

LA CUSTODIA INDIVIDUAL COMO EXCEPCIÓN A LA PREFERENCIA LEGAL POR LA CUSTODIA COMPARTIDA*

José Antonio SERRANO GARCÍA
Profesor Titular de Derecho civil
Acreditado como Catedrático
Universidad de Zaragoza

RESUMEN

Establecida por el legislador aragonés la preferencia por el sistema de guarda y custodia compartida, el sistema de guarda y custodia individual queda como excepción a la regla general que, para ser establecido, requiere practicar las pruebas necesarias para conocer qué es lo más beneficioso para el menor, valorar ponderadamente los informes periciales y las restantes pruebas practicadas y motivar suficientemente la decisión adoptada atendiendo a la ponderación de los factores del artículo 80.2 CDFA: la edad de los hijos, su arraigo social y familiar, su opinión, la aptitud y voluntad de los progenitores, las posibilidades de conciliación de su vida familiar y laboral y cualquier otra circunstancia de especial relevancia para el régimen de convivencia; también, procurar no separar a los hermanos y excluir de la guarda y custodia al padre incurso en supuesto de violencia doméstica o de género. Estudio de las sentencias del TSJA y de las Audiencias provinciales aragonesas que, en los dos años de vigencia de la nueva regulación, han establecido la custodia individual.

* Texto preparado en el marco del Grupo de Investigación consolidado 2011-S29 de la DGA, denominado *Investigación y Desarrollo del Derecho Aragonés (IDDA)*, que cuenta con la financiación de la UE (fondos FEDER) y cuyo investigador principal es el Prof. DELGADO ECHEVERRÍA.

Es un texto que coincide casi literalmente con la segunda parte de mi ponencia «La custodia compartida aragonesa en la primera jurisprudencia», defendida en los *XXII Encuentros del Foro de Derecho Aragonés* (Zaragoza, 20 de noviembre de 2012) y que se publicará en las *Actas* de dichos Encuentros.

Palabras clave: Relación paterno-filial, autoridad familiar, guarda y custodia, custodia individual.

ABSTRAT

Due to the fact that the Aragonese legislator has established a preference for the joint care and custody system, the individual care and custody system is an exception to the general rule. So that the individual system can be established the necessary tests have to be carried out to find out what is more beneficial for the concerned minor, to carefully assess the expert reports and the remaining evidence presented and sufficiently reason the decision to be adopted by weighing out the factors established in article 80.2 of the Code of Regional Law of Aragon: the age of the children, their ties to the family and the community, the suitability and willingness of the parents, the possibilities the latter have of reconciling work and family life and any other circumstance which is especially relevant for the living regime. Also to be taken into account is to try not to separate siblings and to exclude a father from care and custody in cases where he is immersed in a presumed gender-based or domestic violence offense. We study of the judgments of the High Court of Justice of Aragón and the Aragón Provincial High Courts that, in the two years that the new legislation has been in force, have established individual custody.

Keywords: *Parent-child relationship, family authority, care and custody, individual custody.*

SUMARIO

I. LA CUSTODIA INDIVIDUAL COMO EXCEPCIÓN A LA REGLA GENERAL. II. REQUIERE PRACTICAR LAS PRUEBAS NECESARIAS PARA CONOCER QUÉ ES LO MÁS BENEFICIOSO PARA EL MENOR. III. VALORAR PONDERADAMENTE LOS INFORMES PERICIALES Y LAS RESTANTES PRUEBAS PRACTICADAS. IV. MOTIVAR SUFICIENTEMENTE LA DECISIÓN ADOPTADA ATENDIENDO A LA PONDERACIÓN DE LOS FACTORES DEL ART. 80.2 CDFA. V. PRECISIONES SOBRE LOS FACTORES DEL ART. 80.2: 1. LA EDAD DE LOS HIJOS; 2. EL ARRAIGO SOCIAL Y FAMILIAR DE LOS HIJOS; 3. LA OPINIÓN DE LOS HIJOS; 4. LA APTITUD Y VOLUNTAD DE LOS PROGENITORES; 5. LAS POSIBILIDADES DE CONCILIACIÓN DE LA VIDA FAMILIAR Y LABORAL DE LOS PADRES; 6. CUALQUIER OTRA CIRCUNSTANCIA DE ESPECIAL RELEVANCIA PARA EL RÉGIMEN DE CONVIVENCIA: A) *La distancia que separa el domicilio del padre del de la madre;* B) *La conflictividad existente entre las partes, su mala relación o su manera diferente de enfrentarse a la vida cotidiana.* VI. NO SEPARAR A LOS HERMANOS. VII. LA EXCLUSIÓN LEGAL DE UNO DE LOS PADRES DE LA GUARDA Y CUSTODIA POR VIOLENCIA DOMÉSTICA O DE GÉNERO (ART. 80.6). VIII. SENTENCIAS DEL TSJ O DE

LAS AA.PP. QUE ESTABLECEN LA CUSTODIA INDIVIDUAL: 1. SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ARAGÓN; 2. SENTENCIAS DE LAS AUDIENCIAS PROVINCIALES DE ARAGÓN. BIBLIOGRAFÍA ESPECÍFICA SOBRE LA REGULACIÓN ARAGONESA.

I. LA CUSTODIA INDIVIDUAL COMO EXCEPCIÓN A LA REGLA GENERAL

No cabe duda de que, como dice la STSJA 13/2011, de 15 de diciembre, el legislador aragonés, en defecto de pacto de relaciones familiares, ha establecido como preferente el sistema de custodia compartida, pues así lo expresa literalmente el artículo 80.2 CDFA, que sobre tal declaración no precisa más interpretación. La Ley parte de que el interés del menor se consigue mejor con la custodia compartida. Lo que exige mayor cuidado es determinar en qué casos y con qué justificación puede el juez, apartándose del criterio preferente, adoptar la custodia individual.

Así que, como concluye la STSJA 24/2012, de 5 de julio, *aunque el sistema establecido parte de la elección del sistema de custodia compartida como preferente, ello no es óbice para excluir tal predeterminación siempre y cuando, conforme a los propios criterios previstos en la norma, deba considerarse en un caso concreto que la custodia atribuida a un solo progenitor sea la mejor para el interés del menor. Encuadrada así la cuestión, la adopción de la custodia individual requiere la práctica de la necesaria prueba y su detenida valoración, puesto que sólo en caso de que esté claramente acreditado que la prevalencia del interés general del menor se satisface mejor con la custodia individual que con la prevalente de la custodia compartida, es cuando podrá ordenarse judicialmente la inaplicación de la norma general de preferencia en el supuesto concreto.* Y aclara más adelante que el juzgador de instancia para acordar el establecimiento o mantenimiento de una custodia individual de conformidad a la normativa legal de aplicación debe: primero, asegurar la práctica de las pruebas necesarias para llegar a conocer con la mayor exactitud posible lo más beneficioso para los menores y valorar las practicadas; y, segundo, acordar, en consecuencia con ellas, la excepción a la regla general de la custodia compartida y establecer la individual¹.

¹ En la SAPZ, Secc. 2ª, 409/2012, de 10 de julio, se dice que, siendo la custodia compartida el régimen preferente y determinado por el legislador, *el recurso de la demandada debe ser desestimado, al no haberse demostrado que la custodia individual, evaluados los factores del artículo 80.2 CDFA, sea la medida que se revele más adecuada para preservar el superior interés de las menores, designio al que debe ajustarse toda decisión, resolución o medida que afecte a las mismas (art. 76 CDFA).*

II. REQUIERE PRACTICAR LAS PRUEBAS NECESARIAS PARA CONOCER QUÉ ES LO MÁS BENEFICIOSO PARA EL MENOR

La STSJA 13/2011, de 15 de diciembre, dice que, *como resulta de nuestros textos procesales (art. 751 LEC) y ha resaltado con frecuencia la jurisprudencia, el principio dispositivo que rige nuestro proceso civil queda atenuado en los procedimientos de familia en general, y de forma especial en los que se dilucidan cuestiones relativas a los menores, razón por la que se requiere específicamente la presencia y la intervención del Ministerio Fiscal (art. 749.2 LEC), pero tal atenuación no se dirige únicamente a propiciar la intervención de oficio de los tribunales sino a que a éstos les sean presentadas las pruebas en todo momento y por cualquiera de las partes y por el Ministerio Fiscal (art. 752.1 LEC).*

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

III. VALORAR PONDERADAMENTE LOS INFORMES PERICIALES Y LAS RESTANTES PRUEBAS PRACTICADAS

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

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

Los informes técnicos no se incluyen entre los factores enumerados en el art. 80.2, sino que son objeto de regulación en el apartado siguiente, y recabarlos se configura como algo facultativo para el juzgador (STSJA 6/2012, de 9 de febrero)², sin perjuicio de las posibilidades de petición de prueba de todas las partes, así como del Ministerio Fiscal (art. 752.1 LEC) (STSJA 13/2011, de 15 de diciembre). En efecto, dispone el artículo 80.3 que, *antes de adoptar su decisión, el juez*

² En el caso de la SAPZ, Secc. 2ª, 352/2012, de 19 de junio, la distancia que separa la residencia de ambos progenitores (Zaragoza-Málaga) hace innecesaria a juicio de la Sala la petición del informe de especialistas que el recurrente echa en falta para desestimar su petición de custodia compartida.

podrá, de oficio o a instancia de parte, recabar informes médicos, sociales o psicológicos de especialistas debidamente cualificados e independientes, relativos a la idoneidad del modo de ejercicio de la autoridad familiar y del régimen de custodia de las personas menores.

Si el Juez los ha recabado, habrán de valorarse ponderadamente tales informes (STSJA 5/2012, de 8 de febrero) así como, en su caso, el resultado de la exploración judicial de los menores. Aunque ciertamente la cuestión no ha de resolverse como si se tratase de un concurso, en el que el padre mejor calificado obtenga como premio la custodia de los hijos (STSJA 4/2012, de 1 de febrero).

Los informes periciales de los técnicos, que suelen tener una importancia decisiva en muchos casos para la decisión del sistema de guarda y custodia a adoptar³, han de ser necesariamente valorados por los Tribunales, al igual que las demás pruebas, conforme al criterio de la sana crítica, fijado por el artículo 348 LEC⁴, y motivando la sentencia a tenor de lo prevenido en el art. 218.2 LEC.

Los Tribunales no están obligados a seguir la conclusión de los peritos, pudiendo apartarse de ella cuando ello esté justificado y se razone adecuadamente (Ss. TSJA 6/2012, de 9 de febrero, y 27/2012, de 24 de julio)⁵.

³ Algunas sentencias de Audiencias Provinciales, como las de la APZ, Secc. 2ª, 572, 573 y 574/2011, las tres de 15 de noviembre, 641/2011, de 12 de diciembre, 354/2012, de 19 de junio, o 417/2012, de 13 de julio, recalcan la singular importancia de los informes periciales. Suelen indicar que *tanto el TSJA* (Ss. 8 y 10/2011, de 13 de julio y 30 de septiembre, 4/2012, de 1 de febrero) *como el TS* (Ss. 28/9/2009, 11/3, 1 y 8/10 de 2010, 7/4 y 21/7 de 2011) *vienen a resaltar la importancia decisiva de los informes técnicos que el juez puede pedir en la apreciación de los elementos que le van a permitir adoptar el sistema de guarda y custodia. En el caso de que figuren estos informes, el juez debe valorarlos para formarse su opinión sobre la conveniencia o no de que se adopte cualquier medida sobre guarda y custodia o cualquier otra siempre en beneficio del menor.*

⁴ La SAPZ, Secc. 2ª, 269/2011, de 10 de mayo, recuerda que, *conforme al art. 348 Lec., la prueba de peritos es de libre apreciación, queriendo ello decir que el órgano judicial valorará el dictamen de peritos según los principios de la sana crítica, apreciando la prueba de acuerdo a las normas de la lógica elemental y las reglas comunes de la experiencia humana.*

⁵ En el caso de la STSJA 6/2012 la psicóloga del Juzgado se inclina por la custodia individual a favor de la madre únicamente por la existencia del conflicto entre las partes y su mala relación, el Juez atiende al criterio de la perito y mantiene la custodia individual de la madre. Pero la Audiencia revoca la sentencia de primera instancia y otorga la custodia compartida porque *en el presente supuesto la conflictividad proviene únicamente de aspectos sobre las vacaciones y forma de realización de las visitas u otros acontecimientos familiares, sin una entidad suficiente para desechar la custodia compartida. El TSJA dice que no asiste la razón a la parte cuando viene a aseverar que la custodia compartida no es la mejor forma de velar por el interés del menor si los informes técnicos no lo aconsejan. Estos informes, al igual que las demás pruebas, han de ser valorados por el Juzgador conforme a las reglas de la sana crítica, lo que cabalmente se ha hecho también en el caso y de lo que da cuenta la sentencia impugnada: [...]. Está pues, perfectamente justificado, y se razona adecuadamente, que el Juzgador de instancia se haya apartado del criterio de los peritos.*

El caso de autos de la STSJA 27/2012 debe ser tratado –según dice la propia sentencia– como un caso límite. *La prueba pericial practicada considera procedente la custodia compartida, aconsejando la psicóloga adscrita al juzgado que los menores compartan el tiempo de permanencia con cada progenitor de manera equitativa, en periodos semanales alternos. Por otra parte, la prueba practicada en el acto del juicio, a la que el juez de primera instancia otorgó valor de pericial, estima necesario mantener la estabilidad emocional de los menores, relevante especialmente en casos de niños adoptados.* Además la Audiencia ha llevado a cabo la exploración de la hija de 10 años, que manifestó que está bien con el sistema por el que actualmente se rigen las visitas con el padre. La opinión de la menor ha sido considerada especialmente por la Audiencia para confirmar la decisión del Juez de primera instancia de desestimar la petición de custodia compartida formulada por el padre.

Si el informe aportado por alguna de las partes contradice al emitido por el Gabinete Psicológico adscrito al Juzgado de Familia, dice la SAPZ 140/2011, de 8 de marzo, que se estará a este último por las garantías que le presta su independencia y objetividad⁶. Por otra parte, el informe de la psicóloga del juzgado, por su especialización, debe estimarse prevalente sobre el de la trabajadora social, que llega a la conclusión contraria (SAPZ, Secc. 2ª, 228/2012, de 25 abril).

El hecho de que en el informe psicosocial evacuado el día 11 de mayo de 2009 en el previo procedimiento de divorcio se hubiera desaconsejado por el psicólogo la custodia compartida, lo que motivó el rechazo de dicha pretensión en ambas instancias, no permite, sin más y, especialmente, sin práctica de nuevo estudio de la situación presente, considerarlo válido de modo esencial actualmente y con valor para fundamentar ahora el mantenimiento de la custodia individual a favor de la madre determinada en aquél procedimiento previo por no haber existido una variación sustancial de las circunstancias que justifique el cambio de custodia. *Y no sólo por el tiempo transcurrido desde que se hizo en 2009, sino, sobre todo y especialmente, porque en tal periodo de tiempo ha sido radicalmente modificada la legislación aplicable, al entrar en vigor la ley 2/2010, y, con ella, la preferencia del criterio de custodia compartida sobre la individual. Y, en su concreción, cambiaron tam-*

Entiende el TSJA que esta valoración de la prueba practicada se ajusta a lo establecido en el artículo 80.2 CDFA, tiene en cuenta los factores referidos a las edades de los hijos y a la opinión expresada por la mayor de ellos, y la decisión está motivada con una argumentación razonable.

En el caso de la SAPZ, Secc. 2ª, 234/2012, de 2 de mayo, que revoca la custodia compartida otorgada por la SJPI núm. 5 de Zaragoza de 19 de diciembre de 2011, y, en su lugar, restablece el sistema de custodia individual a favor de la madre acordado en el convenio regulador aprobado por la sentencia de divorcio, la Sala aprecia importantes contradicciones en el informe psicológico practicado en el proceso en el que se sustenta la custodia compartida que otorga el Juzgador en su resolución, lo que le lleva a estimar que las conclusiones del informe adolecen de una exhaustiva consideración de las reales consecuencias del cambio de custodia, siempre en atención a lo estimado y valorado como más correcto para el bienestar del menor. En suma, la Sala entiende que la custodia compartida no se revela en este caso concreto como el régimen más adecuado y beneficioso para el correcto desarrollo del menor (*casada* por STSJA 39/2012, de 27 de noviembre).

En el caso de la SAPZ, Secc. 2ª, 423/2012, de 13 de julio, se revoca la SJPI núm. 16 de Zaragoza de 21 de noviembre de 2011, que había establecido la custodia compartida por semanas alternas, y se otorga a la madre. Pese a que el informe de la psicóloga aconseja la custodia compartida por semanas, la Audiencia estima que la corta edad de la niña, de 7 años, la expresión consciente de su opinión en la exploración judicial, su correcta adaptación familiar, social y educativa, y la cercanía de su residencia al Colegio al que asiste, hacen más conveniente que la niña permanezca bajo la custodia de la madre. Y añade: *Aconsejar una custodia compartida porque facilitaría una vía de diálogo que no existe ..., deja sin fundamento las conclusiones del informe pericial emitido en este proceso.*

SAPZ, Secc. 2ª, 444/2012, de 23 de julio: *El Juez, no obstante lo aconsejado en el informe pericial, determina un régimen de guarda y custodia compartida por meses naturales alternos, por considerar que la situación familiar lo posibilita, habida cuenta de la capacidad detectada en ambos progenitores de hacer frente a las necesidades del menor; que sus horarios son semejantes, con las tardes libres; que sus domicilios no están excesivamente alejados; y que los dos cuentan con personas que los apoyen y cubran las necesidades impuestas por los imperativos laborales. Además de la buena disposición del padre ante las responsabilidades a las que ha de hacer frente, no dudándose que, por su propio interés, las deficiencias detectadas en periodos anteriores serán corregidas. Consideraciones que la Sala comparte y llevan a la confirmación de la resolución recurrida...*

⁶ En el mismo sentido, SAPH, Secc. 1ª, 154/2012, de 26 de julio.

*bién los factores a que necesariamente debe estarse en la valoración de la prueba para poder excepcionar la custodia compartida y sobre los que la sentencia recurrida no efectúa consideración alguna*⁷.

En la admisión del informe técnico de un procedimiento previo aportado como prueba documental no cabe apreciar que exista infracción alguna, porque dicho informe no es en este procedimiento prueba pericial, y como documental ha sido correctamente incorporado al expediente (STSJA 13/2012, de 9 de abril)⁸.

Tanto los informes de especialistas (art. 80.3) como la opinión de los menores [arts. 80.2.c), 76.4 y 6] adquieren singular relevancia para la fijación de la guarda y custodia (SAPZ, Secc. 2ª, 289/2012, de 29 de mayo). El propio informe psicosocial puede permitir al Juez valorar la voluntad de los menores recogida por los expertos que lo elaboraron (STSJA 24/2012, de 5 de julio). El derecho del menor a ser oído siempre que tenga suficiente juicio y, en todo caso, si es mayor de doce años (arts. 6 CDFA, 12 de la Convención de derechos del niño y 9 de la Ley Orgánica 1/1996), no exige que haya de ser oído directamente por el tribunal, sino que también puede ejercitar este derecho a través de representante u otras personas que por su profesión o especial relación de confianza puedan transmitir su opinión objetivamente (STSJA 34/2012, de 19 de octubre).

Lo mismo que los informes periciales, también habrá que valorar ponderadamente las restantes pruebas aportadas, en particular la exploración practicada a los menores con suficiente juicio. El art. 80.3 permite acordar de oficio la exploración del menor⁹. Como afirma la STSJ de Cataluña de 23 de febrero de 2012, y reproduce la STSJA 27/2012, de 24 de julio, *sin necesidad de entrar en disquisiciones doctrinales sobre la naturaleza jurídica de la exploración judicial puesto que difícilmente puede considerarse un medio de prueba en el que basar una resolución sino el instrumen-*

⁷ STSJA 13/2012, de 9 de abril, que casa la 92/2011, de 21 de mayo, de la APT.

En sentido contrario, dice la SAPH 79/2012, de 25 de abril, que «tal y como quedó establecido en el procedimiento anterior, el juzgado ya solicitó de oficio un informe a la trabajadora social del IMLA sobre la conveniencia de establecer un régimen de custodia compartida, tal y como autoriza el artículo 80-3 CDFA [...]. Dado el tiempo transcurrido desde que se emitió el 16 de febrero de 2011, y la fecha de esta segunda sentencia que ahora se recurre de 16 de diciembre de 2011, sus conclusiones son plenamente válidas». La Audiencia estima además que se producen los efectos de la cosa juzgada, que impiden que pueda intentarse sucesivamente la revisión del convenio regulador al amparo de la Disposición transitoria de la Ley 2/2010.

⁸ En la SAPZ, Secc. 2ª, 423/2012, de 13 de julio, la Audiencia destaca *la divergencia en el contenido de los informes psicológicos del Gabinete adscrito al Juzgado emitidos en tan corto lapso de tiempo en el presente proceso y en el de divorcio, resultando las conclusiones diametralmente opuestas, lo que resulta desconcertante ante una misma situación familiar*. La Audiencia revoca la custodia compartida aconsejada por la psicóloga y acordada por el Juez y mantiene la custodia individual a favor de la madre.

⁹ En el caso de la STSJA 24/2012, de 5 de julio, se dice que, *con carácter previo al dictado de la sentencia dictada por la Audiencia Provincial, como diligencia final, el Magistrado ponente, junto con la representante del Ministerio Fiscal, efectuaron la exploración de los dos hijos del matrimonio, Irene y Marcos. Los dos, de 12 y 10 años de edad, respectivamente, con juicio y madurez suficiente, según percibió el Magistrado, expresaron con claridad que su relación es buena con uno y otro de los progenitores, y que desean seguir en la situación en que se encuentran, esto es, bajo custodia y en convivencia con la madre*.

to por el que el menor afectado por un procedimiento puede dar a conocer al Juez su opinión (de tal modo que según algún sector doctrinal el contenido de la exploración podría quedar fuera del conocimiento de las partes) lo cierto es que en la exploración adquiere el principio de inmediación su mayor relevancia, pues con independencia de lo que se haga constar en el acta, en el caso de que se hubiese documentado como aquí ha ocurrido, la percepción, impresiones, etc. que tuvo el Tribunal en la entrevista con los menores difícilmente pueden ser plasmadas en toda su amplitud en un documento escrito.

Se trata, pues, de una facultad que los tribunales habrán de utilizar a su mejor arbitrio y sin perjuicio de las posibilidades de petición de prueba en todo momento y por todas las partes y el Ministerio Fiscal (art. 752.1 LEC), en orden al mejor conocimiento de cualquier circunstancia que afecte a los menores y que redunde en la mejor protección del interés de los mismos. Así que, como dice la STSJA 34/2012, de 19 de octubre, *no cabe elevar a la categoría de derecho fundamental del niño la necesidad de ser explorado de forma directa por los tribunales en todos los casos, con la consecuencia de entenderse infringido el derecho a la tutela judicial efectiva en el supuesto de no hacerse así, pues no se deduce tal derecho absoluto de los indicados preceptos [arts. 12 de la Convención de derecho del niño, 9 de la Ley Orgánica 1/1996 y 6 del CDFIA]*¹⁰.

Ya hemos indicado que en estos procesos no se aplica rígidamente los criterios de distribución de la carga de la prueba (art. 217 LEC), *sin perjuicio de que en la valoración de la misma se haya de partir de la capacidad y aptitud de los progenitores para asumir la custodia de sus hijos, por lo que habrá de probarse lo contrario para adoptar cualquier decisión en tal sentido* (STSJA 13/2011, de 15 de diciembre)¹¹.

La valoración de la prueba practicada en las instancias no puede ser revisada en casación, por cuanto el objeto de este recurso extraordinario no es llevar a cabo una nueva valoración de la prueba, que corresponde a los instancias procesales, sino determinar la recta aplicación del derecho sustantivo al caso de autos (Ss. TSJA 4/2012, de 1 de febrero, y 34/2012, de 19 de octubre). *Una correcta técnica casacional implica plantear cuestiones jurídicas sin apartarse de los hechos, toda vez que el recurso de casación no constituye una tercera instancia, sino que es un recurso extraordinario que tiene una finalidad de control de la aplicación de la norma sustantiva y de creación de doctrina jurisprudencial, lo que impide invocar la infracción de normas sustantivas desde una contemplan probatoria contenida en la sentencia impugnada, y si se argumenta al margen de la base fáctica contenida en la misma se incurre en el defecto casacional de hacer «supuesto de la cuestión»* (STSJA 35/2012, de 26 de octubre).

¹⁰ En el caso de esta sentencia, el representante del Ministerio Fiscal alega la nulidad de la sentencia de la Audiencia al amparo del art. 238.3º LOPJ, por considerar que se ha producido la infracción del principio de tutela judicial efectiva (art. 24.1 Const.) al no haber sido oído el menor, en este caso la niña Paula, nacida el 15 de junio de 2001 (de diez años y nueve meses de edad en el momento de ser dictada la sentencia de apelación).

¹¹ *Vid. etiam* SAPZ, Secc. 2ª, 33/2012, de 17 de enero. También la SAPZ, Secc. 2ª, 246/2012, de 9 de mayo, destaca que «en este tipo de procedimientos no rige el principio dispositivo (art. 751 LEC), exigiéndose la presencia e intervención del M. Fiscal, pudiendo el Tribunal practicar las pruebas que estime pertinentes de oficio (art. 752.1 LEC), todo ello al estar en juego intereses de especial protección».

Así que cuando los tribunales de instancia han efectuado una valoración suficiente y razonada de la prueba practicada teniendo en cuenta los distintos factores puestos de manifiesto por los informes periciales médicos, sociales o psicológicos, tal valoración no puede ser revisada en casación salvo si la misma resulta manifiestamente irracional, ilógica o arbitraria (art. 469.1.4º LEC)¹². Salvo en tales casos, procederá la inadmisión (o desestimación si ha sido admitido) del recurso de casación que pretenda la revisión de la prueba practicada en las instancias (art. 483.2 LEC).

IV. MOTIVAR SUFICIENTEMENTE LA DECISIÓN ADOPTADA ATENDIENDO A LA PONDERACIÓN DE LOS FACTORES DEL ART. 80.2 CDFA¹³

Los tribunales de instancia, al apartarse de la regla general que da preferencia a la custodia compartida, han de seguir adecuadamente las reglas indicadas en el art. 80.2 razonando suficientemente la decisión adoptada (Ss. TSJA 4 y 5/2012, de 1 y 8 de febrero). O, como señala la STSJA 13/2012, de 9 de abril, *para determinar si existen razones que justificarían establecer la custodia individual o si debe estarse al criterio preferente de custodia compartida*, hay que atender a las previsiones contenidas en el art. 80.2 CDFA. De manera que, como expresa el Preámbulo, *el Juez deberá motivar su decisión teniendo en cuenta el plan de relaciones familiares y los factores a los que se refiere el artículo 80, como la edad de los hijos, el arraigo social y familiar de los hijos, la opinión de los hijos, la aptitud y la voluntad de los progenitores para asegurar la estabilidad de los hijos o las posibilidades de los padres de conciliar su vida familiar y laboral. El artículo 80 también establece que en todo acuerdo de custodia, salvo circunstancias excepcionales, no se separará a los hermanos.*

En todo caso, como dice MARTÍNEZ DE AGUIRRE¹⁴, «las razones y pruebas en que se base el Juez para justificar la custodia individual habrán de ser tanto más poderosas cuanto más deba hacer frente no solo a la preferencia legal, sino a la solicitud [de custodia compartida] de uno de los progenitores, o de ambos».

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

¹² Ss. TS 28 de noviembre de 2008, 8 de julio de 2009, 10 de septiembre de 2009, 19 de octubre de 2009 y 10 de octubre de 2011; Ss. TSJA 4/2012, de 1 de febrero, 5/2012, de 8 de febrero, 34/2012, de 19 de octubre.

¹³ *Vid.* como trabajo específico y referido a la regulación aragonesa: CALLIZO LÓPEZ, María Ángeles, «Breve análisis de los factores legales a ponderar por el/la juez al decidir sobre el régimen de guarda y custodia de los hijos en Aragón», *Revista Aequalitas* núm. 30, enero-junio 2012, pp. 19 a 33.

¹⁴ «La regulación de la custodia compartida en la Ley de igualdad de las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres», en *Actas de los XX Encuentros del Foro de Derecho Aragoneses* (Zaragoza-Huesca, 2010), El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2011, p. 155.

Los factores del artículo 80.2 *han de ser ponderados por el tribunal sentenciador, quien habrá de explicar las razones que conducen a una decisión, teniendo en cuenta el conjunto de circunstancias y considerando el preferente interés de los hijos menores*¹⁵. *Siendo así, la custodia individual es una de las posibilidades legales existentes que, motivada suficientemente, no vulnera el derecho a la igualdad de los progenitores (STSJA 27/2012, de 24 de julio)*¹⁶.

Así, en el caso de la STSJA 24/2012, de 5 de julio, *se constata que las pruebas tenidas en cuenta en la sentencia recurrida y, por su admisión en ella, las del Juzgado de Primera Instancia, tendieron a conocer lo que era realmente más beneficioso para los hijos, a la vez que ambas resoluciones razonaron en atención a los factores contenidos en los apartados a) a f) del citado artículo 80.2 y, entre ellos, previa percepción directa de los medios de prueba, concluyeron con la prevalencia de algunos de tales factores sobre los otros, dentro del ámbito que la decisión jurisdiccional de instancia comprende*¹⁷.

Por otra parte, *cuando se trata de relaciones paterno-filiales el Juez nunca puede incurrir en incongruencia «ultra petita» ni «extra petita», pues, siendo el proceso matrimonial un instrumento al servicio del Derecho de familia, en el que se dan elementos de «ius cogens» derivados de su especial naturaleza, los principios dispositivo y de rogación característicos del proceso civil quiebran y son sustituidos por el de oficio o inquisitivo, de modo*

¹⁵ La STSJA 8/2011, de 13 de julio, estima el recurso extraordinario por infracción procesal contra la SAPT 4/2011, de 11 de enero, en el motivo formulado al amparo del art. 218.2 LEC, referido a la exigencia de motivación de las sentencias. *La argumentación de la Audiencia no resulta coherente. No deben los tribunales acordar una medida, que afecta a derechos eminentemente personales de menores, cuando dicha solución es considerada poco conveniente; ni hay razones para instar a las partes a la sustitución de la forma de custodia que impone –pese a desvalorarla– «al menos cuando el menor alcance la edad suficiente para la escolarización obligatoria», pues no hay motivos que conduzcan a la modificación a partir de ese momento, ni las razones que a ello conducen se exponen en la fundamentación jurídica del fallo.*

En el fundamento jurídico 5º de esta sentencia, con cita de la STC 64/2010, de 18 de octubre (Sala 2ª), se recuerda que el derecho a la tutela judicial efectiva supone que la resolución ha de estar suficientemente motivada y que la motivación debe contener una fundamentación en Derecho. *Una fundamentación contraria a la lógica, incoherente o irrazonable, impediría conocer realmente las razones de la decisión, y propiciaría la arbitrariedad de los poderes públicos, que está vedada por el artículo 9.3 de la Constitución Española.*

¹⁶ La doctrina de la Sala 1ª del TS en materia de falta de motivación de las sentencias la reproduce, entre otras, la STS 323/2012, de 25 de mayo. Añade esta sentencia que, alegada falta de motivación en las sentencias recaídas en casos en que se discute la guarda y custodia compartida, solo puede examinarse en casación si el Juez *a quo* ha aplicado correctamente el principio de protección del interés del menor, motivando suficientemente a la vista de los hechos probados en la sentencia que se recurre, la conveniencia de que se establezca o no este sistema de guarda (SSTS 614/2009, de 28 septiembre, 623/2009, de 8 octubre, 469/2011, de 7 julio, 578/2011, de 21 julio, 579/2011, de 22 julio, 641/2011, de 27 septiembre y 154/2012, de 9 marzo). En el caso de esta sentencia, la Sala concluye, de acuerdo con el informe del Ministerio Fiscal que apoya el recurso extraordinario por infracción procesal, que *falta la motivación suficiente para considerar cumplido el deber constitucional de motivación, al fundarse la sentencia recurrida únicamente en forma nominal en el interés del menor, que después no aplica para resolver el recurso.*

¹⁷ SAPZ, Secc. 2ª, 384/2012, de 3 de julio: *Esta Sala ya ha reiterado que deben adoptarse las medidas referentes a los menores en su exclusivo interés, al margen de las preferencias o caprichos de los progenitores, implantándose la custodia individual cuando se revele más beneficiosa para aquellos, tras valorar los parámetros contemplados en el artículo 80 CDF.*

que las medidas tuitivas relativas a los hijos del matrimonio deberán ser resueltas por el Juez como estime más conveniente al interés del menor aun cuando las partes no se lo hubieran solicitado¹⁸. En este sentido puede verse el FJ 4 de la STC 185/2012, de 17 de octubre.

V. PRECISIONES SOBRE LOS FACTORES DEL ARTÍCULO 80.2

1. LA EDAD DE LOS HIJOS

Es el primero de los factores mencionados en el artículo 80.2 CDFa. La STSJA 13/2012, de 9 de abril, indica que *los tres hijos del matrimonio, que tienen hoy 16, 12 y 7 años, han superado las edades más tempranas que podrían aconsejar que vivieran de modo permanente en un solo domicilio y que fuera uno solo de los progenitores quien los tuviera de un modo permanente bajo su custodia.*

«La edad más temprana» o «la corta edad» de los hijos es un factor relevante y favorable a la custodia individual, normalmente de la madre¹⁹. Esa temprana o corta edad parece identificarse con la primera infancia²⁰, y puede considerarse que termina ordinariamente al cumplir los tres años de edad²¹. Pero, como dice

¹⁸ SAPZ, Secc. 2ª, 659/2011, de 20 de diciembre, que cita la STC 120/84, de 10 de diciembre, y las Ss. TS de 2 de diciembre de 1987 y 16 de julio de 2004.

En el mismo sentido, La SAPZ, Secc. 2ª, 119/2012, de 7/3, señala que *no puede apreciarse la incongruencia extra petita denunciada por la demandada, por ser ésta una materia de ius cogens en la que de oficio actúa el Juzgador preservando siempre el bienestar e interés del menor, al margen de la postulación de las partes.*

En el caso de la SAPZ, Secc. 2ª, 352/2012, de 19 de junio, el Juez mantiene la guarda y custodia individual a favor de la madre (con rechazo de la compartida solicitada por el padre), pero como aquélla se ha trasladado con motivos justificados a vivir a Málaga, modifica de oficio el régimen de visitas del progenitor no custodio. El nuevo régimen de visitas es confirmado por la Audiencia *por ser en las actuales circunstancias el más adecuado y de posible cumplimiento.*

¹⁹ La edad de la menor (18 meses) es otro factor relevante [art. 6.2 LIRF; 80.2.a) CDFa], teniendo en cuenta este apartado la Declaración de los Derechos del Niño aprobada en la 14ª Sesión Plenaria de la ONU de 20 de noviembre de 1959, por la que se indica que, salvo excepciones, no se debe separar a un niño de corta edad de su madre (Ss. APZ, Secc. 2ª, 199 y 572/2011, de 12 de abril y 15 de noviembre).

²⁰ En el caso de la SAPZ, Secc. 2ª, núm. 634/2011, de 2 de diciembre, se trata de dos menores nacidas respectivamente en 2001 y 2008. La ruptura de la convivencia se produjo en diciembre de 2009, habiendo permanecido ambas desde entonces bajo la custodia de la madre. La Audiencia, para mantener la custodia individual de la madre sobre las dos hijas, además de atender al informe de la Psicóloga adscrita al Juzgado de instancia, dice que, *en todo caso, la hija pequeña contaba con dos años al tiempo de presentación de la demanda y en junio pasado cumplió tres, por lo que, encontrándose en la primera infancia y teniendo en cuenta el primer factor que el legislador ha tenido en cuenta en el artículo 80 CDFa a la hora de adoptar uno u otro régimen de custodia, además del principio que aconseja la no separación de los hermanos, la Sala considera que resulta más conveniente, como más favorable al superior interés de las menores, la custodia individual de ambas por la madre.*

²¹ El voto particular del Presidente de la Sala 2ª a la SAPZ 511/2011, de 13 de octubre, dice que la edad del menor, que actualmente tiene tres años y medio, no puede ser considerada incompatible para la concesión de la custodia compartida.

la STSJA 29/2012, de 25 de septiembre, la corta edad del niño (3 años cuando se dictó la sentencia de primera instancia) *es un hecho que, por sí solo, no es ni puede ser suficiente para obviar el criterio preferente de la ley* (la custodia compartida).

Añade la STSJA 30/2012, de 28 de septiembre, que *la circunstancia de la corta edad del menor [cuenta en este momento tres años de edad] no resulta por sí sola determinante para rechazar la custodia compartida por los dos progenitores, sin otros factores adicionales que impongan una especial atención por parte de la madre y que en este caso no concurren*. En la situación enjuiciada por esta sentencia *el niño acude ya a la guardería y tiene por tanto un amplio horario de estancia fuera del domicilio familiar que facilita su cuidado por parte de cualquiera de los progenitores. Los horarios laborales de los padres tampoco resultan concluyentes para descartar la custodia compartida*.

En el caso de la SAPZ, Secc. 2ª, 507/2012, de 11 de octubre, se tiene en cuenta que ambos progenitores, en su momento, consensuaron y mantuvieron una custodia compartida del hijo común y que en la actualidad ha cumplido los dos años, por lo que no existe obstáculo alguno, teniendo en cuenta que el propio informe psicosocial prevé la custodia compartida a partir de los 3 años, a que el régimen instaurado por la sentencia apelada (custodia compartida por semanas) se mantenga, sin necesidad de su modificación actual para volver a fijarse una vez superada la indicada edad.

Conviene recordar que el artículo 79.5 dice que *cuando se haya acordado la custodia individual en atención a la edad del hijo o hija menor, se revisará el régimen de custodia en el plazo fijado en la propia Sentencia, a fin de plantear la conveniencia de un régimen de custodia compartida*. Así que el establecimiento de la custodia individual en atención a la corta edad del hijo, excepciona la preferencia legal por la custodia compartida sólo de forma transitoria: mientras la corta edad siga siendo un factor relevante para mantener la custodia individual. La propia sentencia ha podido fijar un plazo de revisión cuando el hijo alcance cierta edad²². Pero, en

La edad de la hija, de tres años y medio, no es factor exclusivo para la denegación de la guarda y custodia compartida en el caso de la SAPZ, Secc. 2ª, 682/2011, de 27 de diciembre, que desestima el recurso interpuesto por la madre en petición de custodia individual a su favor y confirma la SJPI núm. 6 de Zaragoza 28 de julio de 2011 que acuerda la guarda y custodia compartida por ambos padres, todo ello con fundamento en el informe del gabinete psicosocial adscrito al Juzgado y el apoyo de la familia externa en ambos progenitores.

La SAPZ, Secc. 2ª, 62/2012, de 7 de febrero, revoca la SJPI núm. 16 de Zaragoza de 30 de junio de 2011 que había establecido la custodia compartida por semanas alternas, manteniendo la custodia individual a favor de la madre atribuida por la sentencia de divorcio en 2009, por entender que valorada la prueba practicada, y como factor muy relevante la edad de la menor, que en el momento de interposición de la demanda tenía tres años recién cumplidos [art. 80.2.a) CDFEA], la custodia individual de la madre es el sistema más conveniente.

En la SAPH, Secc. 1ª, 154/2012, de 26 de julio, la corta edad de la menor –nació en el año 2009– ya se tuvo en cuenta por la psicóloga del Instituto de Medicina Legal y por la propia juzgadora *a quo*, no siendo un impedimento para la custodia compartida por periodos semanales acordada y que la Audiencia ratifica.

²² Las Ss. del JPI núm. 6 de Zaragoza de 5 de abril y 16 de junio de 2011, dicen que la situación de custodia individual que se acuerda [o se mantiene] se limita temporalmente al momento en que el menor cumpla los *doce años*, a partir de los cuales cualquiera de las partes podrá pedir la revisión

todo caso, la custodia individual acordada en atención a la corta edad del hijo podrá ser revisada, a fin de plantear la conveniencia de un régimen de custodia compartida, cuando la edad del hijo haya dejado de ser una circunstancia relevante favorable a la custodia individual²³. También cabe que la sentencia que acuerda la custodia individual en atención a la corta edad del hijo señale directamente que la custodia compartida comenzará cuando el hijo cumpla determinada edad (supuesto conocido como de «custodia mixta»)²⁴.

2. EL ARRAIGO SOCIAL Y FAMILIAR DE LOS HIJOS

El arraigo social del hijo en una determinada localidad es un factor relevante favorable a la custodia individual del padre que vive en ella cuando el otro reside o se traslada a localidad distinta, en ocasiones muy alejada²⁵.

en aras a comprobar si subsisten o no las trabas que en este momento desaconsejan la custodia compartida entre ambos padres.

La del mismo Juzgado de 12/5/2011 (confirmada por la SAPZ, Secc. 2ª, 391/2012, de 10 de julio) señala que la custodia individual a favor de la madre *será revisable al cumplir las hijas los doce años de edad a instancia de cualquiera de las partes o antes si concurre acreditada modificación sustancial de medidas ad hoc*.

La S. del mismo Juzgado de 16 de junio de 2011, confirmada por la de la APZ, Secc. 2ª, 557/2011, de 2 de noviembre, mantiene la custodia del hijo menor, de 6 años de edad, a favor de la madre *por un periodo añadido de dos años* desde la fecha de esta sentencia, al término de los cuales cualquiera de las partes podrá solicitar el sistema de custodia compartida en función del resultado del mayor sistema de visitas y medidas que ahora se adoptan. El informe de la psicóloga indica que el aumento de tiempo compartido con el padre debe llevarse a cabo de manera progresiva, para que el menor se vaya acostumbrando a permanecer con su padre periodos cada vez más largos.

²³ En el caso de la SJPI núm. 16 de Zaragoza de 20 de junio de 2011 se atribuye a la madre la guarda y custodia del hijo de 2 años y 9 meses de edad, y la sentencia dice que «cuando el menor cumpla 10 años de edad el régimen de custodia podrá ser revisado». Pero la SAPZ, Secc. 2ª, 70/2012, de 14 de febrero, entiende que «debe suprimirse la previsión que efectúa el Juzgador sobre la revisión de la custodia en el plazo estipulado, por carecer de operatividad dicho pronunciamiento». La SJPI núm. 6 de Zaragoza de 7 de diciembre de 2011 dice que «no ha lugar a establecer un régimen de custodia compartida entre los padres, si bien cuando el menor cumpla 12 años de edad el régimen de custodia podrá ser revisado». En apelación la SAPZ, Secc. 2ª, 170/2012, de 30 de marzo, se limita a confirmar la de primera instancia, sin decir nada sobre este particular.

La SJPI núm 6 de Zaragoza de 27 de diciembre de 2011 mantiene el régimen de guarda exclusiva a favor de la madre, «si bien cuando la menor cumpla 12 años de edad el régimen de custodia podrá ser revisado, en aras a comprobar si subsisten o no las trabas que en este momento desaconsejan la custodia compartida entre ambos padres. Pero la SAPZ, Secc. 2ª, 221/2012, de 25 de abril, dice que «debe suprimirse la revisión de la custodia a los 12 años por su improcedencia».

²⁴ Hasta que la hija menor, de 5 años de edad, cumpla 7 años, el padre podrá tener a los hijos en su compañía fines de semana alternos desde el viernes a la salida del colegio hasta el lunes por la mañana, y una tarde con pernocta debiendo reintegrarlos en el colegio. Una vez la hija menor cumpla 7 años los padres tendrán la custodia de sus hijos dos meses alternativamente cada uno. La SJPI núm. 6 de Zaragoza de 4 de julio de 2011 considera que ambas formas lo son de custodia compartida. La SAPZ, Secc. 2ª, 7/2012, de 17 de enero, dice que *ninguna razón, partiendo de la conveniencia del régimen de guarda y custodia compartida, existe para limitar la entrada en funcionamiento de dicho régimen dos años más, procediéndose a revocar la sentencia en este apartado*.

²⁵ En el convenio regulador suscrito en el divorcio ambas partes pactaron un sistema de guarda y custodia compartida por meses alternos, que la madre quiere que continúe, bien que con la lógica

El proceso de adaptación a la escuela en el que el niño de tres años de edad se encuentra no se vería favorecido por un cambio semanal de domicilio como pretende el padre, pero esto no es bastante para excluir el régimen preferente, pareciendo más adecuada la alternancia bisemanal o quincenal²⁶.

En el caso resuelto por la STSJA 13/2012, de 9 de abril, dice la Sala que *no existe prueba que permita considerar que los hijos del matrimonio disuelto tengan menor arraigo con la familia del padre que con la de la madre, constando además que es buena su relación con la pareja con quien actualmente convive el padre, y sin que nada permita deducir que el hecho de haber tenido los hijos del matrimonio disuelto hermanos gemelos de vínculo sencillo pueda perjudicar su estancia en la casa del padre pues, antes al contrario, la custodia compartida parece que debe favorecer la relación con los nuevos hermanos.*

Por el contrario, en el caso de la SAPH, Secc. 1ª, 55/2012, de 16 de marzo, confirmada por la STSJA 34/2012, de 19 de octubre, la Audiencia concluye que la hija mayor no ha aceptado hasta ahora la nueva familia creada por su padre con otra pareja y la hija de ésta, aunque intenta adaptarse a la nueva situación, lo que no es considerado como un capricho de la menor sino como una toma de postura personal que responde a sus propios sentimientos, y que parece que las niñas están más unidas sentimentalmente a la madre por lo que se considera que la custodia compartida supondría imponer a la hija mayor, alcanzando el mismo régimen a la menor, un nuevo factor de sufrimiento personal que no le conviene para el desarrollo de su personalidad, por lo que choca con el interés de las menores de acuerdo con los factores señalados al efecto por el art. 80.2 –la opinión de los hijos, el arraigo familiar y cualquier otra circunstancia de especial relevancia para el régimen de convivencia–.

3. LA OPINIÓN DE LOS HIJOS

El derecho del menor a ser oído aparece recogido en el artículo 12 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño de 20 de noviembre de 1989, ratificada por España por Instrumento de 30 de noviembre de 1990, así como en el artículo 9 de la LO 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor. Además, cabe citar el art. 24.1 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, publicada en el DOUE de 14 de diciembre

modificación impuesta por su traslado a Madrid, esto es, sustituyendo el sistema pactado de alternancia mensual por el de años escolares. Subsidiariamente, la madre pide que se le atribuya exclusivamente a ella la custodia individual de los dos hijos de 11 y 5 años de edad. La custodia que la madre pretende implicaría que los hijos alternasen sucesivamente sus cursos escolares en Madrid y Zaragoza, lo que, como es obvio, no es la solución más favorable al desarrollo evolutivo y adaptación personal, escolar, familiar, socialización con iguales, rendimiento académico, etc. de los menores. Y también debe denegarse la custodia individual a favor de la madre, pues ambos hijos tienen su vida organizada y estructurada en Zaragoza, el mayor ha mostrado su rechazo a trasladarse a Madrid y un reparto de hijos debe ser desechado por la inconveniencia que una separación de los hermanos supondría. Se mantiene, pues, la guarda y custodia individual a favor del padre (SAPZ, Secc. 2ª, 60/2012, de 7 de febrero).

²⁶ STSJA 29/2012, de 25 de septiembre.

de 2007 e íntegramente reproducida en el artículo 2 de la LO 1/2008, de 30 de junio, por la que se autoriza la ratificación por España del Tratado de Lisboa²⁷. En la normativa aragonesa, el derecho del menor a ser oído está establecido en los artículos 6, 76.4 y 80.2.c) del CDFa.

Pero no se trata simplemente de respetar el derecho del menor a ser oído siempre que tenga suficiente juicio y, en todo caso, si es mayor de doce años (art. 6, al que se remite el 76.4 CDFa), sino de tener en cuenta su opinión, con especial consideración a los mayores de catorce años [80.2.c)]²⁸, para, en unión de los restantes factores del art. 80.2, decidir si la custodia individual es más conveniente para él²⁹.

La opinión de los menores resulta relevante a la hora de decidir sobre su forma de vida futura, aunque habrá de ser valorada juntamente con los demás factores que expresa el precepto citado (art. 80.2). No es la voluntad que decide el litigio, ya que se trata de personas en formación que, conforme al art. 5 CDFa, no tienen plena capacidad de obrar, pero esta expresión es un factor de relieve a la hora de adoptar la decisión (STSJA 27/2012, de 24 de julio). La STSJA 34/2012, de 19 de octubre, insiste en que el artículo 80.2 no señala a la opinión de los menores como factor preferente sino como uno más de los que deben ser tenidos en cuenta ponderadamente por los tribunales para la adopción del régimen de custodia.

En el caso de la STSJA 13/2012, de 9 de abril, que sustituye la custodia individual de la madre por la compartida, la opinión de los hijos menores de mayor edad (16 y 12 años) evidencia con claridad que el deseo de ambos hermanos es el de poder vivir tanto con su padre como con su madre, lo que *constituye un dato esencial que debe ser claramente valorado* a favor del establecimiento de la custodia compartida.

La opinión de la menor es un dato a tener en cuenta como así viene establecido en la norma aragonesa [arts. 6, 76.4 y 80.2.c) CDFa], obviamente no se trata de acceder sin más trámites a la conveniencia de la menor; sino de conjugar de manera adecuada su opinión (claramente favorable a convivir con su madre) con el resto de datos relevantes que confluyen en el litigio, en este caso las pruebas periciales obrantes, es por ello que en

²⁷ Vid. SSTC 22/2008, de 31 de enero, FJ 7; 183/2008, de 22 de diciembre, FJ 3; 185/2012, de 17 de octubre, FJ 9.

²⁸ De la exploración del hijo mayor, de 16 años de edad, edad suficiente para expresar su opinión de forma consciente y racional, se desprende, la negativa de los hijos a residir con su padre, ni aun temporalmente de manera alterna, por lo que el recurso deber ser rechazado en este concreto apartado (SAPZ, Secc. 2ª, 198/2012, de 11 de abril).

El Juez, en el acto de la vista, acordó la no necesidad de la prueba pericial solicitada *por cuanto el hijo, de 16 años y cinco meses y medio en ese momento, había manifestado en la exploración practicada en diciembre anterior su deseo de estar con su madre* (SAPZ, Secc. 2ª, 437/2012, de 20 de julio).

²⁹ Los menores (de 12 y 10 años), con juicio y madurez suficientes, son partidarios de mantener la relación con sus progenitores tal como se viene regulando en la actualidad, sin cambios. Tanto los informes de especialistas (art. 80.3) como la opinión de los menores [arts. 80.2.c), 76.4, 6] adquieran especial relevancia para la fijación de la guarda y custodia (SAPZ, Secc. 2ª, 77/2012, de 21 de febrero). *Confirmada* por STSJA 24/2012, de 5 de julio.

el presente supuesto se hace evidente que la custodia individual es más beneficiosa para las menores que la compartida (SAPZ, Secc. 2ª, 333/2011, de 14 de junio)³⁰.

El legislador da relevancia a la opinión de los menores. Los menores tienen sus propios deseos y sentimientos que no pueden ser dejados de lado, sino que deben ser tenidos muy en cuenta cuando lo que se busca es su propio beneficio, también cuando son adolescentes o preadolescentes (como aquí ocurre), con toda la problemática que tal periodo lleva consigo acentuando los roces consustanciales a toda situación de convivencia, que aparecen más raramente cuando la relación es esporádica. Por ello, aunque ciertamente actuar en beneficio e interés de los menores (art. 76.2 CDF) no equivale sin más a la satisfacción de todos sus deseos, en algunos casos hemos dado relevancia a la propia opinión de los menores a fin de determinar lo más beneficioso para ellos cuando ambos progenitores tienen la capacidad necesaria para llevar a buen puerto su educación (como sucede en este caso) y para tomar decisiones sobre sus hijos. En suma, una cosa es que los menores deban ser oídos y otra que debamos sistemáticamente contrariar su voluntad cuando, al fin y al cabo, ellos no tienen ninguna culpa de que no puedan convivir con sus dos progenitores, cuyos deseos, sentimientos, afectos y emociones también cuentan, desde luego, pero menos que los de sus hijos, quienes nada han hecho para crear los riesgos de disgregación familiar; lo que no significa ningún tipo de reproche, ni premiar ni castigar a ninguno de los progenitores, sino hacer que la ruptura matrimonial –cuyos efectos perduran a lo largo del tiempo– sea lo menos traumática posible para los hijos de la pareja que se separa³¹.

La opinión del menor puede conocerse a través del informe psicológico o social y/o por medio de la exploración judicial. La exploración del menor puede tener lugar a instancia de parte o de oficio y practicarse en primera o segunda instancia³², o en ambas³³. Pero la opinión del menor tanto puede ser favorable a

³⁰ En el caso de esta sentencia, la Audiencia revoca la sentencia del JPI núm. 6 de Zaragoza de 27 de enero de 2011 que había otorgado la custodia de forma compartida sobre los menores de 10 y 6 años de edad, y se atribuye individualmente a la madre porque en los dos informes psicosociales, uno del Juzgado y otro de parte, se rechaza la custodia compartida aconsejando la individual de la madre recurrente y también porque en la exploración practicada en la alzada la niña de 10 años ha mostrado una clara preferencia a la estancia con su madre que ha sido la figura de especial referencia en su vida.

³¹ Así se expresa la SAPH, Secc. 1ª, 7/2012, de 24 de enero, reiterando lo dicho en otras ocasiones (por ejemplo, en la S. 311/2011, de 16 de diciembre). En el caso de autos el menor tiene ya casi catorce años y desea claramente vivir con su padre. La Sala valora asimismo el rechazo frontal que el menor siente hacia el compañero sentimental de la madre.

³² La menor, de 12 años de edad, ha sido oída en la segunda instancia y ha manifestado su deseo de continuar con el régimen de custodia compartida, manteniendo su actual situación. Esta consideración, unida a la preferencia legal y a que ambos progenitores tienen aptitud y capacidad para el cuidado de la menor, inclinan a la Sala a mantener la custodia compartida con el régimen de semanas alternas impuesto, que se adapta adecuadamente a la disponibilidad laboral de ambos progenitores (SAPZ, Secc. 2ª, 54/2012, de 7 de febrero).

Se ha practicado en esta instancia exploración de la menor Andrea en la actualidad de 8 años de edad (SAPZ, Secc. 2ª, 246/2012, de 9 de mayo). Otros casos: Ss. APZ, Secc. 2ª, 345/2012, de 19 de junio; 350/2012, de 19 de junio (la menor de 16 años de edad es parapléjica y desea seguir viviendo en la vivienda familiar adaptada a su minusvalía).

³³ Se han practicado dos exploraciones al menor de 14 años de edad, una en cada instancia. Del conjunto de la prueba se desprende el deseo del menor de compartir el mayor tiempo posible

la custodia compartida como a la individual de la madre³⁴ o del padre³⁵, o no tener un criterio fijo³⁶. Siendo dos o más los hijos, su opinión puede no ser unánime³⁷.

A partir de los 8, 9 o 10 años, al entender que ya tienen suficiente juicio, comienzan a practicarse exploraciones de menores para conocer directamente su opinión sobre el sistema de guarda y custodia que prefieren³⁸.

con ambos progenitores. Hay que tener en cuenta el deseo del menor de convivir con su padre y con su madre, destacando en su discurso aspectos positivos que implicaría dicho cambio, por lo que procede revocar la sentencia de instancia y fijar la guarda y custodia compartida como más conveniente para el interés del menor (SAPZ, Secc. 2ª, 94/2012, de 28 de febrero).

³⁴ En el caso de la SAPZ, Secc. 2ª, 145/2012, de 20 de marzo, los hijos, de 14 y 11 años de edad, desean seguir viviendo con su madre y ver a su padre los fines de semana alternos, opinión que sirve para desestimar la petición de custodia compartida.

En el caso de la SAPZ, Secc. 2ª, 378/2012, de 3 de julio, el Juzgado ha estimado la petición del padre y le ha concedido la custodia individual que hasta entonces tenía la madre (porque presenta déficits a nivel personal y familiar para establecer límites, normas y disciplina); en 2ª instancia se practica exploración de ambos hijos, de ella se deduce que estos no quieren en modo alguno vivir con su padre, en el caso de Arturo, su edad actual 18 años, relativiza a cualquier decisión que pueda tomarse, y en el caso de Nerea, con una edad ya relevante (15 años), no parece adecuado a la vista de sus explicaciones y razonamientos el mantenimiento de una custodia impuesta. La opinión de los menores es relevante. Además el mantenimiento de la custodia de la madre evita separar a los hermanos.

³⁵ En el caso de la SAPZ, Secc. 2ª, 113/2012, de 7 de marzo, la hija común tiene 17 años y ha expresado su preferencia por la custodia individual a favor del padre siendo una decisión motivada y razonada por lo que teniendo en cuenta lo dispuesto en los artículos 6, 76.4 y 80.2.c) del CDF, la Audiencia confirma la sentencia de primera instancia en este apartado.

SAPZ, Secc. 2ª, 350/2012, de 19 de junio: *La menor* (de 16 años de edad y parapléjica) *ha sido explorada en esta alzada y ha manifestado desear quedarse en Grisén donde tiene a sus amigos y a su novio, que se encuentra bien atendida por su padre y hermano, que quiere seguir estudiando en Pedrola, que habla y ve a su madre, a la que echa mucho de menos porque siempre ha vivido con ella, pero que por ahora no quiere vivir en Zaragoza [a donde se ha trasladado a residir con su pareja].*

³⁶ En el caso de la SAPZ, Secc. 2ª, 442/2012, de 23 de julio, en la exploración que se llevó a cabo en esta alzada, el menor *dijo que prefiere seguir en su actual situación, que está bien con sus dos progenitores, pero mejor con su madre; y que si tiene que estar con los dos prefiere poco tiempo. Manifestaciones a las que, al menos en lo que se refiere a la opción guarda individual/guarda compartida, no cabe conferir un valor decisivo, dado su criterio cambiante sobre el tema, expresamente admitido por la madre en el juicio.*

³⁷ En la SAPZ, Secc. 2ª, 413/2012, de 13 de julio, los tres hijos, que han cumplido 16, 14 y 9 años de edad, viven con su madre y visitan a su padre fines de semana alternos y dos tardes entre semana. Los tres manifestaron ante la Trabajadora Social que están bien con los dos padres, pero que preferían seguir como siempre –sin la pernocta de las dos tarde entre semana que el padre pretende, postura que los dos pequeños mantuvieron en la exploración practicada en esta segunda instancia, pero el mayor cambió, diciendo que prefería la custodia compartida con alternancia de 15 días.

³⁸ El menor, de 9 años de edad, tanto en el informe pericial como en la exploración practicada en la alzada, manifiesta su preferencia y deseos de continuar viviendo con su madre de forma cotidiana y su oposición a la custodia compartida solicitada por el padre. En atención al informe pericial y a la opinión del menor, la Sala considera que la custodia compartida acordada por el Juzgador de instancia no es lo más favorable para el menor, estimando, por el contrario, más adecuada la custodia individual a favor de la madre (SAPZ, Secc. 2ª, 159/2012, de 27 de marzo). *Confirmada* por STSJA 28/2012, de 24 de septiembre.

Se ha practicado en esta instancia exploración de la menor Andrea en la actualidad de 8 años de edad (SAPZ, Secc. 2ª, 246/2012, de 9 de mayo).

La opinión de menor puede ser también relevante para concretar el tipo de custodia compartida o el régimen de visitas con el progenitor no custodio³⁹.

4. LA APTITUD Y VOLUNTAD DE LOS PROGENITORES

Aunque la custodia compartida comporta una real implicación de los padres en la atención de los hijos, en todos los órdenes, emocional, físico, educativo, etc., en la valoración de la prueba hay que partir de la inicial aptitud de ambos padres para ejercer, en forma compartida, la guarda y custodia de sus hijos, por lo que habrá de probarse en los autos su falta de aptitud, idoneidad o voluntad para su ejercicio (Ss. TSJA 10/2011, de 30 de septiembre, y 17/2012, de 18 de abril).

No bastan, a tal fin, las apreciaciones personales del Juez ni las estimaciones de futuro sobre la falta de disponibilidad de tiempo de uno de los padres⁴⁰, al contrario, deberá ser la prueba demostrativa de la falta de aptitud, capacidad y disposición la que podrá determinar la atribución de la custodia individual⁴¹, sin que quepa presumir su incapacidad para el futuro (STSJA 13/2011, de 15 de diciembre).

Tampoco impide fijar la custodia compartida el hecho de que en el periodo de convivencia la madre se haya dedicado en una mayor proporción que el padre al cuidado de los hijos⁴². *El tiempo dedicado por cada uno de los progenitores al cuidado*

En el informe psicológico practicado en el proceso se dice que Paula, de 9 años, quiere seguir viviendo con su madre, no deseando la menor la custodia compartida que solicita el padre. Entiende la Audiencia que *en el caso enjuiciado debe preservarse la seguridad y tranquilidad de Paula. Tiene suficiente juicio para valorar cómo se encuentra mejor y cómo desea repartir su tiempo entre los progenitores, habiéndose demostrado que el sistema vigente le ha permitido un satisfactorio nivel de adaptación educativo y de relación con su entorno* (SAPZ, Secc. 2ª, 363/2012, de 26 de junio, que confirma la del JPI núm. 16 de Zaragoza de 17 de enero de 2012).

³⁹ En el caso de la SAPZ, Secc. 2ª, 345/2012, de 19 de junio, en la exploración de la menor de casi 12 años de edad practicada en la segunda instancia ésta ha solicitado que las visitas intersemanales incluyan la pernocta. Dice la Audiencia al respecto: *En cuanto a las pernoctas intersemanales se trata de una solicitud de la menor de todo punto razonable y atendible, aparte que implica una mayor interrelación con ambos progenitores, procede ampliar las visitas en los términos indicados fijándose para su práctica los martes y jueves respectivamente.*

⁴⁰ La madre, que no cuestiona la capacidad e idoneidad del padre para el ejercicio de la guarda y custodia, sí duda de que, dadas sus ocupaciones –clases en la Facultad de Medicina, atención de su Gabinete, congresos y conferencias–, pueda encargarse de su hijo debidamente. *Lo que, sin embargo, es sólo una estimación de futuro sobre su disponibilidad de tiempo, que no es propiamente ninguno de los factores señalados en artículo 80.2 CDFa en orden al señalamiento de un régimen u otro de custodia* (SAPZ, Secc. 2ª, 442/2012, de 23 de julio).

⁴¹ En el caso de la SAPZ, Secc. 2ª, 119/2012, de 7 de marzo, la corta edad de la menor (cinco años), los escasos contactos habidos con su padre (falta de pernoctas), la ausencia de espacios en la vivienda de éste para el desarrollo de las actividades propias de la niña (habitación propia), su horario y actividades laborales distantes de la localidad de Zaragoza, permiten concluir en que carece de condiciones precisas para facilitar la estabilidad de la misma en todos los órdenes, resultando más beneficiosa la custodia individual acordada a favor de la madre, en cuyo entorno se encuentra plenamente acomodada (art. 80.2.d y e CDFa).

⁴² La SAPZ, Secc. 2ª, 351/2011, de 21 de junio, pone de manifiesto que el hecho de *que en el periodo de convivencia la madre se haya dedicado en una mayor proporción al cuidado de la niña no impide en*

*y atención de los hijos menores durante la convivencia es un dato que no puede calificarse de decisivo, como único argumento para la elección de la forma de custodia y ello por cuanto esta mayor dedicación puede estar justificada en la pronta edad del menor e incluso en la mayoría de los casos puede responder a un acuerdo de los progenitores, al existir una mayor dedicación en la obtención de recursos económicos para hacer frente a las necesidades de la familia por parte de uno de ellos o por simple decisión consensuada, por lo que no puede apoyarse la denegación de la custodia compartida, únicamente en esta cuestión, obviándose el resto de las pruebas objetivas que obran en autos*⁴³.

En efecto, como dice la STSJA 22/2012, de 6 de junio, *la realidad preexistente relativa al cuidado y atención al menor, constante matrimonio, no debe ser trasladada acriticamente a la situación de divorcio, ya que en aquella situación los cónyuges pueden repartir su tiempo y dedicar mayor o menor intensidad a la atención al menor, sin que ello implique que aquel que se ha dedicado preferentemente a tareas laborales se ha desvinculado de la atención y educación del hijo, o está incapacitado para ello. El reparto de funciones entre los cónyuges durante el tiempo de convivencia matrimonial no es vinculante para las decisiones a adoptar en supuestos de separación o divorcio, pues a partir de la ruptura de la convivencia ambos pueden asumir las cargas relativas a la custodia de los hijos menores, siempre que tengan capacidad para ello y no conste antecedente de desatención o descuido*⁴⁴.

En la misma línea, señala la SAPZ, Secc. 2ª, 442/2012, de 23 de julio, que *el reparto de roles hasta la interposición de la demanda ha podido ser uno, y el mismo conllevar una mayor o menor presencia del padre en el colegio en reuniones o tutorías, pero a lo que tal circunstancia no puede conducir es a la presunción de que el padre no pueda acceder a un régimen de custodia compartida, prejuicio que hay que rechazar, pues no pudiéndose presumir una incapacidad para el futuro, será sólo la demostración de una falta de aptitud y disposición la que podrá determinar la atribución de la custodia individual*.

Respecto de la escasa concreción del padre para determinar la organización cotidiana del cuidado del menor, sin delegar en terceras personas, dice la STSJA 30/2012, de 28 de septiembre, que *tampoco esta circunstancia debe resultar concluyente en una situación de disolución del matrimonio y consiguiente cese de la convivencia,*

el nuevo periodo y por las connotaciones anteriores expuestas (implicación en el cuidado de la hija, horario laboral compatible, compra de vivienda en el lugar de residencia de la menor) fijar la custodia compartida como la más idónea en beneficio de la menor:

⁴³ Así lo dice el voto particular del Presidente de la Sala 2ª a la SAPZ 511/2011, de 13 de octubre.

⁴⁴ En el caso de esta sentencia, que casa la de la APZ, Secc. 2ª, 511/2011, de 13 de octubre, *consta probado que el padre recurrente, a partir del momento de la separación, adaptó su horario laboral a las necesidades del menor, y que su capacidad para hacerse cargo de la custodia de éste resulta acreditada por prueba pericial, de la que resulta que se ha implicado en los cuidados cotidianos del niño y puede dedicar parte de su tiempo a su atención, no existiendo otros elementos probatorios que desvirtúen esa apreciación.*

La SAPZ, Secc. 2ª, 226/2012, de 13 de julio, dice que éste párrafo de la STSJA 22/2012 *es aplicable por analogía a la presente litis. A pesar de que la Sala reconoce, para el caso concreto, la existencia de contradicciones e incertezas con respecto a la situación paterna, no existen elementos probatorios suficientes y concluyentes que desvirtúen la apreciación de que el padre está haciendo todo lo que puede para el bienestar de su hija o esa debería ser al menos la intención salvo que la custodia compartida sea el subterfugio utilizado para no hacer frente a las obligaciones económicas derivadas de la patria potestad u otro motivo reproble.*

en que ordinariamente quiebra el reparto de funciones de las padres anterior a la ruptura. Tras ella, los dos progenitores deben asumir las responsabilidades que les incumben en la crianza y educación del menor; sin que conste incapacidad alguna del recurrente para afrontar, en un régimen de custodia compartida, las necesidades derivadas de la crianza de su hijo.

Pero para apreciar la ineptitud del padre es razón suficiente, según dice la STSJA 10/2011, el hecho de que el padre permanezca sin trabajar y adopte una actitud pasiva en todo lo referente al cuidado y atención del hijo⁴⁵.

La STSJA 17/2012, de 18 de abril, recuerda que *siempre que el padre y la madre estén capacitados para el ejercicio de las facultades necesarias, la prueba deberá ser dirigida a acreditar que la custodia individual es la más conveniente y solo entonces se otorgará. [...] Apreciada la aptitud del padre, y su evidente voluntad de poder participar de manera más amplia en el cuidado y educación de su hija⁴⁶, no se ha practicado prueba que permita contrariar el criterio legal de preferencia por la custodia compartida, como expresión del mejor interés de la hija*, por lo que procede establecer el régimen de custodia compartida.

Pero la mayor aptitud de la madre para resolver problemas es un factor que, en unión de otros, coadyuva a los resultados de las pruebas periciales y de exploración de la menor favorables a la custodia individual de la madre (STSJA 4/2012, de 1 de febrero).

El informe psicosocial indica que la madre presenta deficiencias a nivel personal y familiar para establecer límites, normas y disciplina a sus dos hijos, de 17 y 15 años de edad, constatándose en la inestabilidad familiar que han vivido los menores, por lo que aconseja atribuir la custodia de ambos al padre, lo que así acuerda el Juez. Pero la Audiencia entiende que el posible fracaso escolar, que aún están en condiciones de evitar por sus propios medios, no parece que pueda y deba achacarse a la responsabilidad exclusiva de uno de los progenitores, te-

⁴⁵ *Pero en el caso de autos de esta STSJA, que confirma la SAPZ, Secc. 2ª, 177/2011, de 29 de marzo, la prueba practicada (informe pericial e interrogatorios), según ha sido valorada en las instancias procesales, y que no puede ser combatida en este recurso de naturaleza extraordinaria, muestra que el recurrente carece en la actualidad de esas aptitudes. Expresa la Audiencia Provincial que «el padre permanece sin trabajar; adoptando una actitud pasiva en todo lo referente al cuidado y atención de la menor»; y esta sencilla explicación es razón suficiente para excluir la custodia compartida en la forma solicitada, y atribuirla a la madre quien, por el contrario, ha adoptado una actitud comprometida con la atención de la hija y su educación.*

En la SAPZ, Secc. 2ª, 126/2012, de 13 de marzo, también es la falta de asunción realista y convincente de las tareas y responsabilidades que supone el cuidado cotidiano de una menor, de tres años de edad, por parte de su padre, que sigue residiendo con sus padres, sin disponer de vivienda donde ejercer autónomamente tales cometidos, y sin contribuir a la satisfacción de las obligaciones familiares (alimentos e hipoteca), lo que fundamenta la custodia individual a favor de la madre. Caso similar es el de la SAPZ, Secc. 2ª, 291/2012, de 29 de mayo, en la que se afirma que «no existe razón alguna, ni fáctica ni jurídica que dé soporte a la pretensión del actor [de que se conceda la custodia compartida], basada más en simples aspiraciones que en un real y fundado deseo de asumir responsablemente el cuidado cotidiano de sus hijos».

⁴⁶ *En el presente caso—según dice la STSJA— recoge expresamente la sentencia del Juzgado que existen buenas relaciones entre los padres y que, según los testigos que depusieron en el acto del juicio, el padre podía utilizar la hora de desayuno para llevar a su hija al colegio y que la recogía en distintas ocasiones a la salida del mismo, lo que permite apreciar la aptitud y voluntad del padre.*

niendo en cuenta que el ejercicio de la autoridad familiar es compartido por ambos progenitores. Por lo que, atendiendo a la opinión de los menores, mantiene la custodia individual a favor de la madre. Nada se dice sobre la posibilidad de una custodia compartida (SAPZ, Secc. 2ª, 378/2012, de 3 de julio).

5. LAS POSIBILIDADES DE CONCILIACIÓN DE LA VIDA FAMILIAR Y LABORAL DE LOS PADRES

La custodia compartida exige que ambos padres tengan posibilidades de conciliar la vida familiar con la laboral, pero no es preciso que ambos tengan las mismas posibilidades⁴⁷. Además, el apoyo de la familia externa puede facilitar en muchos casos la adecuada conciliación⁴⁸.

La imposibilidad de conciliar vida familiar y laboral hace que la custodia individual a favor del otro progenitor resulte más conveniente para el interés del hijo menor⁴⁹.

⁴⁷ El voto particular del Presidente de la Sala 2ª a la SAPZ 511/2011, de 13 de octubre, dice que se ha constatado la actual implicación paterna y una mayor disponibilidad laboral para compaginar su horario con los periodos de visitas, siendo esto así no puede sancionarse judicialmente una mera sospecha o falta de confianza en que el padre mantenga su disponibilidad laboral en el tiempo más allá del procedimiento, cuando se constata un cambio de actitud notable.

En el caso de la SAPZ, Secc. 2ª, 613/2011, de 29 de noviembre, que confirma la del JPI núm. 5 de Zaragoza de 6/6/2011, el padre alegó en el juicio tener que salir de su domicilio todas las mañanas a las 6,10 horas, y que el niño de cuatro años de edad se quedaba al cuidado de su hermano o de su madre. No consta que la abuela paterna viva con ellos, ni que el hermano con el que convive no trabaje. El Juzgado acuerda la custodia compartida por semanas alternas y la Audiencia lo confirma, pero advierte que *cualquier desestabilización del menor referente a la falta de organización de su cuidado y atención por las mañanas hasta su entrada en el colegio, o, cualesquiera circunstancias del mismo, que no puedan solventarse por el padre de forma adecuada, podrán generar un cambio de dicha medida.*

En la SAPZ, Secc. 2ª, 155/2012, de 20 de marzo, se dice que siendo similares en ambos padres las posibilidades de conciliación de la vida familiar y laboral, *lo decisivo es que los medios a disposición son suficientes, al margen de que uno tenga más o menos que el otro.*

En el caso de la SAPZ, Secc. 2ª, 171/2012, de 30 de marzo, la sentencia apelada basa su negativa a la custodia compartida en las dificultades del padre para conciliar la vida familiar y laboral, pero la Sala entiende que no existe prueba consistente que acredite que no pueda compaginar el padre su trabajo de promotor inmobiliario con el cuidado del menor, en circunstancias muy diferentes a la madre que también trabaja fuera de casa.

⁴⁸ En la SAPZ, Secc. 2ª, 682/2011, de 27 de diciembre, que confirma la SJPI núm. 6 de Zaragoza 28 de julio de 2011 que acuerda la guarda y custodia compartida por semestres sobre una menor de tres años y medio de edad, se dice que *es de destacar, así lo indica el juzgador de instancia, el apoyo de la familia externa en ambos progenitores para la adecuada conciliación laboral con la forma de custodia fijada.*

En el caso de la STSJA 4/2012, de 1 de febrero, que confirma la de la APZ, Secc. 2ª, 333/2011, de 14 de junio, la disposición por parte de la madre de ayudas para gestionar el cuidado de las menores, de 10 y 6 años de edad, es un factor que, junto a otros comprendidos en el artículo 80.2 CDFA, coadyuvan a los resultados de las pruebas periciales y de exploración de la menor de 10 años de edad favorables a la custodia individual de la madre.

⁴⁹ La estancia del padre fuera de Zaragoza, de lunes a jueves, es obstáculo para la solicitud de custodia compartida. El plan de custodia compartida que propone el padre reserva todos los fines de semana desde el jueves por la tarde al lunes por la mañana al mismo, atribuyendo el resto de la semana a la madre, lo que no puede aceptarse, pues vincula ocio-descanso y fin de semana a uno de los progenitores (SAPZ, Secc. 2ª, 199/2011, de 12 de abril).

Las dificultades de conciliación, en unión de otros factores del artículo 80.2, debidamente probados, también pueden hacer más conveniente la custodia individual del otro⁵⁰.

Pero no bastan para apreciar la imposibilidad o dificultad de conciliar los juicios de probabilidad o las estimaciones de futuro sobre la disponibilidad de tiempo, en función de la pasada dedicación laboral del padre, sin una valoración de prueba que así lo acredite. El hecho de que la dedicación laboral del padre haya sido su principal ocupación durante el matrimonio lleva a la Audiencia (SAPZ, Secc. 2ª, 179/2011, de 29 de marzo) a hacer el siguiente juicio de probabilidad no asentado en pruebas: «la dedicación laboral del padre... no permite vislumbrar una disponibilidad semejante a la de la madre para la atención cotidiana del niño...». Dice el TSJA (S. 13/2011, de 15 de diciembre) al respecto: *Parecería así que, si durante el tiempo de convivencia no ha habido una distribución tendencialmente igualitaria del tiempo de dedicación a los hijos, sólo uno de los padres estará en condiciones de hacerse cargo de su custodia. Así, incluso en aquellos supuestos en que, trabajando ambos progenitores fuera del hogar y con colaboración de ambos en las tareas domésticas y de cuidado de los hijos, uno de ellos (en muchos casos la madre) haya dispuesto de más tiempo al cuidado de los hijos, se concluirá siempre que el otro progenitor no podrá optar nunca a asumir un régimen de custodia compartida. Tal idea resulta un prejuicio y, al mismo tiempo, una contradicción con el régimen de cuidado de los hijos asumido por la pareja durante el tiempo de convivencia: lo que ha sido admitido en ese periodo, asumiendo cada miembro roles sociales habituales en cada época, resultaría un antecedente negativo. Al contrario, deberá ser la prueba demostrativa de la falta de aptitud, capacidad y disposición, la que podrá determinar la atribución de la custodia individual, sin que quepa presumir incapacidad para el futuro. Sólo la ausencia de atención que derive en perjuicio para el hijo debe hacer decaer la custodia compartida⁵¹.*

⁵⁰ En la SAPZ, Secc. 2ª, núm. 634/2011 de 2 de diciembre, se dice que en el informe de la Psicóloga se afirma que los dos padres *tienen plena capacidad y habilidades para ejercer de forma responsable los deberes de cuidado y crianza de sus hijas, no requiriendo la pequeña atención especial por parte de la madre; pero que, sin desconocer los compromisos de flexibilización horaria asumidos por «Tuzsa», empresa donde el actor trabaja como único médico de empresa, considera, como único motivo, que deben permanecer viviendo con la madre por su mayor disponibilidad horaria. Y el Juez, de acuerdo con ese informe, atribuye a la demandada la custodia individual de las hijas, con el régimen de visitas que establece a favor del padre.* La Audiencia confirma en este extremo la sentencia de primera instancia pero tiene en cuenta también que la hija pequeña sólo tiene tres años así como el principio que aconseja no separar a los hermanos.

En el caso de la SAPZ, Secc. 2ª, 68/2012, de 14 de febrero, la Sala entiende que, no existiendo un plan de adaptación concreto por el padre de su vida laboral al cuidado de la menor, de dos años de edad, que presenta requerimientos específicos en torno a su alimentación, descanso, ocio, etc., teniendo en cuenta su corta edad, y la gran disponibilidad de que goza la madre, resulta más beneficiosa para la niña mantenerla bajo el cuidado cotidiano de la madre.

⁵¹ El TSJA adopta para el menor el régimen de custodia compartida de ambos progenitores por semestres escolares. En el presente caso ninguna prueba ha sido practicada que acredite en el padre falta de aptitud por lo que se ha infringido la preferencia legal por el régimen de custodia compartida contenida en el art. 80.2 CDFA.

Parece un caso muy similar el de la SAPZ, Secc. 2ª, 327/2011, de 7 de junio, en el que se afirma que la custodia individual a favor de la madre resulta más conveniente en el caso por la escasa disponibilidad que para el recurrente deriva de su trabajo –Director Regional de un Banco– y, no revelándose como mejor alternativa la delegación de sus funciones en terceras personas.

En la STSJA 30/2012, de 28 de septiembre, los horarios laborales de los padres no resultan concluyentes para descartar la custodia compartida.

6. CUALQUIER OTRA CIRCUNSTANCIA DE ESPECIAL RELEVANCIA PARA EL RÉGIMEN DE CONVIVENCIA

Es este un apartado residual en el que cabe incluir *cualquier otra circunstancia de especial relevancia* que, debidamente acreditada, pueda llevar al Juez al convencimiento de que la custodia individual es más conveniente para el menor. En las sentencias consultadas aparecen dos circunstancias que, en ocasiones, pueden ser de especial relevancia para acordar la custodia individual.

A) *La distancia que separa el domicilio del padre del de la madre*

Cuando los domicilios de los padres se encuentran en localidades distintas y alejadas, esta circunstancia puede hacer muy difícil el establecimiento de una custodia compartida⁵²; la SAPZ, Secc. 2ª, 437/2012, de 20 de julio, afirma la absoluta inviabilidad de una guarda y custodia con alternancia de cursos escolares entre Marbella y Zaragoza; en cambio, dentro de una misma localidad, o incluso en localidades próximas, la distancia entre los domicilios de los padres puede carecer de relevancia⁵³.

B) *La conflictividad existente entre las partes, su mala relación o su manera diferente de enfrentarse a la vida cotidiana*

El TSJA (S. 6/2012, de 9 de febrero) ha dicho que *no puede compartirse en modo alguno el parecer de la recurrente cuando afirma que debe optarse por la custodia*

⁵² La madre, por su traslado a Madrid, pide que la custodia compartida por meses alternos pase a ser por años escolares alternos. Dice la Audiencia que la custodia que la madre pretende implicaría que los hijos, de 11 y 5 años de edad, alternasen sucesivamente sus cursos escolares en Madrid y Zaragoza, lo que, como es obvio, no es la solución más favorable al desarrollo evolutivo y adaptación personal, escolar, familiar, socialización con iguales, rendimiento académico, etc. de los menores (SAPZ, Secc. 2ª, 60/2012, de 7 de febrero).

En el caso de la SAPZ, Secc. 2ª, 352/2012, de 19 de junio, el Juez basa su decisión de mantener el régimen de custodia individual a favor de la madre vigente en la distancia que separa a ambos progenitores (Zaragoza-Málaga). Dice la Audiencia que no se advierte por el padre recurrente *que al menos desde la contestación de la demanda se tuvo conocimiento del traslado de la demandada a Málaga –Alhaurín de la Torre– y de lo razonable de los motivos de ese traslado –necesidades económicas por impago de pensiones–, situación en la que un régimen de custodia compartida a desarrollar entre ambas ciudades –por periodos bimensuales alternos se dice ahora en el recurso– es tan inviable –y disparatado el que se propone– como innecesaria la petición del informe de especialistas que el recurrente echa en falta.*

⁵³ El inconveniente manifestado por la madre con base en la distancia que separa la casa del padre del casco urbano de Teruel, donde ella vive, no se acredita que constituya una circunstancia especial que condicione el modo en que debe ser establecida la custodia compartida, puesto que, como sí queda probado, son sencillos y rápidos los desplazamientos constantes al puesto de trabajo del padre, centro de formación de los menores, o al núcleo urbano de la capital (S. TSJA 13/2012, de 9 de abril).

individual si no existe un alto grado de consenso entre los progenitores, pues lo frecuente en la práctica es el disenso y de hecho se contempla de forma expresa en el apartado quinto del repetido artículo 80 para darle un alcance opuesto al que se pretende en el recurso. Conforme a dicho precepto, «la objeción a la custodia compartida de uno de los progenitores que trate de obtener la custodia individual, no será base suficiente para considerar que la custodia compartida no coincide con el interés del menor». La falta de entendimiento entre los progenitores no puede constituir un factor decisivo en cuanto al establecimiento del régimen o sistema de guarda y custodia del hijo menor⁵⁴.

La STSJA 30/2012, de 28 de septiembre, indica que es cierto que esta circunstancia [la conflictividad existente entre los progenitores], en absoluto infrecuente en las rupturas de convivencia, puede dificultar el normal desarrollo de las relaciones familiares, pero este inconveniente se puede producir no solo en los casos de custodia compartida, sino también en los de custodia individual a favor de uno de los progenitores con fijación de un régimen accesorio –y preceptivo– de visitas con el progenitor no custodio –art. 80.1, párrafo tercero CDFJ–. Por ello el enfrentamiento entre los padres no constituye un argumento que permita rechazar por sí solo la custodia compartida, como ya argumentamos en nuestra sentencia de 9 de febrero de 2012, salvo que se den circunstancias excepcionales que en este caso no concurren, porque dicha dificultad se dará en uno y otro caso, al constituir siempre un obstáculo para el normal desarrollo de las relaciones familiares que la norma pretende promover y regular –art. 75 CDFJ–.

La SAPZ, Secc. 2ª, 332/2011, de 14 de junio, indica que no toda conflictividad puede ser causa de exclusión de la custodia compartida, es cierto que es necesario un cierto grado de entendimiento o consenso entre los progenitores para poder realizar de manera adecuada la corresponsabilidad parental después de la ruptura, más también lo es que toda crisis matrimonial o de pareja lleva consigo una cierta falta de entendimiento y desencuentro, deberá en todo caso cuando menos exigirse un cierto grado de conflictividad u hostilidad⁵⁵,

⁵⁴ Así lo dice la SAPH, Secc. 1ª, 154/2012, de 26 de julio.

⁵⁵ La SAPZ, Secc. 2ª, 420/2011, de 15 de julio, mantiene la custodia individual a favor de la madre, con ampliación del régimen de visitas del padre, sobre el hijo común de 7 años de edad, porque las amplias discrepancias entre los padres y su falta de acuerdo en aspectos tan esenciales del menor como el sanitario y educativo, impiden considerar más adecuada la custodia compartida, que por seis meses alternos solicita el padre.

Como justificación para mantener la custodia individual a favor de la madre acordada en el convenio regulador y mantenida por el Juez, dice la SAPZ, Secc. 2ª, 242/2012, de 2 de mayo: *Aspectos decisivos en la decisión a adoptar son el elevado nivel de conflictividad entre ambos progenitores [...] y su falta de habilidades para llegar a acuerdos, situación en la que la Psicóloga considera que el establecimiento de un sistema de guarda y custodia compartida no es aconsejable en el caso –perjudicial dice la Trabajadora social–, además de que la modificación del sistema de guarda y custodia de los menores no resolvería sus necesidades ni el malestar existente en el grupo familiar, ya que la principal problemática de los menores es la elevada conflictividad y litigiosidad existente entre los progenitores y el grado en que se les ha hecho partícipes de la misma, extremos ambos –disminución del nivel del conflicto de la pareja y mantenimiento de sus hijos al margen de sus tensiones y diferencias– en el que ambos deben concentrar sus esfuerzos.*

En el caso de la SAPZ, Secc. 2ª, 363/2012, de 26 de junio, se dice que el alto y grave nivel de enfrentamiento personal entre los padres no favorece el correcto ejercicio de la autoridad familiar, lo que, unido a la opinión de la menor de 9 años de edad manifestada en el informe psicológico, sirve para fundamentar la conveniencia de mantener la custodia individual a favor de la madre.

*para que pueda dejarse sin efectos los beneficios que para el menor pueda conllevar, en su caso, la implantación de la custodia compartida*⁵⁶.

Según la SAPH, Secc. 1^a, 55/2012, de 16 de marzo, *la mala relación que tienen los cónyuges (actualmente no se comunican de forma directa, sino a través de sus abogados o por correo electrónico) no puede ser por sí misma un obstáculo para adoptar la custodia compartida, porque también lo sería para el régimen de visitas y lo más conveniente para las menores es que se relacionen con ambos progenitores, aunque los adultos se lleven mal personalmente.*

Esta misma sentencia añade que *la «manera diferente de enfrentarse a la vida cotidiana», es decir, las distintas costumbres, pensamientos y modo de vida de uno y otro progenitor no deben suponer ningún inconveniente para la custodia compartida, porque ninguna forma de educar en el ámbito de la familia es preferente por sí misma a otra cuando, como aquí ocurre, no acarrea perjuicio alguno para las menores.*

Además, la S. Juzgado de Violencia sobre la Mujer núm. 2 de Zaragoza de 7 de mayo de 2012 afirma, como hace el Preámbulo, que *la custodia compartida evita los conflictos entre los progenitores al situarlos a ambos en un plano de igualdad frente a sus hijos.*

VI. NO SEPARAR A LOS HERMANOS

Para decidir el sistema de guarda y custodia más conveniente hay que tener en cuenta también que el art. 80.4 dice que, *salvo circunstancias que lo justifiquen específicamente, no se adoptarán soluciones que supongan la separación de los hermanos.* Aunque la norma no lo señala expresamente, es claro que se refiere principalmente a los hermanos menores de edad⁵⁷; los hermanos mayores de edad podrán sumarse voluntariamente al régimen de convivencia establecido para los menores o, en otro caso, habrá que establecer la forma de que los hermanos menores y mayores mantengan la relación entre sí [art. 79.2.a)]⁵⁸. No obstante,

⁵⁶ En el presente supuesto la conflictividad proviene únicamente de aspectos sobre las vacaciones y forma de realización de las visitas u otros acontecimientos familiares, sin una entidad suficiente para desechar la custodia compartida únicamente por este motivo (sentencia confirmada por la del TSJA 6/2012, de 9 de febrero).

En el caso de la SAPZ, Secc. 2^a, 171/2012, de 30 de marzo, el Juez basa su negativa a la custodia compartida en la fuerte conflictividad entre los progenitores. En cambio dice la Sala que la conflictividad que subyace entre los progenitores, fuera de las lógicas discrepancias de toda ruptura conyugal, no parece relevante como para excluir el régimen con preferencia legal.

⁵⁷ En la SAPZ, Secc. 2^a, 347/2011, de 21 de junio, se dice que *la existencia de un hermano mayor de edad [que parece va a seguir conviviendo con la madre] teniendo en cuenta la diferencia de edad [el menor de edad tiene 6 años] no puede en este caso considerarse relevante a los efectos de excluir la custodia compartida.*

⁵⁸ En el caso de la SAPZ, Secc. 2^a, 257/2012, de 9 de mayo, que confirma la del JPI núm. 5 de Zaragoza de 14 de noviembre de 2011, salvo en el punto relativo a la asignación compensatoria, se mantiene la guarda y custodia del hijo menor a favor del padre atendidos los acuerdos a que llegaron

en algún caso también se toma en consideración la conveniencia de no separar al menor de su hermano mayor, que ya tiene 18 años⁵⁹.

La no separación de los hermanos menores es un principio general, que la Ley establece para que se cumpla⁶⁰, que *está concebido para evitar la separación de los hermanos de doble vínculo, nacidos del matrimonio o de la relación de pareja de hecho existente entre quienes posteriormente han roto dichos vínculos. Considerarlo de otro modo excedería del propósito del legislador, y resultaría de imposible cumplimiento en el caso en que cada uno de los anteriores consortes hubiera accedido a una nueva relación sentimental y tuviera hijos habidos con sus nuevas parejas* (STSJA 39/2012, de 27 de noviembre).

El principio, por tanto, no está concebido para evitar la separación de hermanos que lo son sólo de vínculo sencillo. *No obstante, entre las circunstancias a considerar en el momento de tomar la decisión en beneficio del menor también deberán incluirse las referidas a su convivencia con [medio] hermanos nacidos tras la ruptura de la convivencia de sus padres, como dice la STSJA 39/2012, de 27 de noviembre (cfr. art. 117 CDFa)*⁶¹.

ambos progenitores en proceso de mediación familiar y las recomendaciones del informe de la psicóloga. En la sentencia se dice que el hermano mayor de edad vive con la madre. Desde la separación de sus padres Victor vive con su padre, abuela y tío paterno, en tanto que David, el hijo mayor, vive con la madre, con quien Victor se relaciona de una forma regular los fines de semana alternos y los miércoles desde la salida del colegio hasta las 20 horas. La relación del hijo mayor con su padre reconocen ambos progenitores que se ha deteriorado y también la de ambos hermanos. La relación fraterna le produce a Victor un gran malestar psicológico que, teniendo en cuenta su inestabilidad, puede ejercer una influencia negativa sobre él.

⁵⁹ SAPZ, Secc. 2ª, 378/2012, de 3 de julio: En primera instancia, por indicación del informe psicosocial y por la conveniencia de evitar su separación, se acuerda que la custodia individual de los hijos, de 17 y 15 años, pase de la madre al padre; pero en segunda instancia, el mayor ya tiene 18 años, y ambos manifiestan querer seguir viviendo con la madre; la Audiencia, con fundamento en la opinión de los hijos y también debe tenerse en cuenta, conforme al art. 80.4 que contiene el principio de no separar en lo posible a los hermanos, el hecho de que Arturo, mayor de edad, haya decidido permanecer con su madre, por lo que de mantenerse el actual sistema conllevaría otra problemática añadida para la menor Nerea.

⁶⁰ La guarda y custodia de los dos hermanos correspondía originariamente a la madre, pero atendiendo a la opinión del mayor, de 13 años de edad, que desea vivir con su padre y tiene un sentimiento de rechazo hacia su madre, se acuerda la custodia individual a favor del padre de los dos hijos, también de la menor que tiene 7 años. *La niña también ha pasado a vivir con el padre a fin de no separar a los hermanos, cuando realmente ninguna circunstancia individual concurría en ella para acordar el cambio de guarda y custodia, a tal punto que la niña siempre ha tenido como referencia a la madre, no al padre, como el mismo reconoce; y ya hemos indicado la distinta disponibilidad personal durante el día de uno y otro progenitor y la capacidad de la madre para educar y cuidar a sus hijos. En el presente caso, a la vista del art. 80.4 CDFa, ninguna circunstancia específica aconseja la separación de los hermanos, y no lo es la buena relación que la niña mantiene con su madre (como también con su padre), incluso después de la atribución provisional de la guarda y custodia al padre. Los informes periciales emitidos tampoco aconsejan esa drástica medida, sino todo lo contrario, como aclaró la psicóloga en la vista («tienen que ir en el mismo paquete», dijo literalmente) (SAPH, Secc. 1ª, 311/2011, de 16 de diciembre).*

Una vez adoptada una decisión sobre María, de 10 años de edad, que ha manifestado en la exploración judicial que está bien con el sistema por el que actualmente se rigen las visitas con el padre, es de aplicación el art. 80.4 CDFa, de modo que la decisión afecta también a su hermano Juan, de 7 años de edad (STSJA 27/2012, de 24 de julio).

⁶¹ La atribución de la custodia al padre conlleva la separación de los hermanos (en puridad, medio hermanos o hermanos de vínculo sencillo), en el caso de la SAPH, Secc. 1ª, 320/2011, de

Es un principio general que admite excepciones: la presencia de circunstancias que justifiquen específicamente la separación de los hermanos, como puede ser la opinión de los mayores de catorce años que la Ley valora con especial consideración. En dos ocasiones se acuerda la custodia repartida de los hijos menores comunes (hermanos de doble vínculo)⁶².

La SAPZ, Secc. 2ª, 413/2012, de 13 de julio, revoca en parte la del JPII de Tarazona de 8 de noviembre de 2011, en el único sentido de extender los fines de semana alternos hasta el lunes a la entrada del colegio, facultándose a Marcos, el hijo mayor de 16 años de edad, para a su voluntad quedarse o no a dormir en casa de su padre los martes y jueves cuyas tardes tiene señaladas a su favor en su régimen de visitas. Los dos hermanos pequeños, de 14 y 9 años de edad, prefieren seguir como siempre –fines de semana alternos y dos tarde entre semana sin pernocta–. Dice la Audiencia que *el principio de no separación de los hermanos no padecerá por el hecho de que, dada su edad, Marcos decida, cuando lo haga, quedarse con su padre las noches en que este quiere se prolonguen las dos tardes que tiene atribuidas*.

28 de diciembre, que confirma en este extremo la del JPII núm. 1 de Jaca de 9 de febrero de 2011. Pero el informe pericial practicado considera que *no es tan relevante para el desarrollo del menor en el momento actual que se traslade al domicilio de los abuelos maternos para convivir con su hermano menor, sino que son mucho más prioritarios los aspectos señalados (estabilidad, servicios disponibles y entorno conocido) en relación a la consecución de los objetivos que se plantean y a la satisfacción de sus necesidades, dado su trastorno de desarrollo*. Por otro lado, resalta la Sala que el domicilio de los abuelos maternos en un pueblo de Madrid, en el que viven también la madre con su hijo pequeño y la bisabuela, sólo cuenta con tres habitaciones.

En cambio, en el caso de la SAPZ, Secc. 2ª, 234/2012, de 2 de mayo (*casada* por la STSJA 39/2012, de 27 de noviembre), la Sala recurre al principio de no separación de los medio hermanos para reforzar su decisión de revocar la custodia compartida acordada por el Juzgado. Dice así: «Pese a que se ha mantenido en la instancia la irrelevancia de la separación de los hermanos (medio hermanos por parte de madre) con el cambio pedido e instaurado, esta Sala entiende que habiendo vivido Adrián el nacimiento y crianza de su hermano materno de casi dos años, con el que está especialmente vinculado, no se entiende la causa que puede motivar su separación en estos momentos, alterando su vida cotidiana, en la que se encuentra plenamente adaptado y que requiere pautas y rutinas estables, cuando, además, el art. 80.4 CDFa prevé con un carácter muy excepcional dicha solución».

⁶² En el caso de la SAPZ, Secc. 2ª, 127/2011, de 8 de marzo, que confirma la del JPI núm. 5 de Zaragoza de 2/11/2010, el Juez concede la custodia de una hija al padre y la de la otra a la madre, de 13 y 16 años de edad respectivamente. Dice la Sala que *el principio general de no separar a los hermanos admite excepciones (circunstancias que lo justifiquen dice la Ley) y también se valora con especial consideración, dice el artículo 6.2.c) [80.2.c)], la opinión de los mayores de 14 años, [...] por lo expuesto debe considerarse que no se perjudica el interés de las menores en este caso con la decisión del juzgador de instancia, teniendo en cuenta la edad de las hermanas y las circunstancias familiares que no harán dificultoso el contacto entre ellas más allá del periodo de visitas, aparte de respetar su voluntad libremente expresada, de indudable trascendencia como ya se ha indicado*.

La SAPZ, Secc. 2ª, 443/2012, de 23 de julio, desestima el recurso del padre en solicitud de custodia compartida para que ambos hijos vuelvan a vivir juntos, y confirma la sentencia de instancia que mantiene la separación de los hermanos resultante del convenio regulador suscrito por los padres. Entiende la Audiencia que el proyecto del padre es rebuscado y tiene finalidad exclusivamente económica, conectada con el uso de la vivienda familiar y el pago de la pensión al hijo menor.

VII. LA EXCLUSIÓN LEGAL DE UNO DE LOS PADRES DE LA GUARDA Y CUSTODIA POR VIOLENCIA DOMÉSTICA O DE GÉNERO (ART. 80.6)

El artículo 80.6 señala que *no procederá la atribución de la guarda y custodia a uno de los progenitores, ni individual ni compartida, cuando esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro progenitor o de los hijos, y se haya dictado resolución judicial motivada en la que se constaten indicios fundados y racionales de criminalidad. Tampoco procederá cuando el Juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género.*

Así que, según señala el Preámbulo (núm. 10), *una de las causas que expresamente prevé el artículo 80 para no otorgar la custodia, ni individual ni compartida, es la violencia doméstica o de género, en línea con el compromiso asumido por los poderes públicos para prevenir, erradicar y castigar la violencia doméstica en todos los ámbitos de la sociedad.*

Regulación que hay que completar con lo dicho en Disposición Adicional 4ª del CDFA: *Los casos de atribución de la guarda y custodia previstos en el apartado 6 del artículo 80 del presente Código serán revisables en los supuestos de sentencia firme absoluta.*

Si la sentencia firme absoluta es previa al procedimiento en que se decide sobre la guarda y custodia del hijo, no concurre ya, como dice la SAPH, Secc. 1ª, 7/2012, de 24 de enero, el impedimento legal previsto en el artículo 80.6 CDFA para que el progenitor imputado y luego acusado de los delitos en él citados pueda asumir la guarda y custodia del menor.

El artículo 80.6 *asume en Aragón lo establecido en el artículo 92.7 del Código civil pero exigiendo que se haya dictado resolución judicial motivada, que se constate la presencia de indicios racionales de criminalidad, de manera que no es suficiente la simple denuncia para provocar la exclusión de la custodia compartida o de la individual*⁶³. Esa resolución motivada podría ser, por ejemplo, un auto en el que se acuerde la continuación de las iniciales diligencias previas como procedimiento abreviado⁶⁴.

⁶³ SAPZ, Secc. 2ª, 242/2011, de 3 de mayo, y otras de la misma Sala como las 14 y 160 /2012, de 17 de enero y 27 de marzo.

Con más detalle y precisión dice MARTÍNEZ DE AGUIRRE (2011, pp. 153-154) que «el precepto tiene como finalidad evidente asumir para el Derecho aragonés la regla contenida en el artículo 92.7 Cc, pero corregida en algunos aspectos significativos: i) la exigencia de que se haya dictado resolución judicial motivada en la que se constate la presencia de indicios racionales de criminalidad, de manera que no bastan las simples denuncias para provocar la aplicación del precepto; ii) la previsión de que en tales casos no solo no procede la custodia compartida, sino tampoco la individual, a diferencia del Cc, que menciona únicamente la compartida, lo que ha sido criticado, con razón, por la doctrina; iii) la inclusión de la violencia de género, junto a la doméstica, a la hora de fijar las causas que pueden llevar al Juez a denegar la custodia, si considera que hay indicios fundados de su concurrencia.»

⁶⁴ S. Juzgado de Violencia sobre la Mujer, núm. 2 de Zaragoza de 7 de mayo de 2012.

La falta de dicha resolución motivada, así como el Auto de sobreseimiento, impiden apreciar la causa de exclusión del art. 80.6⁶⁵.

La SAPZ, Secc. 2^a, 242/2011, de 3 de mayo, se plantea si en los procesos penales a que se refiere el art. 6.6 de la Ley 2/2010 (actual art. 80.6 CDFA) está incluido el proceso penal de juicio de faltas por injuria y vejación injusta del artículo 620.2^o CP. Indica la Sala que *la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección de la violencia de género, introdujo «ex novo» diversos tipos penales elevando a delito diversas acciones que con anterioridad constituían simples faltas penales, constituyendo el artículo 620.2^o CP una de las escasas faltas de violencia de género no elevadas a la categoría de delito por razón de la víctima y su vinculación con el autor de la falta.*

Sin embargo –añade–, si nos atenemos a los procesos penales a los que se refiere el art. 6.6 LIRF no parece que esté en ellos incluido el seguido contra el recurrente generador finalmente de una falta del art. 620.2 CP, refiriéndose todos los mencionados en la norma a los tipos de delito indicados en el Libro II, Títulos III, VI, VII y VIII del CP, criterio que parece deducirse en la exigencia de que se dicte resolución motivada en la que se constate la presencia de indicios razonables de criminalidad. Nos parece igualmente muy revelador que en el preámbulo IX de la Ley 2/2010 se indica expresamente que «la disposición adicional cuarta, referida a los supuestos de privación de la custodia por la existencia de indicios fundados de violencia doméstica u otros delitos contenidos en el ámbito familiar, establece que la sentencia absolutoria firme de los citados delitos será causa de revisión del régimen de custodia», pareciendo pues clara la intención del legislador de no incluir los tipos penales por falta en la exclusión legal.

Debe finalmente tenerse en cuenta que en tema de restricción de derechos como es el caso, y especialmente afectando el mismo a un bien de especial protección como es el interés del menor, que podría resultar afectado, no cabe hacer pues una interpretación extensiva del precepto indicado en perjuicio de dicho interés si se considera que la custodia compartida o la individual del progenitor condenado es más favorable a dicho interés, por lo que consideramos que el proceso penal y la falta subsiguiente a la que ha sido condenado el recurrente, dado por otro lado la escasa entidad de los hechos enjuiciados, como se desprende del factum de la Sentencia penal, no es causa de exclusión legal de la custodia compartida por el mismo solicitada, debiéndose entrar a dilucidar la conveniencia o no de fijar dicha forma de custodia»⁶⁶.

⁶⁵ En el recurso de apelación no se insiste en la causa de exclusión de la custodia compartida en base a lo dispuesto en el art. 80.6 CDFA, *por cuanto no sólo no consta resolución judicial motivada en la que se constate indicios fundados y racionales de criminalidad, o indicios fundados de violencia doméstica o de género, sino que obra aportado como prueba documental (folio 275) Auto de sobreseimiento provisional y archivo del Juzgado de Violencia de Género de 12/5/2010 en las diligencias previas incoadas, por lo que no procede apreciar la indicada causa de exclusión como indica el Juzgador de instancia en su Fundamento Jurídico Tercero (SAPZ, Secc. 2^a, 507/2012, de 11 de octubre).*

⁶⁶ La Audiencia otorga la custodia compartida.

La SAPZ, Secc. 2^a, 374/2011, de 28 de junio, dice, en relación a un juicio de faltas contra el padre en el que se le condena por una falta de vejación a la madre a la pena de cuatro días de localización permanente en su domicilio, que *es claro que la calificación de los hechos, por su escasa gravedad y etiología, no entraña, a la vista de la normalización operada en la relación de los litigantes, el obstáculo legal contemplado en el art. 6-6 de la Ley 2/2010 de Igualdad en las Relaciones Familiares, como así ha declarado recientemente esta Sala en caso similar.*

En cambio, en el supuesto de hecho de la SAPZ, Secc. 2ª, 14/2012, de 17 de enero, la madre recurrente ha sido condenada como autora de un delito de lesiones en el ámbito familiar a la pena de 8 meses de prisión y de prohibición de comunicación con el recurrido de dos años, se trata pues de un proceso penal incluido en el supuesto de exclusión de la guarda y custodia, no encontrándose extinguida la pena, en consecuencia procede confirmar la sentencia en este apartado: la guarda y custodia del hijo menor se atribuye al padre. Hay otros tres casos de aplicación del artículo 80.6⁶⁷.

Si el precepto es de aplicación a uno solo de los progenitores, el Juez debe conceder la custodia individual al otro. Si es de aplicación a los dos, entonces ninguno de los padres deberá ostentar la guarda y custodia, y será el Juez quien deberá acordar lo procedente, al amparo del artículo 79⁶⁸.

La situación de prisión provisional de uno de los padres, o la de libertad provisional, y con mayor motivo la prisión por delito juzgado, suele ser una circunstancia que, en virtud del prevalente interés del menor, aconseja establecer la custodia a favor del otro progenitor⁶⁹.

En el caso de la SAPZ, Secc. 2ª, 352/2012, de 19 de junio, se reitera lo dicho en la sentencia de 3 de mayo de 2011 ante la alegación por el padre del olvido de lo dicho en el artículo 80.6, habiendo sido condenada la madre por varias faltas contra él.

⁶⁷ La SAPH, Secc. 1ª, 11/2012, de 27 de enero, confirma en este apartado la del JPII núm. 2 de Huesca de 20 de enero de 2011 que atribuye la guarda y custodia a la madre. Por sentencia de 8 de febrero de 2010, el padre fue condenado por el JPII núm. 2 de Huesca, como autor de un delito de amenazas a su entonces esposa (art. 171.4 CP), a las penas correspondientes, entre las que se encuentran las prohibiciones de aproximación y comunicación con la demandante por tiempo de tres años. Por tanto, habiendo mediado dicha condena, que todavía está vigente, no procede atribuir al padre la guarda y custodia del niño de 6 años de edad, ni individual ni compartida, conforme al artículo 80.6 CDFA. No se puede prescindir de esta norma imperativa, a pesar del deseo del niño de vivir con el padre y a pesar de que la madre ha tenido que trasladarse a vivir a Málaga por razones laborales.

La SAPZ, Secc. 2ª, 107/2012, de 28 de febrero, confirma en este extremo la del Juzgado de Violencia sobre la Mujer, núm. 2 de Zaragoza de 18 de julio de 2011 que había atribuido la guarda y custodia de los menores a la madre por existir una condena por delito de lesiones leves en el ámbito familiar impuesta al padre (art. 80.6 CDFA).

La SAPZ, Secc. 2ª, 265/2012, de 15 de mayo, en autos de divorcio contencioso, confirma la custodia individual a favor de la madre atribuida por la S. del Juzgado de Violencia sobre la mujer núm. 1 de Zaragoza de 1 de diciembre de 2011, porque concurre claramente la causa de exclusión del padre de la custodia del artículo 80.6 CDFA, existiendo resolución motivada en la que se constata indicios fundados de criminalidad, teniendo en cuenta el escrito de acusación del Ministerio Fiscal aportado por la madre.

⁶⁸ Así lo dice MARTÍNEZ DE AGUIRRE, 2011, p. 154.

⁶⁹ En el caso de la SAPZ, Secc. 2ª, 421/2012, de trece de julio, se priva a la madre de la custodia individual y se concede al padre, en razón de los presuntos delitos de tráfico de estupefacientes y asociación ilícita en que puede haber incurrido la madre según auto del Juzgado de Instrucción.

VIII. SENTENCIAS DEL TSJA O DE LAS AUDIENCIAS PROVINCIALES QUE ESTABLECEN LA CUSTODIA INDIVIDUAL

Sabemos que, como dice el art. 80.5, *la objeción a la custodia compartida de uno de los progenitores que trate de obtener la custodia individual, no será base suficiente para considerar que la custodia compartida no coincide con el mejor interés del menor, pero esa objeción de uno de los progenitores unida al resultado de la valoración de la prueba practicada en las instancias lleva a los tribunales a decidir con alguna frecuencia que lo más conveniente para el menor en el caso de autos es la custodia individual. Así, por ejemplo, en la SAPZ, Secc. 2ª, 62/2012, de 7 de febrero, se dice: La prueba practicada, evaluada a la luz del citado precepto (art. 80.2 CDF), muestra como es la custodia individual a favor de la madre la medida que se revela más adecuada para preservar el superior interés del menor; designio este al que debe ajustarse toda decisión, resolución o medida que afecte a los menores (art. 76 CDF).*

1. SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ARAGÓN

De los 17 casos de guarda y custodia que han llegado al TSJA en estos dos primeros años de vigencia de la Ley 2/2010, 9 han terminado con custodia compartida y otros 8 con custodia individual a favor de la madre. De las 8 sentencias de custodia individual:

a) *Siete confirman la custodia individual a favor de la madre acordada por la Audiencia al entender que concurren razones para excepcionar la preferencia legal por la custodia compartida.*

1. La STSJA 10/2011, de 30 de septiembre, confirma la SAPZ, Secc. 2ª, 177/2011, de 29 de marzo, que había confirmado a su vez la del JPI núm. 5 de Zaragoza de 26 de noviembre de 2010 que atribuyó la custodia individual a la madre sobre la hija, de 2 años de edad, y rechazó la petición de custodia compartida del padre, valorando especialmente el informe psicosocial practicado. Dice el TSJA que *es claro que ambos progenitores pueden ejercer, en forma compartida, la guarda y custodia, siempre que de los autos resulte su aptitud, idoneidad y voluntad de ejercicio. Pero en el caso de autos, la prueba practicada (informe pericial e interrogatorios), según ha sido valorada en las instancias procesales, y que no puede ser combatida en este recurso de naturaleza extraordinaria, muestra que el recurrente carece en la actualidad de esas aptitudes. Expresa la Audiencia Provincial que «el padre permanece sin trabajar, adoptando una actitud pasiva en todo lo referente al cuidado y atención de la menor»; y esta sencilla explicación es razón suficiente para excluir la custodia compartida en la forma solicitada, y atribuirla a la madre quien, por el contrario, ha adoptado una actitud comprometida con la atención de la hija y su educación.*

2. La STSJA 4/2012, de 1 de febrero, desestima el recurso de casación y confirma la SAPZ, Secc. 2ª, 333/2011, de 14 de junio, que revoca la del JPI núm. 6 de Zaragoza de 27 de enero de 2011 que había otorgado la custodia compartida por años alternos, y otorga la custodia individualmente a la madre con base en los informes periciales y la opinión de la mayor de las hijas, de 10 años de edad (la pequeña tiene 6 años). El TSJA entiende que *la Audiencia Provincial ha explicado por-*

menorizadamente las razones por las que revoca, en el punto concerniente a la guarda y custodia de las menores, la decisión del Juez de Primera Instancia. Y lo hace fundada en la valoración de las pruebas periciales practicadas en autos, que son coincidentes en rechazar la custodia compartida aconsejando la individual a favor de la madre. Además valora pormenorizadamente la prueba practicada en la segunda instancia, por exploración de la menor que ha alcanzado los diez años de edad, y que se muestra favorable a la estancia con su madre. Dichas consideraciones probatorias, ampliamente motivadas, no son revisables en casación. [...] En definitiva, esta Sala no aprecia infracción de los preceptos denunciados en la sentencia recurrida, sino que la Audiencia ha realizado una ponderación razonable y debidamente motivada de los factores concurrentes, no contraria a la lógica.

3. La STSJA 5/2012, de 8 de febrero, desestima el recurso de casación y confirma la SAPZ, Secc. 2ª, 374/2011, de 28 de junio, que desestima el recurso de apelación y confirma la del Juzgado de Violencia Sobre la Mujer núm. 1 de Zaragoza de 15 de diciembre de 2010 que atribuye a la madre la guarda y custodia de las dos hijas del matrimonio, de 8 y 5 años de edad. La Audiencia descarta la aplicación del artículo 80.6 CDFA, pero en base a los informes periciales psicológico y de valoración social emitidos en las actuaciones considera que la custodia individual a favor de la madre es más conveniente para las menores. El TSJA entiende que *la sentencia de apelación hace una valoración de los aspectos más relevantes recogidos de dicho informe psicosocial, como el trabajo a turnos del padre, la jornada laboral reducida de la madre, la falta de costumbre e iniciativa del padre en los cuidados básicos de sus hijas y la menor disponibilidad horaria del mismo. Todo ello hace concluir al tribunal de apelación que, como aconseja el informe psicológico, debe mantenerse la custodia de la madre como situación más acertada para preservar el prioritario interés de las hijas. Así pues, la sentencia recurrida ha efectuado una valoración suficiente y razonada de la prueba practicada teniendo en cuenta los distintos factores puestos de manifiesto por los informes psicosocial y psicológico, que no puede ser revisada en casación al no ser irracional, ilógica o arbitraria (Ss. TS 28 de noviembre de 2008, 8 de julio de 2009, 10 de septiembre de 2009 y 19 de octubre de 2009), lo que no sucede en el presente caso pues de tal valoración, basada en el conjunto de factores indicados recogidos en los informes técnicos, y en el parecer de éstos, se concluye que la custodia individual de la madre es el régimen más beneficioso para las menores.*

4. La STSJA 24/2012, de 5 de julio, desestima el recurso de casación y confirma en todos los pronunciamientos contenidos en su fallo la SAPZ, Secc. 2ª, 77/2012, de 21 de febrero, a su vez confirmatoria de la del JPI núm. 6 de Zaragoza de 15 de septiembre de 2011, que desestimó la demanda del padre que solicitaba el establecimiento de la custodia compartida, de modo que se mantiene la custodia individual inicialmente acordada, si bien, tal y como acordó el Juzgado, se amplía el régimen de visitas a favor del padre. Con base en el informe psicosocial, en la voluntad de los menores, recogida tanto en el informe pericial como en la exploración practicada en la segunda instancia, y en el informe del Ministerio Fiscal, se acordó que la custodia individual era más beneficiosa para los hijos, de modo que no existe la infracción del art. 80.2 que el recurrente argumenta como motivo de su recurso.

5. La STSJA 27/2012, de 24 de julio, desestima el recurso de casación interpuesto por el padre y confirma plenamente la SAPZ, Secc. 2ª, 137/2012, de 13

de marzo, que había confirmado la del JPI núm. 5 de Zaragoza de 15 de junio de 2011 que en autos de modificación de medidas de divorcio había desestimado la demanda de custodia compartida formulada por el padre, con el consiguiente mantenimiento de la custodia individual a favor de la madre. Dice el TSJ que el caso de autos debe ser tratado como caso límite. La prueba pericial practicada por la psicóloga del juzgado considera procedente la custodia compartida, mientras que la prueba practicada en el acto del juicio, a la que el juez otorgó valor de pericial, estima necesario mantener la estabilidad emocional de los menores. La Audiencia ha llevado a cabo la exploración de la hija de 10 años de edad, que manifestó que está bien con el sistema actual, lo que ha sido especialmente tenido en cuenta para confirmar la decisión de primera instancia a favor de la custodia individual de la madre. La valoración de la prueba practicada se ajusta a lo establecido en el art. 80.2, y tiene en cuenta los factores referidos a las edades de los hijos (de 7 y 10 años) y a la opinión expresada por la mayor de ellos.

6. La STSJA 28/2012, de 24 de septiembre, desestima el recurso de casación interpuesto por el padre y confirma la SAPZ, Secc. 2ª, 159/2012, de 27 de marzo, que había revocado la del JPI núm. 16 de Zaragoza de 5 de septiembre 2011 que, en autos de modificación de medidas definitivas de divorcio, había estimado parcialmente la demanda del padre y acordado la custodia compartida por semanas alternas, entre otros extremos, para en su lugar restablecer la custodia individual a favor de la madre resultante de la sentencia de divorcio con algunas modificaciones posteriores. La Sala no advierte infracción alguna del artículo 80.2 CDFA porque *en la sentencia de segunda instancia se ha realizado una detallada valoración de la prueba practicada al amparo del art. 80.2 CDFA en sus apartados c), expresamente mencionado en la sentencia recurrida y referente a la opinión de los hijos siempre que tengan suficiente juicio, y d), en el extremo que alude a la aptitud de los progenitores para asegurar la estabilidad de los menores. Y a partir de esos hechos declarados probados en la sentencia de apelación, la Audiencia concluye que en el supuesto enjuiciado concurren circunstancias que aconsejan como más conveniente para el interés del menor el mantenimiento de la custodia individual a favor de la madre.*

7. La STSJA 34/2012, de 19 de octubre, desestima el recurso de casación interpuesto por el padre y confirma la SAPH, Secc. 1ª, 55/2012, de 16 de marzo, que a su vez había confirmado la del JPII núm. 1 de Huesca de 18 de octubre de 2011 que, en autos de modificación de medidas definitivas de divorcio consensual, había desestimado la demanda formulada por el padre en solicitud de custodia y mantenido las medidas del convenio regulador del divorcio que establece la custodia individual a favor de la madre. El TSJA, en primer lugar, desestima la petición de nulidad de la sentencia recurrida formulada por el Ministerio Fiscal al amparo del art. 238.3º LOPJ, por considerar que se ha producido la infracción del principio de tutela judicial efectiva (art. 24.1 Const.) al no haber sido oído el menor de 10 años y nueve meses en el momento de ser dictada la sentencia de apelación. Dice el TSJA que la menor fue oída por los cuatro profesionales que intervinieron en el procedimiento, quienes trasladaron al Juzgado las impresiones percibidas de ella en las entrevistas habidas para la elaboración de sus informes, y ninguna de las partes, ni el Ministerio Fiscal, consideró necesaria la exploración, ni se echó en falta en ninguno de los trámites procesales.

Por lo demás, no cabe elevar a la categoría de derecho fundamental del niño la necesidad de ser explorado de forma directa por los tribunales en todos los casos. En cuanto a la denuncia de infracción del artículo 80.2 CDFa por inaplicación del criterio preferente de custodia compartida, alegada como único motivo de casación, entiende el TSJA que el análisis que la sentencia realiza de la prueba practicada, en particular los informes periciales en los que se recogen las manifestaciones de las menores, cumple adecuadamente las reglas indicadas razonando suficientemente la decisión adoptada, por lo que no se aprecia infracción del art. 80.2 del CDFa.

b) *Una revoca la custodia compartida* establecida por la Audiencia para acordar en su lugar la custodia individual a favor de la madre por estimar acreditado que ésta es más conveniente.

La STSJA 8/2011, de 13 de julio, estima el recurso de infracción procesal interpuesto por la madre contra la SAPT, Secc. 1ª, 4/2011, de 11 de enero, que anula, y en su lugar confirma el fallo recaído en primera instancia. La sentencia de la Audiencia revoca la del JPI núm. 3 de Teruel de 1 de julio de 2010 que había atribuido la guarda y custodia del menor, que al tiempo de interposición de la demanda no contaba con dos años de edad, a la madre, y acuerda que la guarda y custodia sea compartida por ambos progenitores por días en la forma en que actualmente la desarrollan, sin perjuicio de ampliar los periodos de convivencia, de acuerdo con el plan que los cónyuges deben establecer. El TSJA estima el recurso extraordinario por infracción procesal, en el motivo formulado al amparo del art. 218.2 LEC, referido a la exigencia de motivación de las sentencias. *La argumentación de la Audiencia no resulta coherente. No deben los tribunales acordar una medida, que afecta a derechos eminentemente personales de menores, cuando dicha solución es considerada poco conveniente; ni hay razones para instar a las partes a la sustitución de la forma de custodia que impone –pese a desvalorarla– «al menos cuando el menor alcance la edad suficiente para la escolarización obligatoria», pues no hay motivos que conduzcan a la modificación a partir de ese momento, ni las razones que a ello conducen se exponen en la fundamentación jurídica del fallo.* Entrando a conocer del fondo del asunto, el TSJA considera que la Audiencia Provincial ha incurrido en infracción de los preceptos denunciados: 80.2 y 76.2 CDFa. Por una parte, porque *en el caso presente resulta más conveniente la custodia individual de la madre, atendiendo a la prueba practicada y al factor que el propio legislador considera en primer lugar, cual es la edad del niño, que se encuentra en la primera infancia. Además, porque no debe establecerse el sistema de guarda y custodia compartida sin contar con el plan de relaciones familiares que la ley exige.*

Resulta de estos datos que la inmensa mayoría de los casos de custodia individual del TSJA son confirmación de lo ya acordado así en las Audiencias y sólo hay un caso de sustitución de la custodia compartida por la individual. En cambio, de las 9 sentencias del TSJA de custodia compartida, 6 proceden de la revocación de la sentencia de la Audiencia que había acordado la custodia individual y sólo 3 son confirmación de la custodia compartida o mixta ya acordada. Así que 6 casos de custodia individual se transforman por el TSJA en custodia compartida, mientras que un solo caso de custodia compartida pasa a ser de custodia individual por decisión del TSJA.

2. SENTENCIAS DE LAS AUDIENCIAS PROVINCIALES DE ARAGÓN

De las 95 sentencias de apelación que en estos dos años acuerdan la custodia individual (de un total de 142 que aplican la nueva regulación), 37 (un 38,9 %) son de procedimientos de establecimiento de medidas de guarda y custodia (divorcio, separación, guarda y custodia de menores no matrimoniales) y otras 58 (un 61,1 %) de procedimientos de modificación de medidas establecidas en procedimiento anterior. Pero son 37 sentencias de un total de 55 dictadas en procedimientos de establecimiento de medidas, lo que supone un 67,3 %, y son 58 sentencias de un total de 87 dictadas en procedimientos de modificación de medidas, lo que representa un 66,7 %. El tipo de procedimiento, por tanto, es un dato del todo irrelevante.

Por otra parte, de las 95 sentencias de custodia individual de las Audiencias, una inmensa mayoría, 84 (un 88,4 %), son confirmatorias de la de primera instancia, 9 revocan la custodia compartida del Juzgado (9,5 %) y 2 modifican la custodia individual procedente de primera instancia (un 2,1 %).

Sentencias de Audiencia que acuerdan la custodia individual:	95
Confirman la sentencia de primera instancia:	84 (88,4 %)
Revocan la custodia compartida del Juzgado:	9 (9,5 %)
Modifican la custodia individual del Juzgado:	2 (2,1 %)

El porcentaje de revocación de custodias compartidas es muy superior al de revocación o modificación de custodias individuales: de 48 casos de custodia compartida se revocan 9 (18,7 %), mientras que de 94 casos de custodia individual se revocan o modifican 10 (10,6 %). Algunas de estas revocaciones de custodias compartidas han sido confirmadas por el TSJA⁷⁰ y, por ahora, una ha sido casada para volver al sistema de custodia compartida⁷¹.

De los 11 casos de sentencias de custodia individual de las Audiencias con revocación o modificación de la custodia acordada por el Juzgado, 9 son casos en los que la inicial custodia compartida se revoca para establecer en su lugar la custodia individual, a favor de la madre en 8 ocasiones⁷² y a favor del padre en

⁷⁰ La SAPZ, Secc. 2ª, 333/2011, de 14 de junio, ha sido confirmada por la STSJA 4/2012, de 1 de febrero, y la SAPZ, Secc. 2ª, 159/2012, de 27 de marzo, ha sido confirmada por la STSJA 28/2012, de 24 de septiembre.

⁷¹ La SAPZ, secc. 2ª, 511/2011, de 13 de octubre, ha sido casada por la STSJA 22/2012, de 6 de junio.

⁷² Ss. APZ, Secc. 2ª, 333/2011, de 14 de junio, que revoca la del JPI num. 6 de Zaragoza de 27 de enero de 2011; APZ, Secc. 2ª, 511/2011, de 13 de octubre, que revoca la del JPI núm. 6 de Zaragoza 31 de marzo de 2011; APZ, Secc. 2ª, 68/2012, de 14 de febrero, que revoca la del JPI núm. 5 de Zaragoza de 5 de septiembre de 2011; APZ, Secc. 2ª, 62/2012, de 7 de febrero, que revoca la del JPI núm. 16 de Zaragoza de 30 de junio de 2011; APZ, Secc. 2ª, 159/2012, de 27 de marzo, que revoca la del JPI núm. 16 de Zaragoza de 5 de septiembre de 2011; APZ, Secc. 2ª, 234/2012, de 2 de mayo, que revoca la del JPI núm. 5 de Zaragoza de 19 de diciembre de 2011 (*casada* por STSJA 39/2012, de 27 de noviembre); APZ, Secc. 2ª, 330/2012, de

una⁷³; hay dos casos en los que la modificación de la sentencia del Juzgado es para cambiar de un padre a otro la custodia individual: en un caso pasa del padre a la madre⁷⁴ y en otro de la madre al padre⁷⁵.

Las razones por las que se revoca la custodia compartida y se sustituye por la individual en 9 casos son las siguientes: (1) los informes periciales y la opinión de la hija de 10 años de edad (confirmada por TSJ)⁷⁶, (2) la falta de una real predisposición y voluntad en el padre para la asunción de la custodia compartida (casada por el TSJA)⁷⁷, (3) la edad de la menor que tiene tres años⁷⁸, (4) la falta

12 de junio, que revoca la del JPI núm. 1 de Ejea de los Caballeros de 23 de enero de 2012; y APZ, Secc. 2ª, 423/2012, de 13 de julio, que revoca la del JPI núm. 16 de Zaragoza de 21 de noviembre de 2011.

⁷³ La SAPZ, Secc. 2ª, 350/2012, de 19 de junio, revoca la del JPI núm. 16 de Zaragoza de 5/9/2011, que había establecido el ejercicio compartido de la guarda y custodia mediante alternancia de periodos de dos meses sobre una menor parapléjica de 16 años de edad, permaneciendo la menor en el uso de la vivienda familiar y alternándose los progenitores en dicho uso, y, en su lugar, se otorga al padre la custodia de la hija y a ambos (padre e hija) el uso de la vivienda familiar adaptada a su minusvalía hasta que ésta cumpla los 18 años de edad, fecha a partir de la cual los litigantes deberán alcanzar un acuerdo sobre su venta o adjudicación, en liquidación del bien común. Pese a lo aconsejado por los informes periciales, psicológico y social, la madre no quiere la alternancia en la vivienda familiar y la hija en la exploración manifiesta querer quedarse en la vivienda familiar. Dice la Audiencia que no puede obligarse a la madre a que viva periódicamente en Grisén.

⁷⁴ La SAPZ, Secc. 2ª, 378/2012, de 3 de julio, revoca la del JPI núm. 5 de Zaragoza de 20/9/2011 que había otorgado la custodia individual al padre sobre dos hijos de 17 y 15 años, y en su lugar mantiene la custodia individual de la madre. El informe psicosocial es favorable a la custodia del padre. Los hijos, uno ya ha cumplido los 18 años, no quieren vivir con él. Hay que preservar el principio de no separar en lo posible a los hermanos. El posible fracasos escolar no puede achacarse a la responsabilidad exclusiva de la madre. Por todo ello se mantiene la custodia individual de la madre. No se debate la posibilidad de la custodia compartida.

⁷⁵ La SAPZ, Secc. 2ª, 421/2012, de 13 julio, revoca la del JPI núm. 16 de Zaragoza de 23 de diciembre de 2011, que había mantenido la custodia individual de la madre, y la atribuye al padre, porque la madre ha estado en prisión provisional y ahora se halla en libertad provisional a la espera de juicio por delitos de tráfico de estupefacientes y asociación ilícita.

⁷⁶ La SAPZ, Secc. 2ª, 333/2011, de 14 de junio, revoca la del JPI núm. 6 de Zaragoza de 27/1/2011 que había otorgado la custodia compartida por años alternos, y otorga la custodia individualmente a la madre con base en los informes periciales y la opinión de la mayor de las hijas, de 10 años de edad. Confirmada por la STSJA 4/2012, de 1 de febrero.

⁷⁷ La SAPZ, Secc. 2ª, 511/2011, de 13 de octubre, revoca la del JPI núm. 6 de Zaragoza 31/3/2011 que había acordado la custodia compartida y otorga la guarda y custodia a la madre. Hay voto particular del Presidente de la Sala que defiende que el interés del menor está mejor protegido con la custodia compartida tal como señala el informe psicosocial y mantiene el Ministerio Fiscal; añade que no puede sancionarse judicialmente una mera sospecha o conjetura sobre actuaciones futuras del padre, cuando se constata un cambio de actitud notable. La mayoría de la Sala, en cambio, concluye que la petición del padre carece de la consistencia necesaria en orden a demostrar su plena disponibilidad para asumir una custodia compartida, por basarse en meras previsiones (cambio de horario laboral) y no en realidades acompañadas de una dedicación efectiva y personal a la atención diaria del hijo. Y añade: «La ausencia de circunstancias anómalas en los progenitores no puede determinar la aplicación automática de una medida como la que nos ocupa si no va acompañada de una real predisposición y voluntad para la asunción de las responsabilidades que la misma conlleva». Sentencia *casada* por la STSJA 22/2012, de 6 de junio.

⁷⁸ La SAPZ, Secc. 2ª, 62/2012, de 7 de febrero, revoca la SJPI núm. 16 de Zaragoza de 30 de junio de 2011 que había establecido la custodia compartida por semanas alternas, manteniendo la custodia individual a favor de la madre atribuida por la sentencia de divorcio en 2009, por enten-

de un plan de adaptación de la vida laboral del padre⁷⁹, (5) la opinión del menor de 9 años y el informe pericial (confirmada por el TSJ)⁸⁰, (6) las importantes contradicciones y carencias del informe psicológico y para no separar el menor de su medio hermano (casada por el TSJA)⁸¹, (7) los informes psicológico y social y el resto de circunstancias concurrentes⁸², (8) la opinión de la hija parapléjica junto a la negativa de la madre a alternar la vivienda familiar⁸³, (9) la edad y la opinión de la niña, junto a otros factores⁸⁴.

De las 84 sentencias de Audiencia que confirman la custodia individual de primera instancia, la inmensa mayoría, 70 (un 83,3 %), son de custodia individual a favor de la madre que se otorga o se mantiene, pese a la oposición del padre, casi siempre con base en los informes periciales (tres confirmadas por el TSJA)⁸⁵, con cierta frecuencia en razón de la corta edad del

der que valorada la prueba practicada, y como factor muy relevante la edad de la menor, que en el momento de interposición de la demanda tenía tres años recién cumplidos [art. 80.2.a) CDFA], la custodia individual de la madre es el sistema más conveniente.

⁷⁹ La SAPZ, Secc. 2ª, 68/2012, de 14 de febrero, revoca la SJPI núm. 5 de Zaragoza de 5 de septiembre de 2011 en el sentido de atribuir a la madre la guarda y custodia de la hija de 2 años de edad, con sustitución de la custodia compartida establecida por el Juzgado, al no existir un plan de adaptación concreto por el padre de su vida laboral al cuidado de la menor.

⁸⁰ La SAPZ, Secc. 2ª, 159/2012, de 27 de marzo, revoca la del JPI núm. 16 de Zaragoza de 5/9/2011 que había establecido la guarda y custodia del menor de 9 años de edad con carácter compartido entre ambos progenitores, siendo la alternancia de una semana y de domingo a domingo desde las 20 h, y mantiene las medidas vigentes en virtud de las sentencias recaídas en pleitos de divorcio y de modificación de medidas posteriores, en concreto, la custodia individual del hijo menor a favor de la madre, con fundamento en la opinión del menor y el informe pericial. *Confirmada* por STSJA 28/2012, de 24 de septiembre.

⁸¹ La SAPZ, Secc. 2ª, 234/2012, de 2 de mayo, revoca la del JPI núm. 5 de Zaragoza de 19/12/2011, que había acordado modificar el sistema de guarda y custodia a favor de la madre y establecer la custodia compartida. La Audiencia declara vigentes las medidas acordadas en la sentencia de divorcio de 2008 porque el informe psicológico practicado en el proceso en el que se sustenta la custodia compartida que otorga el juzgador adolece de importes contradicciones y carece de una exhaustiva consideración de las reales consecuencias del cambio de custodia, y también para no separar al menor de su medio hermano (*casada* por STSJA 39/2012, de 27 de noviembre).

⁸² La SAPZ, Secc. 2ª, 330/2012, de 12 de junio, revoca la del JPI núm. 1 de Ejea de los Caballeros de 23/1/2012, que había establecido la custodia compartida por bimestres alternos, y acuerda mantener la custodia individual a favor de la madre como más beneficiosa para el menor, con ampliación del régimen de visitas a favor del padre. Todo ello con fundamento en los informes psicológico y social y el resto de circunstancias concurrentes: la propia opinión del menor (de 6 años de edad), su vinculación desde siempre con la madre, la ocupación laboral de ambos, la residencia en distintas localidades de ambos progenitores. Así igualmente lo indica el Ministerio Fiscal.

⁸³ SAPZ, Secc. 2ª, 350/2012, de 19 de junio, ya reseñada antes.

⁸⁴ La SAPZ, Secc. 2ª, 423/2012, de 13 de julio, revoca la SJPI núm. 16 de Zaragoza de 21 de noviembre de 2011, que había establecido la custodia compartida por semanas alternas, y la otorga a la madre. Pese a que el informe de la psicóloga aconseja la custodia compartida por semanas, la Audiencia estima que la corta edad de la niña, de 7 años, la expresión consciente de su opinión en la exploración judicial, su correcta adaptación familiar, social y educativa, y la cercanía de su residencia al Colegio al que asiste, hacen más conveniente que la niña permanezca bajo la custodia de la madre.

⁸⁵ Por ejemplo: SAPZ, Secc. 2ª, 177/2011, de 29 de marzo, que confirma la del JPI núm. 5 de Zaragoza de 26 de noviembre de 2010 que había atribuido a la madre la guarda y custodia de la

hijo⁸⁶ o en ser ésta su opinión cuando tiene ya suficiente juicio (dos confirmadas por el TSJA)⁸⁷, en ocasiones la causa es la escasa concreción del padre para orga-

hija común de 2 años de edad en base al informe psicosocial practicado. Confirmada por la STSJA 10/2011, de 30 de septiembre.

La SAPZ, Secc. 2ª, 269/2011, de 10 de mayo, confirma la del JPI núm. 16 de Zaragoza de 15 de octubre de 2010 que había mantenido la atribución de la guarda y custodia del hijo común a favor de la madre con fundamento en la valoración de la pericial psicológica efectuada.

SAPZ, secc. 2ª, 374/2011, de 28 de junio, que confirma la del Juzgado de Violencia Sobre la Mujer núm. 1 de Zaragoza de 15 de diciembre de 2010: en base a los informes periciales psicológico y de valoración social emitidos en las actuaciones considera que la custodia individual a favor de la madre es más conveniente para las menores. Confirmada por la STSJA 5/2012, de 8 de febrero.

La SAPZ, Secc. 2ª, 386/2011, de 5 de julio, confirma la del Juzgado de Violencia sobre la Mujer núm. 1 de Zaragoza de 25 de febrero de 2011 que había atribuido la guarda y custodia de los menores, de 5 y 3 años de edad, a la madre, con fundamento en los informes periciales social y psicológico.

La SAPZ, Secc. 2ª, 456/2011, de 13 de septiembre, confirma la SJPI núm. 5 de Zaragoza de 9/12/2010 que había atribuido a la madre la guarda y custodia de los hijos comunes, de 5 y 4 años, con base en el informe psicosocial.

La SAPZ, Secc. 2ª, 522/2011, de 13 de octubre, confirma en este extremo la SJPI núm. 6 de Zaragoza de 5/4/2011 que otorga la guarda y custodia a la madre, por ser la prueba aportada (informe de la psicóloga) contraria al sistema de custodia compartida.

La SAPZ, Secc. 2ª, 552/2011, 2 de noviembre, confirma la del JPI núm. 6 de Zaragoza de 16/6/2011. Custodia para la madre con fundamento en el informe psicosocial.

La SAPZ, Secc. 2ª, 574/2011, de 15 de noviembre, confirma la del JPI núm. 5 de Zaragoza de 25/4/2011 que mantiene la custodia individual a favor de la madre con base en el concluyente informe pericial psicosocial.

La SAPZ, Secc. 2ª, 622/2011, de 2 de diciembre, confirma la del JPI núm. 6 de Zaragoza de 14/6/2011: De conformidad con el informe psicosocial, la Audiencia mantiene la custodia a favor de la madre.

La SAPZ, Secc. 2ª, 52/2012, de 7 de febrero, confirma en este extremo la SJPI núm. 5 de Zaragoza de 6/6/2011 que había mantenido la custodia individual de la madre con base en las recomendaciones de los informes periciales.

La SAPZ, Secc. 2ª, 155/2012, de 20 de marzo, confirma la del JPI núm. 16 de Zaragoza de 17/11/2011 que había mantenido la custodia individual a favor de la madre en base al informe pericial de la psicóloga.

La SAPZ, Secc. 2ª, 305/2012, de 5 de junio, confirma la del JPI núm. 5 de Zaragoza de 14 de julio de 2011 que atribuye a la madre la guarda y custodia de la hija común. Se desestima la apelación del padre que pide custodia compartida en base a la prueba psicosocial practicada.

La SAPZ, Secc. 2ª, 391/2012, de 10 de julio, confirma la del JPI núm. 6 de Zaragoza de 12 de mayo de 2011, que otorga la guarda y custodia a la madre, aun cuando por distintos motivos que los que se exponen en la misma. No se deniega la custodia compartida solicitada por falta de petición de la prueba psicológica, sino porque practicadas en segunda instancia la prueba psicosocial, la custodia individual a favor de la madre se revela como la más adecuada en beneficio e interés de los menores.

También SAPZ, Secc. 2ª, 430/2012, de 20 de julio, entre otras recientes.

⁸⁶ Por ejemplo: SAPZ, Secc. 2ª, 199/2011, de 12 de abril, confirma la del JPI núm. 16 de Zaragoza de 30 de noviembre de 2010 que atribuye la guarda y custodia de una niña de 18 meses a la madre. El plan de custodia compartida que propone el padre, que vincula ocio-descanso y fin de semana a uno de los progenitores, no puede aceptarse; la edad de la menor y el informe psicosocial inclinan a favor de la custodia individual a favor de la madre.

La SAPZ, Secc. 2ª, 572/2011, de 15 de noviembre, confirma la del JPI núm. 16 de Zaragoza de 19 de mayo de 2011 que había atribuido la guarda y custodia de la hija de 19 meses de edad a la madre, en atención a la edad de la menor y a lo recomendado en el informe psicosocial.

La SAPZ, Secc. 2ª, 634/2011, de 2 de diciembre, confirma en este extremo la del JPI núm. 5 de Zaragoza de 1 de febrero de 2011 que atribuye a la madre la guarda y custodia de las dos hijas comunes. El informe de la Psicóloga considera, como único motivo, que deben permanecer viviendo con la madre por su mayor disponibilidad horaria, y la Audiencia añade que también por la corta edad de la hija menor (3 años) y para no separar a las dos hermanas.

La SAPZ, Secc. 2ª, 70/2012, de 14 de febrero, confirma la SJPI núm. 16 de Zaragoza de 20 de junio de 2011: la Sala ratifica la custodia individual de la madre por entender que resulta lo más beneficioso para el menor, atendida su corta edad (2 años y 9 meses), la escasa concreción del padre en orden a la determinación de la organización cotidiana del cuidado del hijo, sin delegar en terceras personas (abuelos) y en orden a la compatibilidad de su horario laboral [art. 80.a), d) y e) del CDFIA]. Casada por la STSJA 30/2012, de 28 de septiembre.

⁸⁷ La SAPZ, Secc. 2ª, 429/2011, de 15 de julio, confirma la del JPI núm. 5 de Zaragoza 18/3/2011: La hija, de 12 años de edad, manifestó su preferencia por seguir como hasta ahora, con su madre y con el régimen de visitas señalado al padre, punto que confirma la Psicóloga del Juzgado.

La SAPZ, Secc. 2ª, 509/2011, de 13 de octubre, confirma en este extremo la SJPI núm. 6 de Zaragoza de 15 de abril de 2011 que había mantenido la custodia individual a favor de la madre con base en la voluntad del hijo menor, de 11 años de edad, así como lo expuesto en el informe psicosocial.

La SAPZ, Secc. 2ª, 573/2011, de 15 de noviembre, confirma la SJPI núm. 6 de Zaragoza de 28/6/2011: custodia individual para la madre con fundamento en el informe psicosocial y en la exploración del menor, de 11 años de edad.

La SAPZ, Secc. 2ª, 641/2011, de 12 de diciembre, confirma la SJPI núm. 16 de Zaragoza de 3/5/2011: custodia de la hija de 10 años de edad para la madre, con fundamento en el informe psicosocial y en el deseo de la menor manifestado en la exploración judicial practicada.

La SAPZ, Secc. 2ª, 653/2011, de 20 de diciembre, confirma la del JPI núm. 16 de Zaragoza de 9/6/2011 que atribuye a la madre la guarda y custodia de los dos hijos menores de 16 y 13 años de edad, con base en la exploración de los menores y en el informe pericial.

La SAPZ, Secc. 2ª, 77/2012, de 21 de febrero, confirma la SJPI núm. 6 de Zaragoza de 15 de septiembre de 2011: custodia individual a favor de la madre; los menores (12 y 10 años) con juicio y madurez suficientes, cuya exploración se ha practicado en la 2ª instancia, son partidarios de mantener la relación con sus progenitores tal como se viene regulando en la actualidad.

La SAPZ, Secc. 2ª, 97/2012, de 28 de febrero, confirma la SJPI núm. 2 de Calatayud de 3 de octubre de 2011: custodia individual a favor de la madre con base en la prueba psicosocial y la exploración de la menor (de 13 años de edad).

La SAPZ, Secc. 2ª, 111/2012, de 28 de febrero, confirma la del JPI núm. 6 de Zaragoza de 13/6/2011: guarda y custodia de los dos hijos (el chico cumple 18 años en septiembre de 2012 y la niña tiene 7 años) a la madre. El chico manifestó su deseo de permanecer con su madre y su hermana.

La SAPZ, Secc. 2ª, 132/2012, de 13 de marzo, confirma la SJPI núm. 5 de Zaragoza de 28 de julio de 2011: custodia de las hijas gemelas, de 13 años de edad, a favor de la madre en base al informe psicosocial y al deseo de las hijas de permanecer con su madre.

La SAPZ, Secc. 2ª, 137/2012, de 13 de marzo, confirma la del JPI núm. 5 de Zaragoza de 15/6/2011: custodia individual a favor de la madre, en contra del informe pericial, en atención a la opinión de las menores manifestada en la exploración. *Confirmada* por STSJA 27/2012, de 24 de julio.

La SAPZ, Secc. 2ª, 198/2012, de 11 de abril, confirma la del JPI núm. 6 de Zaragoza de 12/12/2011: custodia individual a favor de la madre. Se rechaza la apelación con base en la exploración del hijo mayor, de 16 años de edad, y en las periciales psicológica y social.

La SAPZ, Secc. 2ª, 210/2012, de 20 de abril, confirma la del JPI núm. 16 de Zaragoza de 16 de noviembre de 2011, y atribuye la custodia individual a favor de la madre, «al acoger en este punto la opinión de la mayor de las hijas, Sandra, de cuyas manifestaciones se deduce la existencia de un arraigo mayor con la madre ...» (confirmada por la STSJA 38/2012, de 22 de noviembre). También SAPZ Secc. 2ª, 219/2012, de 25 de abril, entre otras recientes.

nizar el cuidado del hijo (casada) o su dificultad para conciliar la vida familiar y laboral (casada en un caso)⁸⁸ o que se halla incurso en el supuesto del art. 80.6 CDFa⁸⁹, o a no haber habido una variación sustancial de las circunstancias que justifique el cambio de custodia determinada en el previo procedimiento de divorcio (casada)⁹⁰, o a las amplias discrepancias entre los padres⁹¹, o a la falta de prueba que avale la custodia compartida (dos casadas)⁹², o al traslado de uno de

⁸⁸ Por ejemplo: SAPZ, Secc. 2ª, 179/2011, de 29 de marzo, que confirma la del JPI núm. 5 de Zaragoza de 11 de octubre de 2010 que atribuyó la guarda y custodia del hijo común, de 10 años de edad, a la madre. La dedicación laboral del padre impide estimar que la custodia compartida por él pedida sea lo más conveniente. La STSJA 13/2011, de 15 de diciembre, *caso* la sentencia de la Audiencia y establece un régimen de custodia compartida por semestres escolares.

SAPZ, Secc. 2ª, 327/2011, de 7 de junio, que confirma la del JPI núm. 5 de Zaragoza, 9 de febrero de 2011 que había atribuido a la madre la guarda y custodia de los hijos comunes por la escasa disponibilidad que para el recurrente deriva de su trabajo, no revelándose como mejor alternativa la delegación de sus funciones en terceras personas, sentido este en el que se pronuncia la Psicóloga del Juzgado en su informe.

La SAPZ, Secc. 2ª, 515/2011, de 13 de octubre, confirma en este extremo la del JPI núm. 16 de Zaragoza de 25 de abril de 2011, que había mantenido la custodia individual a favor de la madre en base al informe psicosocial y a la falta de disponibilidad del padre para implicarse en el cuidado y atención diarios de la menor.

La SAPZ, Secc. 2ª, 17/2012, de 24 de enero, confirma la del JPI núm. 5 de Zaragoza de 677/2011 que mantiene la guarda y custodia del hijo común de 5 años de edad a favor de la madre, con fundamento en el informe psicosocial y en la dificultad del padre para conciliar la vida familiar y laboral.

⁸⁹ La SAPZ, Secc. 2ª, 14/2012, de 17 de enero, confirma la del JPI núm. 16 de Zaragoza de 5 de septiembre de 2011 que había atribuido la guarda y custodia al padre en aplicación del art. 80.6 CDFa.

La SAPH, Secc. 1ª, 11/2012, de 27 de enero, confirma en este extremo la del JPI núm. 2 de Huesca de 20/1/2011 que atribuye la guarda y custodia del menor de 6 años de edad a la madre, dado que el padre está incurso en el supuesto previsto en el art. 80.6 CDFa.

La SAPZ, Secc. 2ª, 107/2012, de 28 de febrero, confirma en este extremo la S del Juzgado de Violencia sobre la Mujer núm. 2 de Zaragoza de 18 de julio de 2011: guarda y custodia de los menores para la madre por existir una condena por delito de lesiones leves en el ámbito familiar impuesta al padre (art. 80.6 CDFa).

La SAPZ, Secc. 2ª, 265/2012, de 15 de mayo, en autos de divorcio contencioso, confirma la custodia individual a favor de la madre atribuida por la S. del Juzgado de Violencia sobre la mujer núm. 1 de Zaragoza de 1 de diciembre de 2011, porque concurre claramente la causa de exclusión del padre de la custodia del art. 80.6 CDFa, existiendo resolución motivada en la que se constata indicios fundados de criminalidad, teniendo en cuenta el escrito de acusación del Ministerio Fiscal aportado por la madre.

⁹⁰ SAP Teruel, Secc. 1ª, 92/2011, de 21 de junio: no ha existido una variación sustancial de las circunstancias que justifique, con arreglo a lo establecido en el art. 91 Cc, el cambio en la custodia determinada en el previo procedimiento de divorcio. Sentencia casada por la 13/2012, de 9/4, del TSJA que establece un sistema de custodia compartida.

⁹¹ La SAPZ, Secc. 2ª, 420/2011, de 15 de julio, confirma la del JPI núm. 5 de Zaragoza de 14/3/2011: custodia individual a favor de la madre sobre el hijo de 7 años de edad en atención al informe de la psicóloga y a las amplias discrepancias entre los padres.

⁹² No puede exigirse a quien propugna el cambio de la custodia individual por la custodia compartida que pruebe que ésta resulta más conveniente para el menor, como hace la SAPT, Secc. 1ª, 58/2011, de 3 de mayo, que por ello resulta casada por la STSJA 17/2012, de 18 de abril. En el mismo defecto incurrir la SAPT, Secc. 1ª, 32/2012, de 15 de marzo, con cita de la anterior, que también ha sido revocada por la STSJA 29/2012, de 25 de septiembre, porque *la sentencia impugnada se aparta de la recta aplicación del artículo 80.2 CDFa y jurisprudencia de esta Sala que lo interpreta.*

los padres a otra ciudad⁹³. En sólo dos casos la decisión de custodia individual a favor de la madre es contraria a lo aconsejado en el informe pericial⁹⁴.

La SAPZ, Secc. 2ª, 292/2012, de 29 de mayo, confirma la del JPI núm. 16 de Zaragoza de 9/11/2011 que atribuye la guarda y custodia de los dos hijos comunes menores de edad, de 9 y 4 años, a la madre. Ninguna de las pruebas practicadas en el proceso avala la pretensión de custodia compartida formulada por el padre, basada más en simples aspiraciones que en un real y fundado deseo de asumir responsablemente el cuidado cotidiano de sus hijos.

⁹³ La SAPZ, Secc. 2ª, 352/2012, de 19 de junio, confirma la del JPI núm. 16 de Zaragoza de 21 de febrero de 2012, que mantiene la custodia individual a favor de la madre que ha trasladado su residencia a Málaga y, por ello, modifica y adapta de oficio el régimen de visitas con el padre. El padre solicita la custodia compartida sobre la hija, hoy de 9 años de edad, de forma genérica y sin aportación de plan de relaciones familiares. El recurrente alega que el Juez no ha argumentado en qué perjudica a la menor el régimen de guarda y custodia compartida y que no ha solicitado el dictamen de especialistas sobre la idoneidad del régimen a adoptar, y que olvida lo dicho por el art. 80.6. La Audiencia considera que lo razonable de los motivos del traslado de la madre y la hija a Málaga –necesidades económicas por impago de pensiones– genera una *situación en la que un régimen de custodia compartida a desarrollar entre ambas ciudades –por periodos bimensuales alternos se dice ahora en el recurso– es tan inviable –y disparatado el que se propone– como innecesaria la petición del informe de especialistas que el recurrente echa en falta*. Por otra parte, *parece clara la intención del legislador de no incluir los tipos penales por falta en la exclusión legal del 80.6*.

La SAPZ, Secc. 2ª, 437/2012, de 20 de julio, confirma la del JPI núm. 6 de Zaragoza de 2 de febrero de 2012, que mantiene la guarda y custodia a favor de la madre sobre el hijo de 16 años y cinco meses. La Audiencia desestima el recurso de padre en solicitud de custodia compartida por cursos escolares alternos, por la edad del hijo –que va a cumplir ya los 18 años–, su voluntad de vivir en Zaragoza con su madre, y las lejanías del domicilio del padre, que vive en Marbella.

⁹⁴ La SAPZ, Secc. 2ª, 137/2012, de 13 de marzo, tras la exploración de la menor, de 10 años de edad, confirma la SJPI núm. 5 de Zaragoza, de 15 de junio de 2011, que desestima la demanda de custodia compartida formulada por el padre. El divorcio de los padres tuvo lugar por sentencia de 23 de julio de 2010, que aprobó el convenio regulador que ambos firmaron, en el que acordaron que los menores permaneciesen con su madre, con un régimen de visitas para el padre consistente en fines de semana alternos, desde el viernes a la salida del colegio a la entrada del mismo el lunes, con puentes a unir en su caso; dos tardes entre semana, lunes y miércoles, este último con pernocta.

La psicóloga aconseja un sistema de guarda y custodia compartida, pero el Juez, no obstante, valora:

- A) Que cuando el padre interpuso la demanda de divorcio de mutuo acuerdo el 23/6/2010, la Ley 2/2010, publicada en el BOA de 8 de junio, iba a entrar en vigor dos meses y medio más tarde, condiciones en las que, siendo él quien interponía la demanda y estando asesorado jurídicamente, hay que entender que conocía la novedad legislativa.
- B) Que el convenio suscrito por las partes fijaba una amplia relación del padre –progenitor no custodio– con sus hijos, desprendiéndose del régimen de visitas estipulado que el mismo cumplía las directrices de la nueva Ley, que por lo demás, tal y como indicaba su Exposición de Motivos, no debía suponer un reparto igualitario del tiempo.
- C) La normalidad y ausencia de incidencias con que se han cumplido las visitas, y las sucesivas adaptaciones a la que los menores se han visto sometidos –vida en España, ruptura matrimonial de sus padres y, luego, durante una año, al régimen que los mismos pactaron–.

Todo lo cual le lleva a concluir que el interés de los hijos no demanda el cambio interesado por el padre.

La Audiencia, tras la exploración judicial de la menor, confirma la decisión del Juez. S. *confirmada* por STSJA 27/2012, de 24 de julio.

En el caso de la SAPZ, Secc. 2ª, 234/2012, de 2 de mayo, que revoca la del JPI núm. 5 de Zaragoza de 19 de diciembre de 2011, suprime la custodia compartida por ella acordada y vuelve al régimen de custodia individual a favor de la madre existente desde la sentencia de divorcio, y ello pese a que

Hay 12 sentencias confirmatorias en las que la custodia individual, pese a la oposición de la madre, es a favor del padre (un 14,3 %), con fundamento en los informes periciales, en la opinión de los hijos, en el cambio de localidad de la madre o en la aplicación del artículo 80.6:

1. La SAPZ, Secc. 2ª, 157/2011, de 22 de marzo, confirma la del JPI núm. 6 de Zaragoza de 25 de noviembre de 2010, que había otorgado la custodia individual de los dos menores, de 12 y 9 años de edad, al padre. Se hace hincapié en la contundencia del informe psicosocial, del que se deduce una aptitud y voluntad mayor en el padre para asegurar en el presente momento la estabilidad de los hijos, así como en la propia posición de los menores favorables a la custodia con su padre.

2. La SAPZ, Secc. 2ª, 459/2011, de 13 de septiembre, confirma la del JPI núm. 5 de Zaragoza de 14 de febrero de 2011 que había mantenido la custodia individual a favor del padre sobre el hijo común de 10 años edad. Aunque no existen conflictos entre los progenitores sobre las relaciones del menor con los mismos, la correcta trayectoria y cuidado del menor y la ausencia de problemas sobre el reparto de su tiempo con los padres, así como el informe pericial, aconsejan no establecer la custodia compartida solicitada por la madre.

3. La SAPH, Secc. 1ª, 311/2011, de 16 de diciembre, confirma en este extremo la del JPII núm. 2 de Monzón de 30 de diciembre de 2010 que estimando la demanda del padre atribuyó a éste la guarda y custodia de sus dos hijos menores, de 13 y 7 años de edad, con fundamento en la opinión del menor de 13 años, que desea claramente vivir con su padre y tiene un sentimiento de rechazo hacia su madre, y en el principio de no separación de los hermanos.

4. La SAPZ, Secc. 2ª, 669/2011, de 27 de diciembre, confirma la SJPI núm. 6 de Zaragoza de 5 de julio de 2011 que concede la custodia individual al padre con el que ha convivido la hija desde septiembre de 2009, con fundamento en el informe pericial psicológico, la exploración de la menor, así como el informe y actuación del IASS.

el informe de la psicólogo en el que se sustenta la decisión del Juez era favorable a la custodia compartida. La Sala aprecia importantes contradicciones en dicho informe y estima que las conclusiones del informe adolecen de una exhaustiva consideración de las reales consecuencias del cambio de custodia, siempre en atención a lo estimado y valorado como más correcto para el bienestar del menor (*casada* por STSJA 39/2012, de 27 de noviembre).

Conviene recordar el ya citado caso de la SAPZ, Secc. 2ª, 350/2012, de 19 de junio, que en contra de lo aconsejado por los informes periciales y acordado por el Juzgado, sustituye la custodia compartida por la individual a favor del padre. Aquí el verdadero problema es el del uso de la vivienda familiar adaptada a la minusvalía de la hija parapléjica: los informes aconsejan que la madre y la hija permanezcan en el domicilio familiar y el padre en el que venía residiendo en Grisén muy cercano al mismo. El Juzgado adopta la custodia compartida sugerida pero debiendo abandonar los padres cada dos meses la vivienda familiar para ejercer la custodia el que por turno procediese. La madre se opone a esta alternancia en la vivienda familiar y traslada su residencia con su pareja a Zaragoza. La menor manifiesta en la alzada desear quedarse en Grisén. La Audiencia otorga la custodia al padre, así como el uso de la vivienda familiar hasta que la hija cumpla 18 años.

5. La SAPH, Secc. 1ª, 320/2011, de 28 de diciembre, confirma en este extremo la del JPII núm. 1 de Jaca de 9 de febrero de 2011 que atribuye la guarda y custodia del hijo de 4 años de edad al padre, con supresión de la anterior custodia compartida establecida, con acuerdo de los progenitores y tras la definitiva ruptura de la pareja de hecho, en la S. del mismo Juzgado de 29 de junio de 2010. La madre a requerimientos del padre tuvo que abandonar la vivienda familiar y marcharse a vivir a Madrid con sus padres y con un hijo pequeño, medio hermano del de 4 años. El informe pericial aconseja mantener al menor (un niño diagnosticado de trastorno del espectro autista, con un grado de discapacidad reconocido del 41%) en su actual entorno familiar, aunque se le separe de su medio hermano.

6. La SAPZ, Secc. 2ª, 14/2012, de 17 de enero, confirma la del JPI núm. 16 de Zaragoza de 5 de septiembre de 2011 que había atribuido la guarda y custodia al padre en aplicación del artículo 80.6 CDFA.

7. La SAPH, Secc. 1ª, 7/2012, de 24 de enero, confirma en lo sustancial la SJPII núm. 2 de Huesca de 11 de abril de 2011: guarda y custodia del hijo menor al padre, con régimen de visitas a favor de la madre, para ello es relevante la opinión del menor que tiene ya casi 14 años.

8. La SAPZ, Secc. 2ª, 60/2012, de 7 de febrero, confirma la SJPI núm. 6 de Zaragoza de 30 de junio de 2011 que cambia el sistema de guarda y custodia compartida por meses alternos pactado en el convenio regulador suscrito en el divorcio por un sistema de guarda y custodia individual a favor del padre, porque el cambio de residencia de la madre, motivado por el hecho de que su actual pareja vive y trabaja en Madrid, trastoca evidentemente el marco al que respondió el convenio firmado, cuya invocación, por tanto, no cabe. El informe de la Psicóloga señala que en este caso la custodia individual a favor del padre es más conveniente.

9. La SAPZ, Secc. 2ª, 113/2012, de 7 de marzo, confirma la SJPI núm. 5 de Zaragoza de 19 de septiembre de 2011 que estima la solicitud de modificación de medidas contenidas en el convenio regulador (custodia individual para la madre y pensión de alimentos a cargo del padre) interesada por el padre y atribuye la guarda y custodia de la hija común, de 17 años de edad, al padre, con visitas para la madre así como con obligación de abonar pensión alimenticia a favor de la hija. La hija ha expresado su preferencia por la custodia individual a favor del padre siendo una decisión motivada y razonada por lo que procede confirmar la sentencia en este apartado.

10. La SAPZ, Secc. 2ª, 202/2012, de 11 de abril, confirma la del JPI núm. 16 de Zaragoza, y mantiene la custodia individual a favor del padre, modificando así la custodia individual a favor de la madre pactada en el convenio regulador aprobado por la sentencia de 28 de septiembre de 2010. El informe psicosocial es favorable a la custodia individual a cargo del padre. Tampoco puede obviarse el incumplimiento de la recurrente en cuanto a lo pactado en el convenio con un sorpresivo cambio de residencia en perjuicio del menor.

11. La SAPZ, Secc. 2ª, 230/2012, de 2 de mayo, confirma la del JPI núm. 5 de Zaragoza de 26 de julio de 2011, que había establecido que el menor, un vez firme la sentencia, pasará a residir con su padre. La decisión se basa en los informes social y educativo del IASS y en un convenio suscrito por los litigantes.

12. La SAPZ, Secc. 2ª, 257/2012, de 9 de mayo, confirma la del JPI núm. 5 de Zaragoza de 14 de noviembre de 2011, salvo en el punto relativo a la asignación compensatoria, por lo que se mantiene la guarda y custodia del hijo menor a favor del padre atendidos los acuerdos a que llegaron ambos progenitores en proceso de mediación familiar y las recomendaciones del informe de la psicóloga. El hermano mayor de edad vive con la madre.

La custodia individual a favor del padre respecto de un hijo y de la madre respecto de otro (*custodia repartida*), con separación, por tanto, de los hermanos de doble vínculo se ha dado en 2 casos (un 2,4 %), ambos de sentencias confirmatorias⁹⁵.

Sentencias de AP confirmatorias de la custodia individual:	84
A favor de la madre:	70 (83,3 %)
A favor del padre:	12 (14,3%)
Custodia individual repartida:	2 (2,4 %)

Para conocer el número total de custodias individuales a favor del padre o de la madre o repartidas hemos de sumar a estos datos los de las 11 sentencias revocatorias de las instancias, con lo cual resulta que la custodia individual es a favor de la madre en 79 casos, a favor del padre en 14, y repartida entre los dos, en 2 ocasiones.

Sentencias que acuerdan la custodia individual:	95
A favor de la madre:	79 (83,2 %)
A favor del padre:	14 (14,7 %)
Repartida entre los dos:	2 (2,1 %)

Si ponemos en relación las sentencias de custodia individual de las Audiencias con las del TSJ, resulta que a los 95 casos de custodia individual de las Au-

⁹⁵ La SAPZ, Secc. 2ª, 127/2011, de 8 de marzo, confirma la del JPI núm. 5 de Zaragoza de 2 de noviembre de 2010 que concede la custodia de una de las hijas (de 13 y 16 años de edad) al padre y la de la otra a la madre, con base en los informes del Salud, el psico-social y la exploración de la menor de 16 años de edad.

La SAPZ, Secc. 2ª, 443/2012, de 23 de julio, desestima el recurso del padre en solicitud de custodia compartida sobre los dos hijos, uno que pronto cumplirá 18 años y otro de 13, y confirma la SJPI núm. 6 de Zaragoza de 27 de febrero de 2012 que mantiene lo acordado en el convenio regulador: el hijo mayor sigue bajo la guarda y custodia del padre y el menor bajo la de la madre.

diencias Provinciales Aragonesas, por un lado hay que restar 6 casos (casación con sustitución por custodia compartida), pero por otro hay que sumar uno (casación con sustitución de la custodia compartida por la individual), con lo que resulta un total de 90 casos de custodia individual firme (un 63,9 % de las 142 sentencias de las Audiencias que aplican la Ley 2/2010).

Sentencias de custodia individual de las Audiencias:	95
Revocadas por el TSJA:	-6
Custodia individual añadida por el TSJA:	+1
TOTAL:	90 (63,4 % de 142)

Si tenemos en cuenta tanto las sentencias del TSJA como las de las AAPP aragonesas (142 casos en total), e incluimos todos los casos consultados de custodia individual a favor de la madre o el padre (incluida la repartida) o compartida (incluida la mixta), resultan los siguientes datos globales:

Custodia individual a favor de la madre:	74 (52,1 %)
Custodia compartida:	51 (35,9 %)
Custodia individual a favor del padre:	14 (9,8 %)
Custodia repartida:	2 (1,5 %)
Custodia mixta:	1 (0,7 %)
TOTAL:	142

BIBLIOGRAFÍA ESPECÍFICA SOBRE LA REGULACIÓN ARAGONESA

- BALDA MEDARDE, María José, «La vivienda familiar en la Ley 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres», en *Actas de los XX Encuentros del Foro de Derecho Aragonés* (Zaragoza-Huesca, 2010), El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2011, pp. 217-230.
- BAYOD LÓPEZ, María del Carmen, *Algunas cuestiones prácticas en materia de Derecho Civil Aragonés*, Gobierno de Aragón, Departamento de Presidencia y Justicia, Zaragoza, 2011.
- CASTILLA BAREA, Margarita, «Notas sobre la guarda y custodia de los hijos a propósito de la aragonesa Ley de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres», *Aranzadi Civil*, núm 7/2010, pp. 105-152 (Westlaw.es: BIB 2010/1563).
- FORCADA MIRANDA, Francisco Javier, «El derecho de familia del Código civil catalán –Ley 15/2010, de 29 de julio– y Ley 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad de las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de sus padres. Problemas de competen-

- cia y ley aplicable», en VV.AA., *La nueva regulación del Derecho de familia. Legislación y doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo*. Asociación Española de Abogados de Familia, Dykinson, Madrid, 2011, pp. 69-133.
- , «La nueva regulación de la custodia en la Ley 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres: custodia compartida, autoridad familiar, responsabilidad parental, traslado y sustracción de menores», en *Actas de los XX Encuentros del Foro de Derecho Aragonés* (Zaragoza-Huesca, 2010), El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2011, pp. 177-215.
- GONZÁLEZ CAMPO, Francisco de Asís, «Nota procesal a propósito de la Ley 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres», *Revista de Derecho Civil Aragonés*, núm. 16, 2010, pp. 227-250.
- GONZÁLEZ DEL POZO, Juan Pablo, «Comentarios sobre el ámbito de aplicación y el contenido del pacto de relaciones familiares en la Ley de Custodia Compartida de Aragón», en *Diario La Ley*, núm. 7.529, 2010.
- , «Análisis crítico de las medidas judiciales a adoptar, ante la falta de acuerdo de los progenitores, en la llamada Ley de Custodia Compartida de Aragón» en *Diario La Ley*, núm. 7.537, 2010.
- LÓPEZ AZCONA, Aurora, «Efectos de la ruptura de la convivencia de los padres con hijos a cargo», en *Manual de Derecho civil aragonés. Conforme al Código del Derecho Foral de Aragón*. 4ª ed. El Justicia de Aragón, 2012, pp. 178-187.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, Carlos, «La Ley de igualdad de las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres: una aproximación inicial», en *Actualidad del Derecho en Aragón*, núm. 8, octubre de 2010, pp. 18-19.
- PARRA LUCÁN, M^a Ángeles, «La familia en el Derecho civil de Aragón», en *Tratado de Derecho de la Familia, Vol. VII: La familia en los distintos Derechos forales*, Ed. Aranzadi S.A., 2011, pp. 759 y ss., en particular pp. 794 a 802.
- SERRANO GARCÍA, José Antonio y BAYOD LÓPEZ, María del Carmen, «Efectos de la ruptura de la convivencia de los padres con hijos a cargo», en *Guiones para el estudio del Derecho de familia y sucesiones en Aragón*, Ed. Kronos, Zaragoza, 2012, pp. 61-71.
- TENA PIAZUELO, I., «Las rupturas de pareja con hijos: la opción por la custodia compartida», en VV.AA: *Factores y contenidos de la evolución del Derecho de Familia*, Montevideo, Universidad de Montevideo, 2008, pp. 45 y ss.
- , «Custodia compartida en Aragón (Ley 2/2010): ¿niños «de primera»?», *Aranzadi Civil-Mercantil*, 1/2011 (Estudio), pp. 79-98 (BIB 2011/21).