batek eskatzea. Ondoren, ministerio fiskala entzungo da eta beharrezkoak diren txostenak eskatuko dira umeen interesa defendatzeko sistema egokienaren aldeko erabakia hartu ahal izateko epaileak (3.2 artikulua).

2.5. Euskal Autonomia Erkidegoa

Gure lurraldea izan da azkena estatuan jagoletza partekatua arautu duena 7/2015, ekainaren 30eko Legearen bidez. Honek ere bat egiten du bere 9.3 artikuluan lehentasunezko izaera ematearekin zaintza partekatuari (ez Aragoa eta Valentzia bezain sutsu), betiere ez badoa adin txikien interesaren aurka eta gero jorratuko ditugun ezaugarri batzuk errespetatuz gero.

Gainera, esaten du gurasoetako bat erregimen honen aurka egoteak ez duela ekarriko aukera hau bertan behera gelditzea. Aurrerago sakonduko dugu gure lurraldean dagoen araudia jagoletza partekatua inguruan.

IV. JAGOLETZA PARTEKATUA ESTATUKO KODE ZIBILEAN ETA EUSKAL AUTONOMIA ERKIDEGOKO 7/2015, EKAINAREN 30EKO LEGEAN

Behin definituta zer den jagoletza partekatua, eta honen inguruan ematen diren araudi desberdinak, interesgarria da aztertzea Kode Zibilak finkatzen dituen irizpideak jagoletza sistemak definitzeko, gero alderatu ahal izateko Euskal Autonomia Erkidegokoko araudiarekin.

1. Kode Zibila

Ezin daiteke esan Kode Zibilak irizpide argi eta zehatzak finkatzen dituenik epailearentzat erabakitzeke zein jagoletza eredu den egokiena kasu ba-

koitzean. 92. artikulua da modu orokor eta nahastu batean irizpide desberdinak jasotzen dituenak epaileak jagoletza sistema definitzerakoan kontuan hartu beharrekoak.

Honela, 92.2 artikulua dio adin txikia entzuna izan behar dela prozesu hauetan. Hau esan ondoren, 92.3 artikuluan finkatzen da jagoletza kendu daitekeela gurasoetako bati, prozesuan zehar hau gomendatzen duen egoeraren bat argitzen bada. Honen harira, 92.7 artikulua dio:

«Baterako jagoletza ez da bidezkoa izango, gurasoetatik edozeinen aurka zigor-prozesua hasi denean, guraso horrek beste ezkontidearen edo bi-biokin bizi diren seme-alaben bizitza, osotasun fisiko, askatasun, osotasun moral edo sexuaskatasun nahiz -ukigabetasunaren aurka atentatzeagatik. Jagoletza hori ez da bidezkoa izango, halaber, epaileak etxeko indarkeriaren zantzu oinarridunak atzematen dituenean, alderdien alegazioak eta egindako frogak kontuan hartuta».

Ondoren, legeak dio baita adostu daitekeela gurasoen artean edo epaileak erabaki dezakeela gurasoetako bati finkatzea jagoletza (92.4 artikulua) edo partekatua izatea (92.5 artikulua).

Honela, 92.5 artikuluan finkatzen da bi gurasoek adostasunez beraien hitzarmen arautzailean adosten dutenean jagoletza partekatua, epaileak honen alde egiteko beharrezko neurriak finkatuko dituela. Aldiz, erabaki hau finkoa izateko beharrezkoa da, 92.6 artikuluan dioen bezala, hurrengoak burutzea²⁵:

1. Ministerio Fiskalaren txostena jaso.
2. Adin txikia entzutea²⁶, honetarako juizio nahikoa duela uste bada, eta ofizioz, fiskalak, alderdiek edo prozesuan parte hartzen duten teknika-riek egokia dela uste badute.
3. Prozesuan alderdiek eginiko ekarpenak baloratzea, eta baita burutu diren frogak.
4. Gurasoak beraien artean, eta umearekin duten harremana egokia dela baieztatzea.

Azkenik, 92.8 artikuluan finkatzen da ezohikotasunez epaileak, gurasoetako bakarrak eskatuta, posible izango duela jagoletza partekatuaren aldeko era-

²⁵ Baldintza hauek aztertzen ditu: GARCÍA PRESAS, Inmaculada, *Guarda y custodia de los hijos*, Lisboa: Juruá, 2015, 73-82. or.

²⁶ Adintxikia entzuna izatearen eskubidea gurasoen elkarbizitza amaitzen den prozesuetan asko landu den gaia da doktrinan. Honen adibide dira, ZAERA NAVARRETE, Juan, La audiencia al menor en los procesos de crisis matrimonial: comentario a la STS 413/2014, de 20 de octubre, *Actualidad jurídica iberoamericana*, 3 (2015), 795-810. or.; RODA Y RODA, Dionisio, *El interés del menor en el ejercicio de la patria potestad: El derecho del menor a ser oído*, Tesis doctoral dirigida por Isabel González Pacanowska y Carmen Leonor García Pérez, Murcia: Universidad de Murcia, 2014, 215-280. or.

bakia hartzea, ministerio fiskalaren txostenarekin, betiere adin txikiaren interesa babesten bada.

Ikusi daitekeen moduan, Kode Zibilak ez ditu finkatzen irizpide zehatzak kontuan hartu beharrekoak jagoletzaren baldintzak definitzeko. Azkenean, epaitegi eta auzitegietako egunerokotasunak definitu ditu kontuan hartzen diren irizpideak bikote krisi baten ondorioz adin txikiak diren seme-alabekiko jagoletzaren nondik-norakoak definitzeko²⁷: gurasoen gaitasuna, umeak eta guraso bakoitzaren arteko lotura, egunerokotasunean zaintzaile nagusiaren irizpidea, umeak entzun eta hauek esaten dutena, psikologo eta gainontzeko teknikarien txostenak, gurasoen arteko harremana eta komunikazioa, gurasoetako bakoitzaren irizpideak umeen hezkuntza estiloa eta bestelako gaietarako, umeen adina, gurasoetako bakoitzaren etxebizitzaren tokia eta baldintzak, bakoitzak egiten duen lanaren izaera eta ordutegiak edo anai arrebak ez banatzea²⁸.

Azken finean, araudiak irizpide objektibo eta zehatzak finkatzen ez dituenetz, epaileak diskrezionaltasun osoz jardun beharko du, aipaturiko kontzeptu hauek edo beste edozein kontuan hartuz, jagoletza sistema egokiena definitzeko kasu bakoitzerako. Aldiz, epaileek beti oinarrian izan behar duten erreferentzia da adin txikiaren interesaren alde hartu behar direla erabakiak, hau da, prozesu hauetan adin txikiaren interes gorenaren dela bermatu behar dena²⁹; baina zer da adin txikiaren interes gorenaren³⁰?

1/1996, urtarrilaren 15eko, Adin txikiaren Babes Juridikorako Lege Organikoak adingabeen interes gorenaren kontzeptua Zuzenbideko klausula orokor moduan finkatu du. Honek duen izaera orokorra dela eta, familia zuzenbide osoa berrinterpretatu behar izan da, eta nola ez familia erlazioen araudia. Beraz, esan daiteke familia zuzenbidearen oinarriak erabateko buelta eman duela, ze-

²⁷ VIÑAS, D., Medidas relativas, 20-43. or. zerrendatzen ditu hainbat ohiko irizpide epaitegi eta auzitegiek kontutan izaten dituztenak jagoletza finkatzeko. Antzeko zerrendatze bat burutzen du PINTO, C., La custodia, 153-173. or.

²⁸ Interesgarria da aztertzea ALCÁZAR RÚJZEN lana jagoletza partekatua irizpide egokia den edo ez eta honen izaera nolakoa izan behar duen jakiteko eratutako tresna.

²⁹ PINTO, C., La custodia, 153. or.: *A la hora de adoptar las decisiones judiciales en conflictos o situaciones donde se hallen involucrados menores de edad y, particularmente, en la determinación judicial del modelo de custodia de los hijos menores tras la ruptura convivencial de los progenitores, nuestro sistema jurídico se articula en torno a dos ideas: (i) El principio general del interés superior de los hijos menores (bonum filii, favor filii, favor minoris) y (ii) Una amplísima discrecionalidad judicial en la determinación de dicho interés. Dicho en otras palabras, la norma parte de una cláusula general o concepto jurídico indeterminado («interés superior del menor») dejando en manos del juzgador su determinación en el caso concreto, para lo que cuenta con una amplia discrecionalidad.*

³⁰ Honen inguruan luze sakondu dute; RODA Y RODA, D., El interés, 29-214. or.; ÁGUEDA, R. M., El interés, 214-315. or.

ren gurasoei errespetua oinarri zuen familia zuzenbide batetik umeen erabateko babesera pasa gara³¹.

Aldiz, adingabearen interes gorena kontzeptu oso orokorra da³², eta honen definizioa ematea ez da erraza. Azken finean, ulertu behar dena da interes desberdinak kontrajarriak daudenean, adingabearen babesa dela beti gailendu behar dena, nahiz eta beste interesa ere erabat egokia izan. Beraz, adingabearen interes gorena zer den kasuz-kasu definitu beharreko kontzeptua da, inguruarra kontuan izanik. Doktrinan saiakera desberdinak egin dira hau definitu eta sailkatzeko baina kontraesan asko sortu dira³³.

2. Euskal Autonomia Erkidegoko araudia

Goian aipatu bezala, 7/2015 Legeak, ekainaren 30koa, gurasoen banantze edo haustura kasuetako familia harremanei buruzkoa³⁴, jorratzen du jagoletza

³¹ DE TORRES, J. M., Custodia compartida, 7. or.: *Por tanto, puede afirmarse que se ha cerrado un proceso evolutivo en el que se ha producido un giro copernicano en la forma de entender el Derecho de familia. Se partía de una estructura patriarcal, en la que los hijos debían tributar reverencia al padre, en la que era el padre el que decidía lo que era o no bueno para sus hijos o su mujer, en el que el Derecho de familia encontraba su justificación en «el deber ser de las cosas» y en el derecho natural. Posteriormente en el año 1981, se modificó el CC para exigir que la patria potestad se ejerciera siempre en beneficio de los hijos y de acuerdo con su personalidad, y ya finalmente en el año 1996 se introdujo el principio del interés del menor.*

³² CASTAÑOS, P., La guarda, 68. or.: *En términos generales, la fijación de lo que es interés del menor vendrá dada por las circunstancias de hecho de cada caso concreto, a lo que hay que unir la amplia discrecionalidad que caracteriza los procedimientos en materia de familia. Probablemente lo más idóneo sería establecer unos criterios que orientasen a los jueces en la determinación de ese interés, haciendo, por otra parte que la discrecionalidad en esta materia quede lo más reducida posible.*

³³ CASTAÑOS, P., La guarda, 70. or., aipatzen ditu kontraesan hauen adibide batzuk: *La doctrina ha intentado responder a estas preguntas y no siempre ha identificado el interés del menor con los mismos criterios. Mientras que para algunos este interés se concreta en una perfecta educación, para otros sólo se satisface el interés del menor si éste desarrolla su personalidad teniendo en cuenta sus gustos y deseos 22. Se distingue también entre un interés moral y un interés material. Mientras que el interés moral del menor descansa en proporcionarle una formación emocional y espiritual, el interés material podría identificarse con que el menor cuente con todos los medios necesarios para poder desarrollar su vida cotidiana 23. Pero, ¿realmente es conveniente acotar el concepto? Creemos que la falta de precisión de este principio es precisamente lo que permite proteger de manera efectiva al menor de edad. Es imposible e inútil querer establecer unos parámetros que determinen de forma inequívoca qué se entiende por interés del menor: Lo más que puede hacer la jurisprudencia es considerar este principio como el principio inspirador de todas las materias que conciernen al menor, vinculando así al juez, a los poderes públicos y a los padres, pero nada más.*

³⁴ Lege honen azterketa sakona egiten du: SEISDEDOS MUIÑO, Ana, La coparentalidad y la custodia de menores, en *Manual de Derecho Civil Vasco*, dirigido por Jacinto Gil Rodríguez y coordinado por Gorka Galicia Aizpurua, Barcelona: Atelier, 2016, 103-119. or.

partekatua gaia EAerako. Legearen Zioen Azalpenean bertan ikusten da sistema honen aldeko apustua egiten dela, zeren bertan dioen moduan:

«gaiaren funtsari dagokionez, arau honek jagoletza partekatua arautzen du erregimen egokiena delakoan banantze- edo dibortzio-kasuetarako, artikuluetan ezarritako baldintzak betetzen badira eta betiere adingabeen interes gorena zainduta».

Irizpide honen aldeko jarrera ondorengo lau printzipioetan oinarritzen da: 1. Gurasoen ardura partekatua; 2. Adingabeen eskubidea jagoletza partekaturako; 3. Adingabearen eskubidea harremana izateko, erregulartasunez, jagoletza ez duen gurasoarekin eta bi gurasoen familia zabalekin; eta 4. Gizonen eta emakumeen arteko berdintasuna.

Bestalde, legearen 2. artikuluan finkatzen da araudiaren aplikazio eremua:

«1.- Lege hau Euskal Autonomia Erkidegoaren lurralde-eremu osoan aplikatuko da, baldin eta, aplikatu beharreko legedi zibilean xedatutakoaren arabera, seme-alaben gainean guraso-agintea duen gurasoak edo aginte hori duten gurasoek euskal auzotasun zibila badaukate.

2.- Gurasoetako batek euskal auzotasun zibila badauka eta besteak ez, euskal auzotasun zibila hartuko da aintzat, baldin eta bi gurasoek hori aukeratu badute ezkontzaren aurretik edo izatezko bikotea eratu aurretik egindako agiri kautoan.

3.- Halako aukerarik egin ez bada, ezkontideek demanda aurkezteko unean duten ohiko bizileku erkidea hartuko da aintzat, edo, izatezko bikoteen kasuan, bikotea desegin aurre-aurreko bizilekua, baldin eta bizileku biak Euskal Autonomia Erkidegoaren lurralde-eremuan badaude».

7/2015, ekainaren 30eko Legearen helburua ez da besterik gabe jagoletza arautzea; lehen artikulua dioen moduan familia-harremanak ditu objektu, eta hori dela eta kontzeptu desberdinak jorratzen dira, hala nola, itunak eta hitzarmen arauemaileak, familia bitartekaritza, guraso ahala, zaintza eta jagoletza, mantenu pentsioa eta gainontzeko gastuak, etxebizitzaren erabilera eta beste hainbat eremu. Betiere, adingabeei eragiten dien erabakiak izanik guztiak, beharrezkoa izango da fiskaltzaren txostena izatea eta adingabea entzutea edozein erabaki hartu aurretik (3. art.).

2.1. Erabakiak finkatzeko tresnak

Erabakiak hartzeko eta finkatzeko lau bide jorratzen ditu araudiak:

1. Elkarbitzita hausten denerako itunak (4. art.): hau elkarbitzaren haustura aurretik sinatu beharreko akordioa da, bertan hitzarmen arau-

mailerako aurreikusten diren eduki guztiak edo batzuk izan behar dituelarik. Hori bai, eskritura publikoan egin behar dira eta epailearen oniritzia izan behar du.

2. Hitzarmen arauemailea (5. art.): biek adostasunez edo alderdietako bakoitzak aurkeztu behar duen proposamena da banantze, dibortzio, deuseztasun edo guraso eta seme-alaben arteko neurrien prozedurarako demanda aurkeztearekin batera. Honen gutxiengo edukia legeko 5. artikuluko bigarren atalean jasotzen da eta hirugarrengotik seigarren atalen artean eduki posiblea zerrendatzen da³⁵.
3. Familia bitartekaritza (6. art.): lege honek familia bitartekaritzaren aldeko apustu garbia egiten dute, derrigorrezko izaera emanaz bide honi akzio judizialak aurkeztu aurretik, hau horrela adostu bazuten bikote kideek aurretik. Gainera, behin prozesua hasita, epaileak erabaki dezake (aldebakarrez edo norbaitek eskatuta) bitartekaritzara jotzea adostasuna lortzeko asmoz, eta alderdiek baita ere adostu dezakete bide judiziala etetea bitartekaritzara joateko gogoz.
4. Akordiorik ez dagoenerako neurri judizialak (7-12 artikulua): alderdien arteko akordiorik ezean, epailea izango da lege honetan jasotzen diren gaien inguruan erabakiak hartu beharko dituenak elkarbizitzaren haustura ondorengo familia-harremanak finkatzeko asmoz.

2.2. Legearen edukia

Aurretik esaten genuen moduan, 7/2015, ekainaren 30eko Legeak ez du jagoletza soilik kontuan hartzen, elkarbizitza haustura ondorengorako hartu beharreko erabaki desberdinak jorratzen ditu. Eremu hauen inguruan irizpideak finkatu daitezke bai adostasun bideak erabiliz, hau da, itunean, hitzarmenean edo familia bitartekaritzan horrela adostuta (gero epaileak berretsi beharko dituenak), edo epailearen erabakiz.

³⁵ 7/2015, ekainaren 30eko Legeko 5 artikulua: 3.- Hitzarmen arauemailerako proposamenak jaso ahalko ditu, auzibidera iritsi aurreko pauso bezala, familia-bitartekaritzara jotzeko aurreikuspena eta konpromisoa, hitzarmen arauemailearen beraren interpretazio edo betetzearen ondorioz sor daitezkeen arazoak elkarbizitzaren bidetik konpontzeko. 4.- Era berean, hitzarmen arauemailerako proposamenak jaso ahalko ditu ezkontzaren erregimen ekonomikoaren inbentarioa eta likidazioa, edo Euskadin izatezko bikoteak arautzeko maiatzaren 7ko 2/2003 Legeari jarraituz inskribatutako bikotearen itun arauemailean ezarritakoarenak, eta, halakorik balego, erkidego arrunt indibisoko ondasunen banaketa. 5.- Elkarbizitza hausten denerako ituna dagoenean, han hitzartutakoa aplikatuko da, eta bertan aurreikusita ez dagoena osatu egin beharko da artikulua honetan xedatutakoaren arabera.

Zentzu honetan bost eremu nagusi aztertzen dira:

1. Guraso ahala
2. Zaintza eta jagoletza
3. Mantenu pentsioa eta gainontzeko gastuak
4. Komunikazio eta egonaldi erregimena
5. Ohiko etxebizitzaren erabilera

(1) Guraso ahala, zaintza eta jagoletza

Guraso ahala eta zaintza eta jagoletza ardurari dagokionean, 8.artikuluak finkatzen du guraso ahala bi gurasoek erabiliko dutela edo batek bestearen adostasunez –adierazia edo tazitoe-. Hau gurasoetako bati kenduko zaio adingabearen intereserako egokiagoa den kasuetan soilik.

Zaintza eta jagoletzari dagokionean, 9. artikulua bere lehen atalean finkatzen duen arren gurasoetako bakoitzak berarentzat bakarrik edo partekatua eskatu ahalko duela (hau garatzeko proposamen oinarritu bat planteatuz), hurrengo ataletan araudiak jagoletza partekatuaren aldeko apustua egiten du. Honela, bigarren atalean jasotzen da *guraso bat jagoletza partekatuaren aurka egotea edo bi gurasoen arteko harremanak txarrak izatea ez da eragozpen eta arrazoi nahikoa izango jagoletza partekatua ez emateko adingabearen intereserako*. Aldiz, hurrengo atalean finkatzen da epaileak jagoletza partekatuaren aldeko aukera egingo duela baldin eta aldeetako batek eskatzen badu, eta adingabearen interesen aldekoa bada. Erabakia hartzeko, epaileak beharrezkoak uste dituen txostenak eskatu ahalko ditu baita (9.4 art.).

Faktore guzti hauek kontuan izanda, epaileak ez badu egokia ikusten jagoletza partekatua, orduan, posible izango da gurasoetako bakarrari ematea jagoletza (9.6 art.).

Legearen 9.3 artikuluan hainbat irizpide finkatzen ditu jagoletza eredu egokiena aukeratzea errazteko asmoz. Estatuko araudiaren zehaztasun faltaren aurrean eremu honetan, hau modu positiboan baloratu beharrekoa da³⁶, zeren

³⁶ 7/2015, ekainaren 30eko legearen 9.3 artikulua: *Epaileak jagoletza partekatua erabakiko du, aldeak eskatzen duenean, baldin eta adingabearen interesaren kalterako ez bada, eta betiere honako alderdi hauek kontuan izanda: a) Gurasoek adingabeekiko harremanetan aurretik izan duten jokaera eta izan dituzten jarrera pertsonalak, eta adingabeek edo ezgaituek guraso bakoitzarekin duten lotura afektiboa. b) Seme-alaben kopurua. c) Seme-alaben adina. d) Seme-alabek adierazitako iritzia, betiere behar besteko zentzutasuna badute, eta 12 urtetik gorakoena kasu guztietan. e) Gurasoek seme-alabekiko eta elkarrekiko eginbeharrak betetzea, eta elkarrekiko errespetua beren arteko harremanetan; halaber, seme-alabek bi gurasoekin eta gainerako ahaide eta hurbilekoekin izan beharreko harremana bermatzeko jarrera. f) Artikulu honetako 4. paragrafoan aipatzen diren txostenen emaitza. g) Seme-a-*

gutxiengo esparru batzuk finkatzen dira jagoletza eredu egokienaren alde egiteko.

Laburbilduz, esan daiteke EAEko araudiak jagoletza partekatuaren aldeko jarrera duela, Kode Zibilean ez bezala, baina Valentzia edo Aragoako sendotasunez defendatu gabe³⁷.

(2) Mantenu pentsioa eta gainontzeko gastuak

Aldiz, argi izan behar da bikoteen elkarbizitza amaitu ondoren hauen seme-alaben zaintza eta jagoletzaren inguruan hau partekatua izateak ez dituela familia egitura eta funtzionamendu berri horren inguruko gai guztiak konponduta uzten. Badira hainbat eremu jagoletza partekatua izan arren gurasoen artean adostu edo epaile batek erabaki beharko dituenak.

Kode Zibilak hainbat irizpide finkatzen ditu sortu daitezkeen eztabaidagaien artean, baina araudiak ezarritako «konponbideak» ez dute alderdien arteko harreman baketsua bermatzen. Honen harira, jagoletza partekatua garatzen duten lurralde araudiak saiatu dira irizpide argiagoak finkatzen horren gatazkatsuak diren gaiak ondo definitzeko asmoz.

Hauen artean, besteak beste, ohikoak zein ezohikoak diren gastuak egongo lirakeke. Ulertu daiteke zaintza denboraldi berdinetan banatzen bada garai bakoitzeko ohiko gastuak gurasoetako bakoitzak bere egingo dituela. Aldiz, zaintza ez bada zehazki erdibana egiten –hona hemen beste gatazka iturria, hau da, zaintza partekatuaren denbora irizpideak– gastuen ordainketen inguruan konponbideak finkatu beharko dira, hau gai benetan gatazkatsua delarik³⁸. Bide batez, egunerokotasunak dakartzan ezohiko gastuei nola egin aurre ere erabaki beharko da. Eta guzti honi gehitu behar zaio garrantzitsua den beste faktore bat: gurasoetako bakoitzak egoera ekonomiko desberdina izango duela,

laben gizarte-, eskola- eta familia-loturak. h) Guraso bakoitzaren aukerak familia eta lana uztartzeko, baita guraso bakoitzaren jarrera, borondate eta inplikazioa ere bere eginbeharrak bere gain hartzeko. i) Haien ohiko bizilekuen kokagunea eta dituzten laguntzak. j) Gurasoen edo seme-alaben beste edozein egoera, elkarbizitza-erregimenerako garrantzitsua bada.

³⁷ SEISDEDOS, A., La coparentalidad, or.109, autoreak ez du uste Lege honek jagoletza partekatuaren aldeko irizpidea jasotzen duenik, eta txalotzen du epailearen esku uztea erabakia hainbat irizpide aintzat hartuta. Honela dio: *a diferencia de otras Leyes autonómicas, no la consagra como modelo preferente o regla general [...]. Con criterio que puede considerarse acertado, se dispone por tanto que el juez decida en cada caso en función del interés de los menores [...].*

³⁸ Honi buruzko lan interesgarria da SERRANO GARCÍA, José Antonio, La contribución a los gastos de crianza y educación de los hijos de padres separados, en particular en la custodia compartida, *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, 35 (2014), 47-54. or. Baita MECO TÉBAR, Fabiola, La cuantificación y distribución de la pensión alimenticia en el régimen de custodia compartida, *Actualidad jurídica iberoamericana*, 3, 2015, 173-194. or.

eta erabakiak desberdintze hau errespetatu beharko duela (KZ 145.1 art eta 7/2015 legeko 10.1 art.).

EAEan 7/2015, ekainaren 30eko Legeak bere 10. artikuluan jorratzen du gai hau. Nahiz eta Kode Zibilak baino zehaztasun gehiago jasotzen dituen, oso antzeko izaera dute bi arauak³⁹. Honela, EAEko araudiak bereizketa egiten du gastuen izaeraren arabera. Ohiko gastuei dagokionez, hauek 10.2 artikuluan definitzen dira: *Ohiko gastu beharrezkotzat jo behar dira seme-alabek eskuarki behar dituztenak eta ziur aski sortuko direnak, baita gurasoek halakotzat hitzartzen dituzten beste guztiak ere*. Hauei aurre egiteko alderdiek adostu beharko dute edo epaileak finkatu beharko du mantenu pentsioa, eta hau kalkulatzeko 10.3 artikulua dio:

«Ohiko gastuengatik dagokion mantenua kalkulatzeko, kontuan izango dira seme-alaben beharrak, bikotekide bakoitzaren baliabide ekonomikoak, seme-alabak guraso bakoitzarekin egoten diren denbora, familiaren etxebizitzaren erabileraz egindako esleipena, seme-alabentzat ezarritako bizilekua eta familia-kargetako partaidetza, hala dagokionean».

Bestalde, ezohiko gastuei dagokionean, hauek izango dira:

«seme-alaben ezusteko eta ezin saihestuzko beharrek eragindakoak eta, betiere, osasun-sistema publikoak edo aseguru medikoak estaltzen ez dituen osasun-gastuak, baita seme-alabentzat komenigarri baina nahitaezko ez diren jardueretarako heziketa eta prestakuntzakoak, baldin eta horietaz adostasuna badago» (10.2 art).

Hauei gurasoek modu proportzionalean egingo die aurre bakoitzaren ahalmen ekonomikoen arabera.

Azkenik, 10. artikulua borondatezko gastuei buruz hitz egiten du. Hauen ardura berauek burutzea erabaki duen gurasoengan egongo da, baldin eta ez bada beste zerbait adostu hauen inguruan.

(3) Komunikazio eta egonaldi erregimena

Adingabearen eskubidea da bere bi gurasoekin ohikotasunez harremana mantentzea, baita hauen arteko elkarbizitza amaitzen denean. Honela, jagole-

³⁹ DE TORRES, J. M., Custodia compartida, 43-46. or. dio gastuen ordainketaren inguruan gero eta konponbide sinpleagoetara joaten ari direla epaitegiak, nahiz eta oraindik ere gatazkak mantentzen diren. Zentzu honetan dio garai batean guraso batek besteari diru bat emateko formulatik orain kontu korronte komunak irekitzen direla umeen gastuei aurre egiteko, bereiztuz ohikoak diren gastuak eta ezohikoak, bakoitzarentzat erregimen desberdinak finkatuz. VIÑAS, D., Medidas relativas, 50-52. or., baita ere aurkezten ditu gastuei aurre egiteko epaitegi eta auzitegietan erabiltzen diren irizpide desberdinak.

tza partekatua finkatzen denean, seme-alabek momentu bakoitzean berarekin ez duen gurasoarekin komunikatu eta egoteko eskubidea du.

Kode Zibilak 94. artikuluan baieztapen hau jasotzen du, eta baita EAEko araudiak, baina berezitasun batekin: ez du aipatzen umearen eskubide bezala, momentu horretan berarekin ez dagoen gurasoen eskubide bezala baizik (11.1 art).

Gai hau hitzarmenean edo epailearen erabakiz derrigorrean arautua egon behar den eremua da; eta honez gain posible izango da ere epaileak erabakitzea guraso ez diren gertuko beste familiakideekin egoteko neurriak hartzea.

7/2015 Legeko 11. 3 eta hurrengo ataletan arautzen da zein egoeretan posible den komunikazio eta egonaldi erregimenak etetea⁴⁰.

(4) Ohiko etxebizitzaren erabilera

Bestalde, konpondu beharreko gaia izango litzateke ere krisi momentu arte familiako etxebizitza izan dena noren eskuetan geratzen den, hau ez delarik gai xamurra izango zaintza partekatuaren aldeko erabakia hartu arren⁴¹. 7/2015,

⁴⁰ 7/2015, ekainaren 30eko Legeko 11 artikulua: 3.– Hala ere, orokorrean ulertuko da ezin zaiola seme-alaben zaintza eta jagoletza esleitu, *ez banakakoa ez partekatua, ez eta seme-alabekiko egonaldi-, harreman- eta komunikazio-erregimenik ere, guraso bati baldin eta epai irmoz zigor-kondena ezarri bazaio bikotekidearen edo bi gurasoekin bizi diren seme-alaben bizitzaren, osotasun fisikoaren, askatasunaren, osotasun moralaren edo sexu-askatasun eta -ukigabetasunaren aurka atentatzeagatik egingako etxeko edo generoko indarkeria-delitu batengatik, harik eta erantzukizun penala azkentzen den arte. Alde horretatik, aipatu delituak egin izanaren zantzu oinarrituak kontuan hartuko ditu epaileak, inguruabar garrantzitsu gisa, aipatu erregimenari dagokionez lege honetan aurreikusitako neurriak ezartzeko edo aldatzeko, eta orobat kontuan eduki ahalko du, halakorik bada, ondoren etor litekeen absoluzio-ebazpena. 4.– Salbuespen gisa, epaileak, seme-alaben interes gorena babesteko komenigarri iritzi gero, kontuan izanda arestiko irizpideak eta, bereziki, egindako delituaren garrantzia eta larritasuna, jarritako zigorraren izaera eta iraupena eta gurasoaren berrizkatura eta arriskutsutasuna, egonaldiko, harremaneko edo komunikazio hutseko erregimen bat ezarri ahalko du seme-alabei dagokienez. Behin erantzukizun penala azkenduta, epaileak, aldearen eskariz, ebaluatu beharko du ea bidezkoa den hartutako neurriak aldatzea aurreko irizpideak kontuan izanda. 5.– Bi gurasoak aurretik aipatu diren kasuetako batean daudenean, epaileak seme-alaba adingabeen zaintza eta jagoletza emango die, hain zuzen, seme-alaba horiekiko harremana kontuan izanda beraren iritzi egokienak diren ahaide edo hurbilekoei; hala ere, salbuespenez, eta seme-alaben intereserako, kontuan hartuta egitateen garrantzia, zigorraren iraupena, berrizkatura eta gurasoen arriskutsutasuna, epaileak iritzi diezaioke gurasoei edo horietako bati eman behar zaiola. Halakorik ez dagoenean edo daudenak egokiak ez direnean, lurralde jakin bakoitzean adingabeak babesteko zeregina esleitu duten erakunde publikoek izango dute zaintza eta jagoletza. 6.– Egonaldi-, harreman- eta komunikazio-erregimena erabakitzean, epaileak, bere ebazpena oinarritu ostean, bidezkoak diren kautelak jarriko ditu ezarritako erregimenak modu eraginkorrean gauza daitezen, anai-arrebak ez bereizten saiatuz.*

⁴¹ Gai hau jorratzen dute modu monografikoan: SÁNCHEZ AGUIRRE, Carlos, El uso de la vivienda familiar en España en el régimen de custodia compartida, *Actualidad jurídica iberoamericana*, 3

ekainaren 30eko Legeko 12. artikulua jorratzen du gai hau bere hamalau ataletan. Txalotzekoa da artikulua luze honek gai honen inguruan dauden gatazka praktikoei irtenbidea eman nahi izan diola, Kode Zibileko 96. artikulua zurrunk ematen ez dituenak hain zuzen ere⁴².

Betidanik, jagoletza beregain zuen gurasoa gelditzen zen ordu arte familia etxebizitza izan zenarekin. Ohikotasunez ama izaten zen geratzen zena etxean –askotan diru sarrera propiorik gabe ordura arte lana egiten ez zuelako– eta aita beste etxe batera joaten zen. Noski, jagoletza partekatuak inguruabarra erabat aldatzen du, nahiz eta Kode Zibilean kontuan hartu beharreko 96. artikulua ez duen egoera hau kontuan hartzen. Artikulu hau dagoenetan ulertzen bada, ondorioztatu daiteke umeak beti familia etxebizitzan egongo direla, eta gurasoak izango direla aldatzen ibiliko direnak. Aldiz, aukera hau ez da beti ekonomikoki posible zeren hiru etxebizitza mantentzea ekarriko luke (familiakoa eta gurasoetako bakoitzarena). Aukera honek dituen zailtasun ekonomikoak direla eta, ohikotasunez hartzen den erabakia da gurasoetako bakoitzak etxebizitza bat izatea (bat familiakoa izan dena eta beste gurasoa beste etxe batean; edo familiakoa saldu eta bakoitzak txikiagoa den bana erosi) eta umeak izatea etxez aldatzen direnak une bakoitzean jagoletza duenaren arabera. Hala ere, gero eta indar gehiago ari da hartzen umeak gelditzea etxebizitza batean beti eta gurasoak izatea mugitzen direnak.

Edozein delarik hartzen den irizpidea, argitu eta ondo finkatu beharreko irizpidea izaten da bakoitzarekin egongo den epeen tartea. Hemen epaitegietan aukera erabat ezberdinak ikusten dira: asteka, hilabeteka, astean hiru edo lau egun bakoitzarekin edo beste edozein irizpide⁴³. Guzti hauetan oinarritzko ideia da –beti diogun moduan– adingabeen interesean jardutea; aldiz, eremu hau izango da agian gehien talka egiten duena irizpide hau defendatzearekin gurasoen ahalmen ekonomikoa mugatua den kasuetan.

Egoera konplexu honi erantzuna emateko asmoz, EAEko legearen kasuan 12. artikulua irizpide desberdinak jorratu ditu.

EAEko araudiaren arabera, 12. artikulua bere lehen atalean dio adingabearen interesean hartu behar direla etxebizitza eta bertako ondasunen inguruko erabakiak. Horrela, lehen irizpide bezala ezartzen du jagoletza duenak eskuratuko duela ordu-arte familia etxebizitzaren erabilera (12.2 art.). Aldiz,

(2015), 89-103. or. MECO TÉBAR, Fabiola, La alternancia y cercanía de domicilios de los progenitores como criterio de atribución de la custodia compartida: comentario a la STS 495/2013, de 9 de julio, *Revista Boliviana de Derecho*, 19 (2015), 584-595. or.

⁴² Iritzi honekin bat egiten du SEISDEDOS, A., La coparentalidad, or. 112.

⁴³ Aukera guzti hauen inguruan jarduten du DE TORRES, J. M., Custodia compartida, 42-43. or.

hurrengo paragrafoan dio, epaileak erabaki dezakeela jagoletza ez duen gurasoari ematea etxebizitzaren erabilera, baldin eta frogatzen bada ekonomikoki zailtasun handiagoak dituela, eta betiere umeen interesak kaltetzen ez badira erabaki honekin. Aldiz, jagoletza partekatua bada, eta etxearen erabilera sistema ez bada txandakakoa izan, orduan behar ekonomiko handiena duenari emango zaio (12.4 art.). Aldiz, baita ere dio 12. artikulua, posible dela jagoletza duenari ez ematea familia etxebizitzaren erabilera, baldin eta beste etxebizitzaren bat badu egokia umeentzat, eta hauen interesak errespetatzen badira (12.6 art.).

Hala ere, familia etxebizitzaren esleipena gurasoetako bakarrari egiten denean, erabaki hau bi urtetarako izango da gehienez, eta gero aldiro berraztertuko da (12.5 art). Honen luzapenaren gehiengo ez da finkatzen legean, aldiz, jabetza ez den beste izaera batekin erabiltzen bada etxea (adibidez, alokairua, erabilera eskubidea, usufruktoa...) hauen epealdiaren gehiengoak mugatuko du luzapena (12.8 art.).

Familia etxebizitzaren esleipenean oso gatazkatsua den gaia da honen jabetza gurasoetako bakarrarena edo baina denean baina beti bakarrari esleitzen bazaio erabilera. Kasu honetan, 12.5.3 eta 12.7 artikuluetatik ondorioztatzen da erabaki hau mantenduko dela seme-alabei mantenu pentsioa eman behar zaion bitartean, eta gainera, etxebizitza disfrutatzen ez duenak honegatik konpentsazio bat jasotzeko eskubidea izango du, kontuan izanik bera bizi den etxebizitzagatik ordaintzen duena eta alderdien ahalmen ekonomikoa. Behin erabilera eskubidea amaitzen denean, etxebizitzaren titularrak honen jabetza eskuratu ahalko du, aurreko erabakia adostu zuen ebazpen irmoan betearaztean, eta eskatu dezake erabilera eskubidea ezeztatzea (12.13 art.).

Bestalde, familia etxebizitza eskuratzeko edo hobetzeko gastuak (baita hipotekak) eta honen aseguruak, gurasoek ordaindu beharko dituzte eraketa tituluan jasotzen den proportzioan. Aldiz, etxearen mantentze gastuak, ohiko gastuak, tributuoak edo antzeko urteroko ordainketak etxebizitza erabiltzen duenaren gain izango dira (12. 9 art).

Orain arte aipaturiko erabiltze eskubidea bertan behera geldituko da ha-
maikagarren atalean jasotzen diren egoeretan⁴⁴:

- a) Erabileraren onuradunaren heriotza.
- b) Bikotekideen edo aldeen artean itundutako zergatiak.

⁴⁴ SEISEDEDOS, A., La coparentalidad, 117-118. or., aztertzen ditu iraungitze arrazoi hauek. Bertan azpimarratzen du zerrenda honen zehaztasun falta, ez baitu argi identifikatzen bakoitzaren kontestua eta gradua.

- c) Erabileraren onuradunaren egoera ekonomikoa hobetzea edo beste aldearen egoera ekonomikoa nabarmen okertzea, behar bezala justifikatuta, salbu kontrakoa itundu bada espresuki.
- d) Erabileraren onuraduna beste pertsona batekin ezkontzea edo ezkonduen antzeko bizimodua egitea, salbu kontrakoa itundu bada espresuki.
- e) Judizialki zaintzagatik esleitu bada, azkendu egingo da zaintzaren edo mantenua emateko betebeharraren bukaera edo etenagatik.
- f) Epaileak erabakitako aldi baterako esleipenean aurreikusitako epearen amaieragatik.

Bide batez, hamabigarren paragrafoak gehitzen du, *c) eta d) kasuetan frogatu egin beharko da azkentzea eragin duen egitatea, neurriak aldatzeko prozeduraren bidez, eta gainerako kasuetan epaia betearaztearen bidez gauzatu ahalko da azkentzea.*

Azkenik, 12.10 artikulua dio familia etxebizitza utzi behar duenari egoia eta zentzuzkoa den epea eman beharko zaiola bere gauzak jaso eta etxea uzteko, eta edozein kasutan, etxean gelditzen diren gauza erkideen inbentarioa egingo da.

V. JURISPRUDENTZIA

Araudiaren gora behera guzti hauekin batera, epaitegi eta auzitegien irizpideen eboluzioa eman da. 90. hamarkada aurretik epaitegietan amaren aldeko joera zen ia osotasunean. Garai horretan hasten da aitatasunaren lehen aitopeneak egiten, eta poliki-poliki hainbat epai ematen hasten dira aitaren jagoletzaren alde. Aldiz, 2000 urtetik aurrera hasten da jagoletza partekatua aldeko mugimendua, eta poliki-poliki epaitegietan irizpide honen aldeko epai gehiago ematen dira.

1/1996 Lege Organikoak, adin txikien babeserakoak, lagundu zuen jagoletza partekatua atek irekitzera, baina oraindik ere gehingoetan amaren aldeko zaintza ematen da⁴⁵. Estatistiken Institutu Nazionalak jasotzen dituen azken zifren arabera (2015eko datuak) %69,9an amaren aldeko jagoletza finkatu

⁴⁵ DE TORRES, J. M., Custodia Compartida, or. 10 dio, *En el fondo esta praxis machista no implica sino perpetuar la discriminación estructural de la mujer que inserta en el mercado laboral ve como la sociedad tolera y alienta que su marido no comparta sus deberes paternos, relegando y alienando a éste a un segundo plano circunstancial. Definitivamente se doblega a la mujer a ser la exclusiva cuidadora natural de sus hijos más aún en los supuestos de crisis matrimoniales.*

zen, 2014an %73,1 izan zirelarik. Aitak %5,1ean bereganatu zuten jagoletza eta %24,7 jagoletza partekatuaren aldeko erabakiak izan ziren (2014an %21,2 izan zelarik datua)⁴⁶.

Beraz, esan daiteke jagoletza partekatuaren aldeko joera bat indartzen ari dela, baina ez dela oraindik arau orokorra. Joera honen arrazoietakoa bat, noski, jagoletza partekatuaren aldeko mugimendu sozialak dira; honekin batera ordea, aipatu berri ditugun lege aldaketek ere badute garrantzia. Jagoletza partekatua ikustera eman da kasu batzuetan, eta bestetan, inkluso, lehentasunezko irizpide moduan finkatu da.

Aldiz, aipagarria da hainbat epaietan ikusi ahal direla jagoletza partekatuaren aldeko jarrerak, baina baita jasotzen dela ez dela automatismo batera joan behar, hau da, kasuz-kasu baloratzen jarraitu behar dela zein den zaintza eta jagoletza sistema egokiena umeentzat. Nolabait esan daiteke, gaur egungo araudietan jagoletza partekatuaren egokitasunaren aldeko *iuris tantum* presuntzioa finkatu dela, non, printzipioz egokiena da gurasoen artean umeen jagoletza modu parekidean banatzea. Honela, jagoletza indibidualaren aldeko erabakia hartzen badu epaileak, hau argudiatu beharko da, eta eskatzen duenak frogatu beharko da horren egokitasuna umeen interesaren arabera⁴⁷.

Ugariak dira Justizia Auzitegi Nagusien eta Auzitegi Gorenaren⁴⁸ epaiak jagoletza partekatuaren eta honekin lotura zuzena duten gaiak jorratzen dituztenak, baina oso modu orokorrean esan daiteke guztietan gailentzen dena umeen

⁴⁶ Datu hauen inguruko txostena ikusi daiteke: <http://www.ine.es/prensa/np990.pdf>

⁴⁷ MARTINEZ, N., La guarda, 92-93. or., *se ve pues que el legislador autonómico ha instaurado la presunción iuris tantum de que el régimen de convivencia más beneficioso para el menor cuyos padres ya no conviven juntos, es el que posibilita un contacto similar entre ambos, pues éste es en principio, el medio más idóneo para ejercer el derecho-deber de patria potestad que incumbe a ambos progenitores. Esta presunción se ha reflejado en los diversos pronunciamientos jurisprudenciales emitidos al efecto. El Juez no deberá esforzarse en razonar que la custodia compartida es el régimen de guarda más beneficioso para el menor sino que, presumiendo la idoneidad de éste, razonar por qué en el caso concreto resulta más conveniente para el interés del menor ese sistema de custodia individual, en el supuesto de que lo haya solicitado alguna de las partes o el Ministerio Fiscal.*

⁴⁸ Epai esanguratsu batzuei aipamen egitearren: Auzitegi Goreneko Zibileko 1. Salaren 2009ko urriaren 8ko epaia, 2010eko urriaren 1eko epaia, 2012ko urtarrilaren 10ko epaia, 2013ko maiatzaren 25ekoa, edo 2016ko martxoaren 29koa. ALASCIO CARRASCO, Laura, La excepcionalidad de la custodia compartida impuesta (art. 92.8 CC): A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de octubre de 2010, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, 2 (2011), 1-25. or., lanean 2010eko urriaren 1eko epaia garrantzitsua aztertzen du. Jurisprudentziaren azterketa egiten du ere HERRANZ GONZÁLEZ, Agustina, Guarda y custodia compartida: hacia la unificación de criterios en el recurso de casación, *Revista Boliviana de Derecho*, 18 (2014), 592-601. or. Jurisprudentziaren konparaketa azterketa sakona egiten du baita PINTO ANDRADE, Cristóbal, *La custodia compartida*, Barcelona: Bosch, 2007, 93-270. or.

interesa dela, epaitegi eta auzitegietakoko erabakiek hau bermatu behar dutela finkatuz. Eta umeen interesa bermatzeko lehentasunezko neurri bezala defendatzen da gurasoen artean banatzea zaintza eta jagoletza. Beraz, modu abstraktu batean –kasuz kasuko berezitasuna alde batera utzita– jurisprudentzia gorenak zaintza partekatua lehentasunezko irizpidea defendatzen du, beraz, hau egokiena ez dela defendatzen duen alderdiak izango du frogaren karga.

Hemen azpimarratu daitekeen arazoa da Kode Zibilarren testuak ez duela modu horren garbian defendatzen jagoletza partekatua lehentasun irizpidea, honek agente juridiko desberdinei, hala nola, beherako instantzietako epaileak edota abokatuak, nolabaiteko ziurtasun juridiko falta ematen die; ez luke jurisprudentziak egin beharko jagoletza partekatua aldeko interpretazioa, honek horrela izan behar badu araudietan jaso beharko litzateke, baina oraindik ez da horrela.

VI. INDARKERIA MATXISTAREN ZERESANA JAGOLETZA PARTEKATUAN

Modu laburrean bada ere, aipagarria da Kode Zibileko 92. 7 artikulua dioena:

«Baterako jagoletza ez da bidezkoa izango, gurasoetatik edozeinen aurka zigor-prozesua hasi denean, guraso horrek beste ezkontidearen edo bi-biokin bizi diren seme-alaben bizitza, osotasun fisiko, askatasun, osotasun moral edo sexu askatasun nahiz -ukigabetasunaren aurka atentatzeagatik. Jagoletza hori ez da bidezkoa izango, halaber, epaileak etxeko indarkeriaren zantzu oinarri-dunak atzematen dituenean, alderdien alegazioak eta egindako frogak kontuan hartuta».

Beraz, egoera hau ematen den kasuetan ezin da jagoletza partekatua bideratu, nahiz eta alderdiek horrela adostu. Aldiz, legeak jasotzen duen ezezko sendo hau ez da doktrinan erabat defendatzen aho batez, kasu batzuetan defendatzen delarik egoera bakoitza aztertu beharko litzatekeela kasu hauetan ere⁴⁹, eta baloratu ea egokia den jagoletza partekatua egotea edo ez⁵⁰.

Aldiz, argitu behar da zaintza eta jagoletza ez izatea ezkontide batek ez du esan nahi automatikoko guraso ahala kentzen zaionik. Eta kentzen den kasuetan,

⁴⁹ ÁGUEDA, R. M., El interés, 324-360. or.

⁵⁰ Aldiz, zaintza partekatua lehentasunezko izaerak sortu ahal dituen arazoak indarkeria matxistaren biktima direnei jorratzen du BODELÓN, Encarna, La custodia compartida desde un análisis de género: Estrategias machistas para invisibilizar la violencia en las rupturas familiares. En *La custodia compartida a debate*, coord. Teresa Picontó Novales, Madrid: Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas. Universidad Carlos III de Madrid. Dykinson, 2012, 131-154. or.

eskubideak galtzen ditu baina umeekiko dituen betebeharrei aurre egin behar dio guraso horrek⁵¹.

Autonomia Erkidego desberdinek jagoletza partekatua arautu duten heinean, baita gai hau jorratu dute. Horrela, bakoitzak irizpide zurrun edo malgugaok finkatzen ditu, baina guztietan jagoletza banakakoa edo partekatua ez da onartuko indarkeria matxista dagoen kasuetarako. Aragoako legeko 6.6 artikuluan, Kataluniako 233-11.3 ere jasotzen da gai hau; baita Nafarroako legeko 3.8 artikuluan, eta Valentziako araudiko 5.6 artikuluan ere.

EAEan, 7/2015, Ekainaren 30eko legean, bere 11. artikuluko 3, 4 eta 5 puntuetan finkatzen da debeku hau, egoera desberdinei lotuta:

«3.- Hala ere, orokorrean ulertuko da ezin zaiola seme-alaben zaintza eta jagoletza esleitu, ez banakakoa ez partekatua, ez eta seme-alabekiko egonaldi-, harreman- eta komunikazio-erregimenik ere, guraso bati baldin eta epai irmoz zigor-kondena ezarri bazaio bikotekidearen edo bi gurasoekin bizi diren seme-alaben bizitzaren, osotasun fisikoaren, askatasunaren, osotasun moralaren edo sexu-askatasun eta -ukigabetasunaren aurka atentatzeagatik egindako etxeko edo generoko indarkeria-delitu batengatik, harik eta erantzukizun penala azkentzen den arte.

Alde horretatik, aipatu delituak egin izanaren zantzu oinarrituak kontuan hartuko ditu epaileak, inguruabar garrantzitsu gisa, aipatu erregimenari dagokionez lege honetan aurreikusitako neurriak ezartzeko edo aldatzeko, eta orobat kontuan eduki ahalko du, halakorik bada, ondoren etor litekeen absoluzio-e-bazpena.

4.- Salbuespen gisa, epaileak, seme-alaben interes gorena babesteko kome-nigarri iritziz gero, kontuan izanda arestiko irizpideak eta, bereziki, egindako delituaren garrantzia eta larritasuna, jarritako zigorraren izaera eta iraupena eta gurasoaren berrizkatura eta arriskutsutasuna, egonaldiko, harremaneko edo komunikazio hutseko erregimen bat ezarri ahalko du seme-alabei dago-kienez.

Behin erantzukizun penala azkenduta, epaileak, aldearen eskariz, ebaluatu beharko du ea bidezkoa den hartutako neurriak aldatzea aurreko irizpideak kontuan izanda.

5.- Bi gurasoak aurretik aipatu diren kasuetako batean daudenean, epaileak seme-alaba adingabeen zaintza eta jagoletza emango die, hain zuzen, seme-alaba horiekiko harremana kontuan izanda beraren iritziz egokienak diren ahaide edo hurbilekoei; hala ere, salbuespenez, eta seme-alaben intereserako, kontuan

⁵¹ VERDERA IZQUIERDO, Beatriz, Estado actual de la guarda y custodia y el régimen de visitas ante supuestos de violencia de género, en Isabel Vázquez Bermúdez (coord.), *Logros y retos: Actas del III congreso universitario nacional «Investigación y género»*, Sevilla: Universidad de Sevilla, 2011, 2045-2047. or.

hartuta egitateen garrantzia, zigorraren iraupena, berrizkatura eta gurasoen arriskutsutasuna, epaileak iritzi diezaioke gurasoei edo horietako bati eman behar zaiola. Halakorik ez dagoenean edo daudenak egokiak ez direnean, lurralde jakin bakoitzean adingabeak babesteko zeregina esleitu duten erakunde publikoek izango dute zaintza eta jagoletza».

VII. ONDORIOAK ETA PROPOSAMENAK

Orain artekoa aztertu ondoren, lehenengo ondorio bezala aipagarriena da estatuan *araudi desberdinak* ditugula ezkontza krisien ondorengorako familia harremanak finkatzeko. Honek familia egoera desberdinak sortzen ditu baldin eta bikote-ohiak Madrilgoak badira, Nafarroakoak badira edo EAekoak badira.

Aldiz, egia da ere, orokorrean, araudi guztietan jagoletza partekatuaren aldeko jarrerak defendatzen direla, indar gehiago edo gutxiagorekin. Agian, planteatu daitekeen galdera da ea beharrezkoa den Valentzia edo Aragoan egin den moduan jagoletza partekatuaren *lehentasunezko irizpidea* den egokia, edo egokiagoa den legeak aukera guztiak planteatzea eta gero kasuz-kasu definitzea adin-txikiarentzat egokiena dena.

Familiaren egoera berriaren egituraketa umeen hobe beharrez burutu behar da, eta agian, partekatutako jagoletzak ez ditu benetan adin txikiaren interesak modu egokienean defendatuko beti. Beraz, gaiaren garrantzia dela eta, eztabaidagarria izan daiteke, agian, legediak seme-alaben zaintza eta jagoletza irizpide zehatz bat aurrez zehaztua izatea; hobeago litzateke kasuz-kasu hartzea erabakia eta Epaileak aukera posible guztiak berdintasunean maneatzea, inongo irizpidearekiko lehentasunik gabe, soilik, adin txikientzat egokiagoa dena gailenduz egoera bakoitzean. Beraz, Kode Zibilak ematen dion bigarren mailako izaera hori gainditu beharko litzateke, bide batez baita, pareko aukera moduan ikusteko.

Bestetik, egokia litzateke ere legeak aurreikustea espresuki zeintzuk diren *kontuan hartu beharreko irizpide nagusiak* seme-alabekiko erregimena finkatzeko orduan. Asko izan daitezke, eta jurisprudentzia hauetako batzuen garrantzia azpimarratzen ari da. Lehenik eta behin, familia horretan ordura arte egoniko harremanak aztertu beharko dira, hau da, benetan seme-alabek berdintasunean mantendu duten erlazioa bi gurasoekin hauek bikote moduan funtzionatu izan duten garaian. Honez gain, baita ere bi gurasoek erakutsi beharko dute gaitasun nahikoa dutela beraien erantzukizunpean geratzen diren adin txikien zaintza aurrera eramateko.

Bestalde, gurasoen arteko erlazioa egokia eta gatazka gabea izan beharko da. Ezaugarri hau gabe ezinezkoa deritzot zaintza partekatua aurrera eramatea, bide batez, ez litzateke nahikoa izango erlazio adiskidetsua izatearekin, baizik

eta gurasoek umeen hezkuntza eta hazkuntza irizpide berdinak konpartitu beharko dituzte.

Alderdi ekonomikoa ere esanguratsua izango da zaintza partekatuaren aldeko erabakia hartu ahal izateko. Zentzu honetan, bi gurasoek ahalmen nahikoa izan beharko dute seme-alabak bere kargu dituen unean mantentzeko, eta honez gain, biek etxebizitza egokia izan umeen beharrak betetzeko. Bestalde, etxebizitzaren ildotik, ezinbestekoa da ere bi gurasoen egoitzak gertu egotea; hau horrela izan ezean zaila izango litzateke seme-alaben eskola aukeratzea, edo besterik gabe bere ohiko jarduerak eta harremanak mantentzea.

Gai guzti hauez gain, noski, ezin da ahaztu seme-alaben adinak agian ez duela egokia egingo umea aldiro etxebizitzaz aldatzen ibiltzea. Eta bide batez, adin nahikoa badute umeek garrantzitsua litzateke hauen iritzia jakitea, eta, beharrezkoa den kasuetan, psikologo edo gainontzeko adituen iritzia ezagutzea.

Guzti hau jakinik, zaintza partekatuaren *abantaila nagusia* benetan azpimarragarria da, hau da, eskura ditugun bide guztiak erabili behar dira seme-alabek beraien bi gurasoekin berdintasunean harremana mantentzeko. Aldiz, erlazio hau nola egituratu erabakitzeko orduan, beti lehentasunez aplikatu behar den irizpidea umeen interesa defendatzea da. Hori dela eta, egokiena litzateke dibortzio edo banaketa prozesu bakoitza era indibidualean aztertzea; krisialdi egoera hauek familia bakoitzak modu desberdinean biziko ditu, eta beraz, Epaileek erantzun desberdinak eman beharko lituzkete egoera bakoitzean; baina noski, honek ez du esan nahi umeentzat beti egokiena izango denik amarekin bizitzea eta aitari bisita erregimen bat finkatzea soilik.

Esan moduan, kasuz-kasu begiratu beharko da familia bakoitzaren arabera zein den erregimen egokiagoa, hau da, gurasoetako batek izatea zaintza eta besteak bisita erregimen ahalik eta malguena, edo bi gurasoen artean banatzea zaintza. Zentzu honetan, beraz, egokiena legediak aukera posible guztiak berdintasun maila batean aurreikustea izango litzateke, eta aipaturiko irizpideak –edo beste zenbait– kontuan izanez eraentza hoberena adostu edo finkatu seme-alabentzat, zeren jagoletza partekatua ez da konponbide egokiena izango bikote krisialdi gutietarako beti.

Bikote ohien artean *adiskidetasunez* jarduten bada, hau da, bien artean erlazio ona mantentzen bada, noski, jagoletza partekatua sistema egokia izan daiteke seme-alabek beraien bi gurasoekin erlazioa berdintasunean mantentzeko. Bide honetatik familiaren hausturaren ondorioak modu jasangarriago batean eramango dira.

Aldiz, eztabaidagarriagoa izango da *adostasun faltan* jagoletza partekatua bideragarria den, eta gainera, ea legeak finkatu beharko lukeen edo ez jagoletza partekatuaren aldeko lehentasunezko irizpidea kasu hauetarako. Valentzian adi-

bidez espresuki jasotzen da gurasoen adostasun faltak ez duela baztertuko jagoletza partekatua, baina eztabaidagarria izan daiteke ea egoera horretan benetan umeen interesak ondo bermatzen diren.

VIII. BIBLIOGRAFIA

ÁGUEDA RODRÍGUEZ, Ricardo Miguel, *El interés del menor en la guarda conjunta, con especial atención a los supuestos de violencia*, Tesis doctoral dirigida por Inmaculada Vivas Tesón, Sevilla: Universidad de Sevilla, 2015.

ALASCIO CARRASCO, Laura, La excepcionalidad de la custodia compartida impuesta (art. 92.8 CC): A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de octubre de 2010, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, 2 (2011), 1-25. or.

ALCÁZAR RUIZ, Rafael, Diseño de una escala para la evaluación de la custodia compartida en el ámbito judicial, *Azarbe: Revista Internacional de Trabajo Social y Bienestar*, 3 (2014), 271-277. or.

ALGARRA PRATS, Esther; BARCELÓ DOMÉNECH, Javier, Custodia compartida y mediación familiar en el derecho civil valenciano: criterios para la determinación del interés del menor, *Actualidad jurídica iberoamericana*, 2 (2015), 789-796. or.

BLANCO LÓPEZ, Juan, Compartir la custodia o compartir los cuidados: aportaciones al debate desde la perspectiva de género y los estudios de masculinidad, *Revista internacional de pensamiento político*, 8 (2013), 29-40. or.

BODELÓN, Encarna, La custodia compartida desde un análisis de género: Estrategias machistas para invisibilizar la violencia en las rupturas familiares. En *La custodia compartida a debate*, coord. Teresa Picontó Novales, Madrid: Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas. Universidad Carlos III de Madrid. Dykinson, 2012, 131-154. or.

CALLIZO LÓPEZ, María Ángeles, Breve análisis de los factores legales a ponderar por el/la juez al decidir sobre el régimen de guarda y custodia de los hijos en Aragón, *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, 30 (2012), 19-33. or.

CASTAÑOS CASTRO, Paula; GARCÍA ALGUACIL, María José, La guarda y custodia compartida: nuevo modelo de corresponsabilidad parental ¿en interés del menor?, *Boletín. Servicio de Estudios Registrales de Catalunya*, 156 (2011), 63-80. or.

DE TORRES PEREA, José Manuel, Custodia compartida: Una alternativa exigida por la nueva realidad social, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, 4 (2011), 2-61. or.

- ECHEVERRÍA GUEVARA, Lissette, *La guarda y custodia compartida de los hijos*, Tesis doctoral dirigida por Guillermo Orozco Pardo, coordinado por Carlos Emilio Gómez Pineda, Granada: Universidad de Granada, 2011.
- GARCÍA PRESAS, Inmaculada, *Guarda y custodia de los hijos*, Lisboa: Juruá, 2015.
- GETE-ALONSO Y CALERA, María del Carmen, Las reglas de custodia constante matrimonio o pareja. En *Custodia Compartida. Derechos de los hijos y de los padres*, coord. María del Carmen Gete-Alonso Y Calera y Judith Solé Resina, Navarra: Aranzadi, 2015, 23-91. or.
- GONZÁLEZ DEL POZO, Juan Pablo, La necesidad de una completa regulación de dos cuestiones trascendentales en la futura Ley estatal de custodia compartida, *Diario La Ley*, 11 (2016), 1-10. or.
- HERRANZ GONZÁLEZ, Agustina, Guarda y custodia compartida: hacia la unificación de criterios en el recurso de casación, *Revista Boliviana de Derecho*, 18 (2014), 592-601. or.
- HERRANZ GONZÁLEZ, Agustina, Revisión jurisprudencial de la guarda y custodia compartida e interés del menor: novedades en torno a la futura ley de corresponsabilidad parental, *RDUNED. Revista de derecho UNED*, 14 (2014), 295-324. or.
- IVARS RUIZ, Joaquín, *Guarda y custodia compartida. Aspectos procesales y sustantivos. Doctrina y Jurisprudencia*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2008.
- LÓPEZ AZCONA, María Aurora, El tratamiento en derecho español de la custodia de los hijos menores en las crisis de pareja: la novedosa opción del legislador aragonés por la custodia compartida. *Revista Boliviana de Derecho*, 19 (2015), 206-235. or.
- LÓPEZ AZCONA, María Aurora, Ruptura convivencial y custodia de los hijos menores en la regulación aragonesa, *Revista de derecho civil aragonés*, 20 (2014), 127-154. or.
- MARTÍNEZ SANCHÍS, Nuria, La guarda y custodia compartida en el derecho autonómico. Estado actual de la cuestión, *Actualidad jurídica iberoamericana*, 5 (2016), 76-95. or.
- MECO TÉBAR, Fabiola, La cuantificación y distribución de la pensión alimenticia en el régimen de custodia compartida, *Actualidad jurídica iberoamericana*, 3, 2015, 173-194. or.
- MECO TÉBAR, Fabiola, La alternancia y cercanía de domicilios de los progenitores como criterio de atribución de la custodia compartida: comentario a la STS 495/2013, de 9 de julio, *Revista Boliviana de Derecho*, 19 (2015), 584-595. or.

- PINTO ANDRADE, Cristóbal, *La custodia compartida*, Barcelona: Bosch, 2007.
- PINTO ANDRADE, Cristóbal, La custodia compartida en la práctica judicial española: los criterios y factores para su atribución, *Misión Jurídica: Revista de derecho y ciencias sociales*, 9 (2015), 143-175. or.
- RODA Y RODA, Dionisio, *El interés del menor en el ejercicio de la patria potestad: El derecho del menor a ser oído*, Tesis doctoral dirigida por Isabel González Pacanowska y Carmen Leonor García Pérez, Murcia: Universidad de Murcia, 2014.
- SÁNCHEZ AGUIRRE, Carlos, El uso de la vivienda familiar en España en el régimen de custodia compartida, *Actualidad jurídica iberoamericana*, 3 (2015), 89-103. or.
- SEISDEDOS MUIÑO, Ana, La coparentalidad y la custodia de menores, en *Manual de Derecho Civil Vasco*, dirigido por Jacinto Gil Rodríguez y coordinado por Gorka Galicia Aizpurua, Barcelona: Atelier, 2016, 103-120. or.
- SERRANO GARCÍA, José Antonio, La custodia individual como excepción a la preferencia legal por la custodia compartida, *Revista de derecho civil aragones*, 18 (2012), 9-54. or.
- SERRANO GARCÍA, José Antonio, La contribución a los gastos de crianza y educación de los hijos de padres separados, en particular en la custodia compartida, *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, 35 (2014), 47-54. or.
- SOLÉ RESINA, Judith, La guarda y custodia tras la ruptura. En *Custodia Compartida. Derechos de los hijos y de los padres*, coord. María del Carmen Gete-Alonso y Calera y Judith Solé Resina, Navarra: Aranzadi, 2015, 91-143. or.
- SORIANO MARTÍNEZ, Enrique, La ley valenciana de relaciones familiares de los hijos e hijas progenitores no conviven, nuevas tendencias en el derecho de familia, *Revista de derecho civil Valenciano*, 9 (2011), 1-10. or.
- VERDERA IZQUIERDO, Beatriz, Estado actual de la guarda y custodia y el régimen de visitas ante supuestos de violencia de género, en Isabel Vázquez Bermúdez (coord.), *Logros y retos: Actas del III congreso universitario nacional «Investigación y género»*, Sevilla: Universidad de Sevilla, 2011, 2040-2057. or.
- VIÑAS MAESTRE, Dolors, Medidas relativas a los hijos menores en caso de ruptura: Especial referencia a la guarda, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, 3, 2012, 1-55. or.
- ZAERA NAVARRETE, Juan, La audiencia al menor en los procesos de crisis matrimonial: comentario a la STS 413/2014, de 20 de octubre, *Actualidad jurídica iberoamericana*, 3 (2015), 793-810. or.