

EL TRATAMIENTO EN DERECHO ESPAÑOL DE LA CUSTODIA
DE LOS HIJOS MENORES EN LAS CRISIS DE PAREJA: LA
NOVEDOSA OPCIÓN DEL LEGISLADOR ARAGONÉS POR LA
CUSTODIA COMPARTIDA

TREATMENT IN SPANISH LAW OF THE CUSTODY OF MINOR
CHILDREN IN COUPLE'S CRISIS: THE NOVEL CHOICE OF
ARAGONESE LAW GIVER BY SHARED CUSTODY

Rev. boliv. de derecho n° 19, enero 2015, ISSN: 2070-8157, pp. 206-235



Aurora
LÓPEZ
AZCONA

ARTÍCULO RECIBIDO: 21 de agosto de 2015

ARTÍCULO APROBADO: 15 de octubre de 2015

RESUMEN: El presente trabajo tiene por objeto analizar el tratamiento jurídico de la guarda y custodia de los hijos menores en las situaciones de crisis de pareja en Derecho español. Se hace especial incidencia en el Derecho civil aragonés (uno de los Derechos civiles que coexisten en el territorio español), dado su tratamiento novedoso del tema y, en particular, su clara opción por la custodia compartida como modelo de custodia que mejor responde al interés de los hijos menores y al objeto de promover la igualdad de los progenitores.

PALABRAS CLAVE: Modelos de custodia, custodia compartida, custodia individual, criterios de atribución, derechos civiles españoles, Derecho civil aragonés.

ABSTRACT: This study aims to examine the legal treatment of the guardian of minor children in crisis situations of couple in Spanish law. There is a special emphasis on the Aragonese civil law (one of the civil laws that coexist in the Spanish territory), in response to its novel treatment of the subject, and particularly its clear option for joint guardian as guardian model that best meets becomes the best interests of minor children and in order also to promote equality of parents.

KEY WORDS: Models of guardian, joint guardian, sole guardian, award criteria, spanish civil laws, Aragonese civil law.

SUMARIO.- I. Planteamiento.- II. Principios y derechos a observar en la ruptura de la convivencia.- I. Principios.- 2. Derechos.- III. Incidencia en la autoridad familiar de la ruptura de la convivencia de los padres.- IV. El pacto de relaciones familiares como régimen prioritario.- V. Medidas judiciales a adoptar en defecto de pacto de relaciones familiares.- I. Posibles regímenes a adoptar judicialmente: custodia individual o compartida.- 2. La custodia compartida como opción preferente del legislador aragonés.- 3. La custodia individual como excepción a la preferencia legal por la custodia compartida.- A) Que el Juez estime la custodia individual más conveniente para el interés de los hijos.- B) La exclusión de uno de los progenitores de la custodia (individual o compartida) por violencia doméstica o de género.- 4. Medidas adicionales conexas al régimen de guarda y custodia adoptado judicialmente.- 5. La modificación de las medidas judiciales.

I. PLANTEAMIENTO.

El panorama jurídico español se caracteriza por la existencia de una pluralidad de Derecho civiles, de una parte, el Derecho civil estatal que se recoge en esencia en el Código civil español, sin perjuicio de la existencia de una prolija legislación especial; y de otra parte, los Derechos civiles territoriales, forales o especiales (Derecho aragonés, Derecho balear, Derecho catalán, Derecho gallego, Derecho navarro y Derecho del País Vasco).

La aprobación de la Constitución española en 1978 supuso el inicio de una nueva etapa en el proceso de renovación de los Derechos civiles territoriales, toda vez que en su art. 149.1.8 posibilitó la asunción de competencias sobre la “conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades autonómicas de los Derechos civiles, forales o especiales allí donde existan”.

Al amparo de dicha competencia constitucional, la Comunidad Autónoma de Aragón (territorio con una importante tradición jurídica, cuyo primer Código se remonta a 1247 bajo el nombre de *Compilación de Huesca o Fueros de Aragón*) ha sido pionera en dotarse de una ley de custodia compartida. En efecto, el 26 de mayo de 2010 las Cortes de Aragón aprobaron la Ley de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres (la denominada “Ley de custodia compartida”). Según puede leerse en su Preámbulo, con esta Ley se pretendió favorecer el mejor interés de los hijos y promover la igualdad entre los

• Aurora López Azcona

Acreditada a Titular de Universidad y Profesora Contratada Doctora de la Universidad de Zaragoza, donde ha desarrollado su carrera académica: licenciatura (1990) y doctorado (2005) con la obtención del Premio extraordinario de Doctorado. Directora del Diploma de Extensión Universitaria en protección y derechos de la infancia on line y Secretaria del Instituto de Derecho Agrario de la Universidad de Zaragoza. Miembro del Grupo Consolidado de Investigación y Desarrollo del Derecho aragonés (dtor: J. Delgado Echeverría). Especialista en Derecho de familia, sus publicaciones se pueden resumir en tres libros (uno en prensa), diecinueve capítulos de libros y dieciocho artículos, centrados en esta materia, sin olvidar sus incursiones en materia de Derecho patrimonial y Derecho Agrario (a consultar parcialmente en <http://dialnet.unirioja.es>). Correo electrónico: alopez@unizar.es.

progenitores, mediante la novedosa instauración de la custodia compartida como medida preferente, en defecto de pacto de relaciones familiares, ante la ruptura de la convivencia de los progenitores. Así las cosas, el núcleo esencial de la Ley radica en el diseño del régimen de guarda y custodia de los hijos menores tras la ruptura de la convivencia de sus progenitores -sin duda, la cuestión más delicada y trascendente, como afirma el propio Preámbulo de la Ley-, pero junto a ello el legislador procedió a regular los demás efectos, tanto personales como patrimoniales, que se derivan de aquélla, abordando temas tan conflictivos como la fijación de pensiones a favor de los hijos o entre los exconvivientes o la atribución del uso de la vivienda familiar¹.

Con posterioridad, la Ley 2/2010 ha sido refundida con las restantes leyes civiles aragonesas en el Código del Derecho Foral Aragonés aprobado por el Gobierno de Aragón en virtud del Decreto Legislativo de 22 de marzo de 2011, pasando a integrar la sección 3ª del capítulo II del título II del libro 1º CDFA.

Dicha sección 3ª se compone de diez artículos (arts. 75 a 84), distribuidos en cinco subsecciones: la subsección 1ª (arts. 75 y 76), bajo la rúbrica "Disposiciones generales", delimita el objeto y finalidad de la sección, así como los derechos y principios a observar en la ruptura de la convivencia. La subsección 2ª (art. 77) otorga prioridad en la regulación de las relaciones familiares tras la ruptura de la convivencia al pacto de relaciones familiares. En la subsección 3ª (art. 78) se contempla la posibilidad de que los progenitores acudan a la mediación familiar para resolver sus discrepancias derivadas de la ruptura. En la subsección 4ª (arts. 79 a 83) se contienen las medidas judiciales a aplicar en defecto de pacto de relaciones familiares, entre las que destaca la custodia compartida como régimen de custodia preferente. La subsección 5ª y última (art. 84) regula las posibles medidas a adoptar judicialmente con carácter provisional.

En todo caso, la aplicación de estos preceptos del CDFA exige la concurrencia de dos presupuestos:

De una parte, la previa situación de convivencia, ya sea matrimonial o extramatrimonial, ésta última no necesariamente institucionalizada a través de la constitución de una pareja estable no casada².

1 Un estudio completo del régimen jurídico aragonés de los efectos de la ruptura de la convivencia de los progenitores puede verse en *Relaciones entre padres e hijos en Aragón: ¿Un modelo a exportar?* (coord. BAYOD, M. C. Y SERRANO J. A.). Zaragoza (2014): Institución Fernando el Católico. En concreto, corresponde a mi autoría el capítulo dedicado a la atribución del uso de la vivienda familiar y a los gastos de asistencia a los hijos menores, pp. 87-118.

2 La regulación en el CDFA de las parejas estables no casadas se inicia con el art. 303, precepto según el cual "se consideran parejas estables no casadas las formadas por personas mayores de edad entre las que exista relación de afectividad análoga a la conyugal y que cumplan los requisitos y formalidades que se establezcan en este Código".

Asimismo, el CDFA incorpora una suerte de impedimentos. Así, en su art. 305 señala como prohibiciones para constituir una pareja estable no casada, de una parte, la existencia de vínculo matrimonial -aunque haya separación judicial o de hecho: STSJ Aragón 20 junio 2005- o de pareja estable con otra persona; y, de otra, la

Y de otra, la existencia de hijos comunes a cargo, expresión que incluye no sólo a los hijos menores, sino a los mayores de edad ya carezcan de recursos económicos propios (art. 69 CDFA), ya sufran alguna discapacidad, hayan sido declarados o no incapacitados judicialmente. Adicionalmente, y como señala expresamente la jurisprudencia (STSJ Aragón 13 julio 2011), los hijos habrán de tener la vecindad civil aragonesa, habida cuenta de que las relaciones paterno-filiales (régimen de custodia y cuestiones conexas: gastos de asistencia y atribución del uso de la vivienda familiar) se rigen por la ley personal del hijo, de acuerdo con el art. 9.4 CC español.

Al examen del art. 77 CDFA (que atribuye en orden a los efectos de la ruptura convivencial preferencia al pacto de relaciones familiares) y del art. 80 CDFA (que fija los criterios a seguir por el Juez a la hora de decidir el régimen de custodia en defecto de pacto de relaciones familiares) se dedica este trabajo, con especial incidencia en el tratamiento jurisprudencial de que han sido objeto, tanto por parte del Tribunal Superior de Justicia de Aragón como por las Audiencias provinciales (o "jurisprudencia menor")³.

No obstante, con carácter previo interesa exponer los principios y derechos a respetar en la ruptura de la convivencia de los progenitores. Y, asimismo, hacer una breve referencia a la incidencia que tiene la misma en la autoridad familiar:

II. PRINCIPIOS Y DERECHOS A OBSERVAR EN LA RUPTURA DE LA CONVIVENCIA.

I. Principios.

Lógicamente, el principio básico inspirador del régimen jurídico de esta materia es el del interés superior del menor, de tal manera que, según dispone el art. 76.2 CDFA, toda decisión, resolución o medida que afecte a los hijos menores deberá adoptarse en su beneficio e interés. A este respecto la STSJ Aragón 30 octubre 2013 señala que la prevalencia del interés del menor opera en nuestro Ordenamiento jurídico como contrapeso de los derechos de cada progenitor y obliga a la autoridad

existencia de parentesco consanguíneo o adoptivo en línea recta sin límite de grado y en línea colateral hasta segundo grado.

En orden a su constitución, de acuerdo con el art. 305.1 CDFA, la pareja estable no casada queda constituida tanto por la existencia de una mera situación de hecho -como es la convivencia marital durante un periodo ininterrumpido mínimo de dos años-, como por un acto de voluntad expreso y documentado en escritura pública, en cuyo caso no se exige una situación previa de convivencia.

3 Interesa aclarar que, en Derecho español y por lo que se refiere a la jurisdicción civil, corresponde a las Audiencias provinciales la competencia para resolver los recursos de apelación contra las resoluciones dictadas por los Juzgados de Primera Instancia de su circunscripción (art. 45.2.2° LEC). Por su parte, excepcionalmente corresponde a los Tribunales Superiores de Justicia conocer de los recursos de casación que procedan contra las resoluciones de las Audiencias Provinciales con sede en la Comunidad Autónoma, siempre que el recurso se funde exclusivamente o junto a otros motivos, en infracción de las normas de Derecho civil foral o especial propio de la Comunidad y cuando el correspondiente Estatuto Autonomía haya previsto esta atribución, como es el caso de la Comunidad Autónoma de Aragón; en los demás casos la resolución de los recursos de casación en materia civil corresponde al Tribunal Supremo (art. 478.2 LEC).

judicial a ponderar tanto la necesidad como la proporcionalidad de la medida reguladora de la guarda y custodia del menor:

Por añadidura, el art. 76.1 establece el principio según el cual el contenido de la autoridad familiar de los progenitores no debe resultar afectado por la ruptura de la convivencia, si bien -entiéndase- habrá de ser debidamente adaptado a la nueva situación, cuestión ésta que se abordará más detenidamente en el epígrafe siguiente.

Son, asimismo, principios inspiradores de esta materia el de libertad de pacto -que constituye uno de los principios generales del Derecho civil aragonés-, el de información recíproca y el de lealtad en beneficio del menor (art. 76.5).

2. Derechos.

Junto a los principios indicados, dos son los derechos esenciales sobre los que se fundamenta la regulación de esta materia, tal y como se indica en el propio Preámbulo del CDFA: por un lado, el derecho de los hijos a un contacto directo y continuado con los padres (art. 76.3.a); y por otro, el derecho de los padres a la igualdad en sus relaciones con los hijos (art. 76.3.b), derecho éste que se articula fundamentalmente a través de la preferencia que el CDFA atribuye a la custodia compartida (art. 80.2)⁴.

En todo caso, ambos derechos están supeditados al principio del interés superior del menor, tal y como se pone de relieve, entre otras, en la STSJ Aragón 16 enero 2014.

Por lo demás, según clarifica la jurisprudencia (SSTSJ Aragón 24 julio 2012, 22 noviembre 2012 y 17 febrero 2014) tales derechos no se ven infringidos por la adopción de un régimen de custodia individual, en vez del legalmente preferente de la custodia compartida, pues ello impediría la elección de la custodia individual en los supuestos en que la ley lo permite en atención al interés del menor. Lo que pretende el legislador es impedir un trato desigual ante situaciones idénticas que no esté suficiente motivado.

A los derechos indicados, hay que añadir el derecho del menor a ser oído siempre que tenga suficiente juicio o sea mayor de doce años antes de adoptar cualquier decisión que le afecte, que se rige por lo dispuesto en el art. 6 CDFA, al que se remite el art. 76.4.

4 Como advierte MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C.: "La regulación de la custodia compartida en la ley de igualdad de las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia", en *Actas de los Vigésimos Encuentros del Foro de Derecho aragonés*. Zaragoza (2011): El Justicia de Aragón, p. 142 (URL:http://www.eljusticiadearagon.com/gestor/ficheros/_n005340_Sesi%F3n%20III.pdf).

III. INCIDENCIA EN LA AUTORIDAD FAMILIAR DE LA RUPTURA DE LA CONVIVENCIA DE LOS PADRES.

La autoridad familiar es la institución equivalente en Derecho civil aragonés a la patria potestad del CC español, si bien existen importantes diferencias entre ambas instituciones, especialmente en orden a sus titulares y contenido.

Así, en cuanto a los titulares de la autoridad familiar; de acuerdo con el art. 63 CDFA, en principio, son los padres -al igual que sucede en la patria potestad-, siempre que la filiación esté determinada respecto de los dos y ninguno haya sido privado o excluido de la autoridad familiar (arts. 90 y 61 CDFA, respectivamente)⁵. No obstante, en su defecto o cuando no atiendan a sus hijos menores, la autoridad familiar se atribuye otras personas diferentes, siempre que se hagan cargo voluntariamente del menor: en particular y por este orden, al padrastro o madrastra, los abuelos y los hermanos mayores (art. 85 a 87 CDFA).

Por lo que se refiere a su contenido, la autoridad familiar se configura en el CDFA como la potestad o función que sirve como medio para el cumplimiento del deber de crianza y educación de los hijos menores (art. 61 CDFA). Su contenido, por tanto, es estrictamente personal, a diferencia de la patria potestad y conlleva los derechos y deberes que enuncia el art. 65 CDFA (compañía, asistencia, educación y formación integral, y corrección de forma proporcionada y razonable).

No obstante, cuando la autoridad familiar corresponde a los padres lleva vinculada como función aneja la gestión de los bienes del hijo, incluida tanto la administración como la disposición hasta que éste cumpla catorce años (art. 94 CDFA). Ahora bien, esta situación cambia a partir de que el hijo cumpla catorce años. Así, desde ese momento la disposición de sus bienes le corresponderá en exclusiva a éste, si bien con asistencia de uno cualquiera de sus padres hasta que alcance la mayoría de edad (art. 23 CDFA)⁶. En cambio, mientras sea menor de edad los actos de administración seguirán incumbiendo a sus progenitores, si bien el art. 26 CDFA faculta al propio hijo para que los realice también por sí mismo con la debida asistencia como regla general e, incluso, sin asistencia cuando tengan por objeto ciertos bienes (los referidos a bienes que adquiera con su trabajo o industria,

5 La privación de la autoridad familiar sólo es posible en virtud de sentencia firme fundada en el incumplimiento grave y reiterado de los deberes inherentes a la misma o dictada en causa criminal o matrimonial (art. 90.1 CDFA).

El art. 61 CDFA contempla la exclusión de la autoridad familiar del padre (que no de la madre) en dos supuestos: a) cuando haya sido condenado en sentencia penal firme a causa de las relaciones a que obedezca la generación; y b) cuando la filiación haya sido judicialmente determinada contra su oposición.

6 Art. 23 CDFA: "1. El menor de edad, cumplidos los catorce años, aunque no esté emancipado, puede celebrar por sí toda clase de actos y contratos, con asistencia, en su caso, de uno cualquiera de sus padres que esté en ejercicio de la autoridad familiar o, en su defecto, del tutor. 2. La imposibilidad de prestar la asistencia permitirá al menor solicitarla a la Junta de Parientes o al Juez. 3. El menor mayor de catorce años no necesita asistencia en los actos que la ley le permita realizar por sí solo".

los que se le hayan confiado con tal fin y los adquiridos a título gratuito cuando el disponente le haya conferido la administración: art. 26 CDFA).

Al igual que sucede con la patria potestad, están sujetos a la autoridad familiar los menores hasta su mayoría de edad o emancipación (art. 63.1 CDFA). En el caso excepcional de sujeto incapacitado durante su minoría, al llegar a la mayoría de edad y siempre que siga incapacitado, la autoridad familiar a que estuviese sujeto durante la minoría se prorroga por ministerio de la ley (art. 41 CDFA). Cuando la incapacitación se produce tras la mayoría de edad, si el hijo está soltero y vive con sus padres, la autoridad familiar se rehabilita automáticamente a favor de sus padres (art. 42 CDFA).

En cualquier caso y lo que aquí interesa, según prevé el art. 76.1 CDFA, la ruptura de la convivencia de los progenitores no afecta a los derechos ni obligaciones de la autoridad familiar. De este modo, ambos progenitores seguirán siendo titulares de la autoridad familiar e, igualmente, se mantendrá el ejercicio dual de la misma.

Ahora bien, la nueva situación creada por la ruptura de la convivencia exigirá reorganizar el modo de ejercicio del conjunto de derechos y obligaciones inherentes a la autoridad familiar. De este modo, como señalan los órganos judiciales (y en particular, las sentencias provenientes del Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Zaragoza), el ámbito ordinario de la autoridad familiar corresponderá al progenitor que en cada momento conviva con los hijos, mientras lo que exceda de ese ámbito ordinario la autoridad familiar se seguirá ejerciendo por ambos padres⁷.

Por lo demás, y como resulta obvio, el progenitor con quien conviva el hijo en cada momento ejercerá la autoridad familiar con mayor intensidad; y si un progenitor convive con el hijo más tiempo que otro, tendrá por este hecho una mayor capacidad de decisión sobre aquél.

IV. EL PACTO DE RELACIONES FAMILIARES COMO RÉGIMEN PRIORITARIO.

En las situaciones de ruptura de la convivencia -ya sea matrimonial o no-, el art. 77 CDFA atribuye prioridad a los acuerdos de los padres (el llamado *pacto de relaciones familiares*), en coherencia con el principio *standum est chartae* o de libertad de pacto que constituye uno de los principios generales del Derecho aragonés (art. 3 CDFA)⁸.

7 Sentencias reseñadas por SERRANO GARCÍA, J. A.: "La custodia compartida aragonesa en la primera jurisprudencia", en *Actas de los XXII Encuentros del Foro de Derecho aragonés*. Zaragoza (2013): El Justicia de Aragón, p. 191 (URL: http://www.eljusticiadearagon.com/gestor/ficheros/_n006014_Custodia%20compartida.pdf). Se expresa en términos similares MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C.: "La regulación...", cit., p. 144.

8 De acuerdo con el art. 77 CDFA, "los padres podrán otorgar un pacto de relaciones familiares como consecuencia de la ruptura de su convivencia, en el que fijarán los términos de sus nuevas relaciones familiares con los hijos". El principio *standum est chartae* se formula con alcance general en el art. 3 CDFA: "conforme al principio *standum est chartae*, se estará, en juicio y fuera de él, a la voluntad de los otorgantes, expresada en

A la importancia del pacto de relaciones familiares se refiere, entre otras, la STSJ Aragón 13 julio 2011, donde puede leerse lo siguiente:

“el legislador aragonés... pretende, en primer lugar, propiciar un acuerdo entre los progenitores, mediante una regulación que fomenta el *pacto de relaciones familiares*, inspirado en el respeto a la libertad de pacto del Derecho foral aragonés, de modo que se atribuye prioridad en la regulación de las relaciones familiares a lo acordado por los padres. Se fomenta este acuerdo, así como la solución del litigio si llegare a producirse, mediante la mediación familiar, que constituye, como expone el mismo Preámbulo, *un instrumento fundamental para favorecer el acuerdo entre los progenitores, evitar la litigiosidad en las rupturas y fomentar el ejercicio consensuado de las responsabilidades parentales tras la ruptura*”.

En términos semejantes se expresa la STSJ Aragón 30 septiembre 2011.

De este modo, cabe que ambos progenitores convengan, ya sea por sí solos o a través de la mediación familiar (a que da entrada el art. 78 CDFA)⁹ sobre los efectos tanto personales como patrimoniales de la ruptura de su convivencia. A este respecto el art. 77.1 CDFA fija un contenido mínimo indispensable -prácticamente coincidente con el previsto en el art. 97 CC español para el convenio regulador-, en el que se incluye el *régimen de convivencia o de visitas con los hijos*¹⁰.

pactos o disposiciones, siempre que no resulte de imposible cumplimiento o sea contraria a la Constitución o a las normas imperativas del Derecho aragonés”.

Por lo demás, interesa advertir que el mismo criterio de atribuir preferencia a los pactos entre progenitores en las situaciones de ruptura se sigue en todos los Ordenamientos civiles españoles que se han dotado de una legislación en materia de custodia de menores en caso de ruptura de la convivencia de sus progenitores. Así resulta de la lectura del art. 90.1.a. CC español, del art. 233-2.a 233-9 CCC, del art. 4 Ley 5/2011 de la Generalitat valenciana de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven y de la rúbrica del cap. III (*Medidas de aplicación en defecto de pacto de relaciones familiares*) de la Ley foral navarra 3/2011 sobre custodia de los hijos en los casos de ruptura de la convivencia de los padres.

- 9 Art. 78 CDFA: “1. Los progenitores podrán someter sus discrepancias a mediación familiar, con carácter previo al ejercicio de acciones judiciales. 2. En caso de presentación de demanda judicial, el Juez podrá, a los efectos de facilitar un acuerdo entre los padres, proponerles una solución de mediación y designar para ello un mediador familiar. Asimismo, el Juez podrá acordar la asistencia de los progenitores a una sesión informativa sobre la mediación familiar si, atendiendo a las circunstancias concurrentes, estima posible que lleguen a un acuerdo. 3. Iniciado el procedimiento judicial, los padres podrán de común acuerdo solicitar su suspensión al Juez, en cualquier momento, para someterse a mediación familiar, acordándose dicha suspensión por el tiempo necesario para tramitar la mediación. El procedimiento judicial se reanudará si lo solicita cualquiera de las partes o en caso de alcanzarse un acuerdo en la mediación. 4. Los acuerdos entre los progenitores obtenidos en la mediación familiar deberán ser aprobados por el Juez, en los términos establecidos en el artículo anterior para el pacto de relaciones familiares. 5. En ningún caso cabrá acudir a la mediación familiar en los supuestos previstos en el apartado 6 del artículo 80”.
- 10 Art. 77.2 CDFA: “El pacto de relaciones familiares deberá concretar, como mínimo, los acuerdos sobre los siguientes extremos relacionados con la vida familiar: a) El régimen de convivencia o de visitas con los hijos. b) El régimen de relación de los hijos con sus hermanos, abuelos y otros parientes y personas allegadas. c) El destino de la vivienda y el ajuar familiar. d) La participación con la que cada progenitor contribuya a sufragar los gastos ordinarios de los hijos, incluidos en su caso los hijos mayores de edad o emancipados que no tengan recursos económicos propios, la forma de pago, los criterios de actualización y, en su caso, las garantías de pago. También se fijarán la previsión de gastos extraordinarios y la aportación de cada progenitor a los mismos. e) La liquidación, cuando proceda, del régimen económico matrimonial f) La asignación familiar compensatoria, en su caso, que podrá determinarse en forma de pensión, entrega de capital o bienes, así como la duración de la misma”.

De la expresión legal transcrita resulta que los progenitores tienen libertad a la hora de pactar el régimen de custodia (individual o compartida) y de visitas de sus hijos, sin que estén vinculados por la preferencia legal que concede a la custodia compartida el art. 80 CDFA cuando es al Juez al que corresponde fijar el régimen de custodia en defecto de pacto de relaciones familiares¹¹. Junto a ello, los progenitores habrán acordar, igualmente, el régimen de relación de los hijos con sus hermanos, abuelos, y otros parientes y allegados.

Ahora bien, la eficacia de dicho pacto requiere aprobación judicial, previa audiencia del Ministerio Fiscal, en garantía de los derechos y principios que rigen la relación paterno-filial tras la ruptura. Dicha aprobación sólo podrá ser denegada por el Juez cuando el pacto sea contrario a norma imperativa o cuando no quede suficientemente preservado el interés de los hijos (art. 77.4 y 5 CDFA). Y como ha señalado la doctrina, el mero hecho de no pactar una custodia compartida ni es contrario a norma imperativa (el art. 80 no lo es) ni puede considerarse por sí sólo contrario al interés de los hijos¹².

Por lo demás, dicho pacto es susceptible de modificación e, incluso de extinción siempre que medie aprobación judicial (art. 77.4 CDFA) y que concurra alguna de las siguientes causas tasadas legalmente (art. 77.3 CDFA): a) el acuerdo de los progenitores; b) las causas, en su caso, previstas en el propio pacto de relaciones familiares; c) a solicitud de uno de los padres por alteración sobrevenida y relevante de las circunstancias¹³; d) a solicitud del Ministerio fiscal, en su función de protección de los menores e incapacitados; e) la privación, suspensión o extinción sobrevenida de la autoridad familiar de uno de los progenitores; y f) el incumplimiento grave y reiterado de las obligaciones derivadas del pacto.

V. MEDIDAS JUDICIALES A ADOPTAR EN DEFECTO DE PACTO DE RELACIONES FAMILIARES.

En defecto de pacto de relaciones familiares -bien por no haber llegado a un acuerdo los progenitores, bien por no ser aprobado por el Juez¹⁴- y fracasada, en su caso, la mediación familiar, corresponde al Juez determinar los efectos derivados de la ruptura de la convivencia, mediante la adopción de las medidas contempladas en los arts. 79 a 83 CDFA. De dichos preceptos es el art. 80 el que se ocupa de fijar los criterios a seguir por la autoridad judicial a la hora de decidir el régimen de custodia de los hijos menores.

11 Como pone de relieve MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C.: "La regulación...", cit., p. 146.

12 Cfr. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C.: "La regulación...", *id. ibid.*

13 Se trata de la causa más habitual en la práctica, en cuanto son muy numerosas las demandas de modificación de convenios reguladores que, formulados con anterioridad a la Ley de custodia compartida, atribuían la custodia individual a uno de los progenitores.

14 Conviene recordar que en Derecho español el acuerdo de las partes puede alcanzarse en cualquier momento del proceso, incluso ya en trámite el recurso de apelación, en atención a lo dispuesto en el art. 770 LEC.

Dichas medidas pueden ser adoptadas por el Juez tanto de oficio como a instancia de parte, en concreto, de los propios hijos, de cualquier persona interesada o del Ministerio Fiscal (art. 79.2 CDFA).

Una vez adoptadas, sólo podrán ser modificadas cuando sean incumplidas de modo grave o reiterado, o cuando concurren causas o circunstancias relevantes (art. 79.4 y 5 CDFA).

I. Posibles regímenes a adoptar judicialmente: custodia individual o compartida.

El art. 80 CDFA en su aptdo. 1º dispone que cada uno de los padres por separado o ambos de mutuo acuerdo podrán solicitar al Juez la atribución de la guarda y custodia -individual o compartida- de los hijos menores. Se contemplan así a priori dos posibles regímenes de custodia a adoptar por el Juez, al igual que en el art. 92 CC español: la custodia compartida y la custodia individual.

La custodia compartida exige la fijación de un régimen de convivencia de cada progenitor con los hijos adaptado a la situación familiar que garantice la igualdad entre los progenitores (art. 80.1.2 CDFA).

Según matiza el propio Preámbulo del CDFA, ello no implica necesariamente una alternancia por periodos iguales de convivencia, "pero sí en un tiempo adecuado para el cumplimiento de la finalidad de la custodia compartida". A partir de ahí, en principio se considera por la jurisprudencia que una custodia sólo puede calificarse de compartida cuando el tiempo de convivencia sea del 40% al 45%. En cambio, si los tiempos de convivencia son inferiores, estaremos ante una custodia, en su caso, con visitas amplias¹⁵. Puede citarse, a título de ejemplo, la SAP Zaragoza 15 noviembre 2011 que, en un supuesto de modificación de medidas, amplía el tiempo de convivencia del padre con los hijos, en concreto, a dos tardes a la semana con pernocta y fines de semana alternos desde el viernes a la salida del colegio hasta el lunes a la entrada del mismo y califica tal régimen de custodia compartida. Y, asimismo, la SAP Zaragoza 3 julio 2012 que, asimismo, en un caso de modificación de medidas, desestima la solicitud de custodia compartida del padre y le atribuye el siguiente régimen de visitas: un día entresemana con pernocta y fines de semana alternos desde el viernes a la salida del colegio hasta el lunes a la entrada del mismo.

En cualquier caso, de la lectura de la jurisprudencia resulta que en la práctica los periodos de convivencia se organizan de formas muy variadas: por días de la semana, por semanas alternas, por quincenas, por meses, bimestres, trimestres o semestres alternos o por años o cursos escolares alternos¹⁶. Ante tal diversidad de fórmulas

¹⁵ Según señala SERRANO GARCÍA, J.A.: "La custodia compartida...", cit., p. 148, con abundante cita de jurisprudencia al respecto.

¹⁶ Vid. la jurisprudencia reseñada por SERRANO GARCÍA, J.A., *idem*, pp. 223-234.

resulta inevitable preguntarnos acerca de la modalidad de custodia compartida que resulta más conveniente para los menores. Sinceramente no tengo una clara respuesta al respecto, pero lo que, sin duda, resulta obvio es que la menor duración y mayor rotación es contraria a la estabilidad de los menores y que, por el contrario, la mayor duración y menor rotación afecta a la continuidad e intensidad de los vínculos paterno-filiales. De hecho, así lo reconoce la STSJ Aragón 15 noviembre 2013, que rechaza de modo muy razonable un reparto del tiempo cada dos días, optando por un reparto por semanas alternas¹⁷.

Por lo demás, y pese al silencio del legislador sobre este punto, la custodia compartida no parece incompatible con la posible fijación de un régimen de visitas a favor de cada progenitor durante el periodo de convivencia que no le corresponda, especialmente cuando se trate de periodos de larga duración. De hecho, tal es el criterio de la jurisprudencia, como resulta de la lectura, de la jurisprudencia. Sirva de ejemplo la STSJ Aragón 15 diciembre 2011 que atribuye la custodia compartida a ambos progenitores por periodos correspondientes a la mitad del curso escolar y reconoce a cada progenitor un derecho de visitas por fines de semanas alternos y mitad de las vacaciones.

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

El régimen de visitas concreto a favor del progenitor no custodio dependerá del acuerdo de los padres al respecto y, en su defecto, por el Juez. A este respecto suele fijarse por los órganos judiciales un régimen mínimo y obligatorio, si bien precisan que ha de ejercerse con flexibilidad en atención a las limitaciones derivadas de la escolaridad y actividades de los hijos, así como a la opinión de éstos cuando por su edad tengan madurez suficiente (SAP Zaragoza 25 abril 2012).

2. La custodia compartida como opción preferente del legislador aragonés.

Acto seguido, el mismo art. 80 CDFA en su aptdo. 2º se refiere a la custodia compartida como el régimen de custodia que deberá adoptar el Juez de forma preferente en interés de los hijos menores¹⁸. En otras palabras: en defecto de pacto

17 Se decanta por periodos de custodia lo más amplios posibles VILLAGRASA ALCAIDE, C.: "La custodia compartida en España y Cataluña: entre deseos y realidades", en *La custodia compartida a debate* (ed. Picontó Novales). Madrid (2012); Dykinson, p. 94, con apoyo en una Instrucción de la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 20 octubre 1995.

18 Art. 80.2 CDFA: "2. El Juez adoptará de forma preferente la custodia compartida en interés de los hijos menores, salvo que la custodia individual sea más conveniente, teniendo en cuenta el plan de relaciones familiares que deberá presentar cada uno de los progenitores y atendiendo, además, a los siguientes factores: a) La edad de los hijos. b) El arraigo social y familiar de los hijos. c) La opinión de los hijos siempre que tengan suficiente juicio y, en todo caso, si son mayores de doce años, con especial consideración a los mayores de catorce años. d) La aptitud y voluntad de los progenitores para asegurar la estabilidad de los hijos. e) Las posibilidades de conciliación de

de relaciones familiares, el Juez deberá optar, en principio o como regla, por la custodia compartida, incluso aunque no haya sido solicitada por ninguno de los progenitores. Estamos, por tanto, ante una clara opción legislativa a favor de la custodia compartida, tal y como destaca el Tribunal Superior de Justicia de Aragón en jurisprudencia reiterada (SSTSJ Aragón 3 mayo 2011, 15 diciembre 2011, 9 abril 2012, 18 abril 2012, 17 julio 2013 y 10 enero 2014, entre otras).

De este modo, el CDFA se desvincula del régimen vigente en el CC español, cuyo art. 92 contempla la custodia compartida como una institución excepcional, tal y como se pone de relieve en la STSJ Aragón 9 febrero 2012:

“el Cc parte de entender como más conveniente, con carácter general, el establecimiento de la guarda y custodia a cargo de uno solo de los progenitores, de modo que la posibilidad de establecer la custodia de manera compartida... exige el acuerdo de ambos, o la concurrencia de circunstancias excepcionales que evidencien que sólo con el establecimiento de la custodia compartida se protege adecuadamente el interés superior del menor. En cambio, en el art. 80.2 CDFA se ordena que, en interés de los hijos menores, el Juez adoptará de forma preferente la custodia compartida, salvo que la custodia individual sea más conveniente”.

En otras palabras, el CC español sigue el modelo de custodia individual preferente y custodia compartida excepcional¹⁹; ello sin perjuicio de la existencia de una cada vez más consolidada jurisprudencia, a partir de la STS 8 octubre 2009, que defiende la interpretación extensiva de esta excepcionalidad²⁰. En cambio, el CDFA sigue el modelo de custodia inverso, esto es, el de custodia compartida preferente y custodia individual excepcional.

Por una tercera modalidad de custodia, el de libre determinación judicial del régimen de custodia en atención al interés de los hijos, optan la Ley foral navarra 3/2011, así como el Anteproyecto de Ley estatal sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en el caso de separación, nulidad y divorcio, presentado

la vida familiar y laboral de los padres. f) Cualquier otra circunstancia de especial relevancia para el régimen de convivencia”.

- 19 El art. 92 CC dispone en su aptdo. 5: “Se acordará [por el Juez] el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador o cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento. El Juez, al acordar la guarda conjunta y tras fundamentar su resolución, adoptará las cautelas procedentes para el eficaz cumplimiento del régimen de guarda establecido, procurando no separar a los hermanos”. El mismo precepto añade en su aptdo. 8: “Excepcionalmente, aun cuando no se den los supuestos del apartado cinco de este artículo, el Juez, a instancia de una de las partes, con informe favorable del Ministerio Fiscal, podrá acordar la guarda y custodia compartida fundamentándola en que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor”.
- 20 Según puede leerse en la Exposición de Motivos del Anteproyecto de Ley estatal sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en el caso de separación, nulidad y divorcio. Un examen de esta jurisprudencia puede consultar en GUILARTE MARTIN-CALERO, C.: “Criterios de atribución de la custodia compartida”, *InDret* (2010), núm. 3, pp. 1-18 (URL: <http://www.indret.com/es/?a=15>); y POU DE LA FLOR, M. P.: “Panorama judicial sobre la custodia de los menores”, ponencia presentada a las *XIII Jornadas IDADFE sobre crisis de pareja y custodia de los hijos menores*, Centro UNED Calatayud, 27 y 28 marzo 2014 (accesible en video en <https://www.youtube.com/watch?v=pYNqsmEj9Yg&feature=youtu.be>, consultada el 12 mayo 2014).

en fechas recientes por el Gobierno español con el objeto de acometer la reforma, entre otros preceptos, del vigente art. 92 CC español. En concreto, el art. 3.2 de la Ley foral 3/2011, de 17 marzo, sobre custodia de los hijos en los casos de ruptura de la convivencia de los padres prevé que, en defecto de acuerdo entre los progenitores, el Juez podrá acordar la custodia compartida o individual en atención al interés de los hijos, previa audiencia del Ministerio fiscal y los dictámenes y audiencias que estime oportuno recabar²¹. En términos similares se pronuncia el art. 92 bis que incorpora novedosamente al CC español el todavía Anteproyecto de Ley estatal sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en el caso de separación, nulidad y divorcio. Así, dicho precepto en su aptdo. 1º faculta al Juez a acordar en interés de los hijos que su guarda y custodia sea individual o compartida, para referirse específicamente en su aptdo. 2º a la custodia compartida, cuya fijación en todo caso se deja a elección del Juez si lo estima conveniente para la protección del interés superior del menor, aun cuando -y aquí se desvincula del tenor del vigente art. 92 CC- no medie acuerdo de los progenitores²².

Por su parte, el Código civil de Cataluña no establece literal y expresamente la preferencia por la custodia compartida, aunque así parece resultar de la lectura de su art. 233-10, en interpretación conjunta con el art. 233-8²³. Así, en atención a lo dispuesto en el art. 233-10.1, esta modalidad de custodia habrá de acordarse por el Juez si los padres lo solicitan de mutuo acuerdo en el plan de parentalidad, salvo que resulte perjudicial para los hijos. Acto seguido, el mismo precepto en su aptdo. 2 prevé que, en defecto de acuerdo o si éste no resulta aprobado judicialmente, el Juez debe determinar la forma de ejercer la custodia, “ateniéndose al carácter conjunto de las responsabilidades parentales, de acuerdo con el art. 233-8. Sin embargo, puede disponer que la guarda se ejerza de modo individual si conviene más al interés del mejor”. Esto es, parece que la regla ha de ser la custodia compartida y la excepción, la custodia individual. Esta interpretación resulta avalada por la dicción del art. 233-8, al que se remite el propio art. 233-10, según el cual tras la ruptura de la convivencia “las responsabilidades parentales mantienen el carácter compartido y, en la medida de la posible, deben ejercerse conjuntamente”.

21 Para profundizar en la Ley foral 3/2011 y sus precedentes vid. SABATER BAYLE, E.: “Ruptura convivencial y custodia de los hijos en la regulación navarra”, ponencia presentada a las *XIII Jornadas IDADFE sobre crisis de pareja y custodia de los hijos menores*, Centro UNED Calatayud, 27 y 28 marzo 2014 (accesible en video en https://www.youtube.com/watch?v=KtM4rr_cxnQ&feature=youtu.be, consultada el 12 mayo 2014).

22 Vid. un análisis crítico de dicho Anteproyecto en LASARTE ÁLVAREZ, C.: “La reforma del Código Civil y la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, ponencia presentada a las *XIII Jornadas IDADFE sobre crisis de pareja y custodia de los hijos menores*, Centro UNED Calatayud, 27 y 28 marzo 2014 (accesible en video en https://www.youtube.com/watch?v=_oVWuj9WfzU&feature=youtu.be, consultada el 12 mayo 2014).

23 Como, de hecho, así se interpreta por buena parte de la doctrina: ALASCIO CARRASCO, L.: “La excepcionalidad de la custodia compartida impuesta (art. 92.8 CC)”, *Indret* (2011), núm., 2, pp. 1-25 (URL: <http://www.indret.com/es/?ed=47>); FERRER RIBA, J.: “El derecho de la persona y de la familia en el nuevo libro segundo del Código civil de Cataluña”, *Indret* (2010), núm. 3, p. 2 (URL: <http://www.indret.com/es/?ed=44>); PICONTÓ NOVALES, T.: “Ruptura familiar y coparentalidad: Un análisis comparado”, en *La custodia compartida a debate* (ed. Picontó Novales), cit., p. 71; VILLAGRASA ALCAIDE, C.: “La custodia compartida...”, cit., pp. 86 y 88.

Con mayor claridad se expresa la Ley 5/2011, de 1 abril, de la Generalitat valenciana, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven, optando expresamente por el modelo de custodia configurado por el legislador aragonés -esto es, el de custodia compartida preferente y custodia individual excepcional-, según resulta de la lectura de su Preámbulo y de su art. 5.2, que viene a coincidir con el art. 80.2 y 5 CDFA²⁴.

Junto al art. 80.2 CDFA, esta preferencia del legislador aragonés por la custodia compartida se manifiesta, igualmente, en los art. 79.5 y 80.5, así como en la DT 6ª del mismo cuerpo legal.

En concreto, el art. 79.5 CDFA permite la revisión judicial del régimen de custodia, “a fin de plantear la conveniencia de un régimen de custodia compartida”, cuando inicialmente el juez acuerde la custodia individual en atención a la edad de los hijos.

El art. 80.5 CDFA dispone que “la objeción a la custodia compartida de uno de los progenitores a la custodia individual no será base suficiente para considerar que la custodia compartida no coincide con el interés superior del menor”. Esta previsión -que reproduce la Ley valenciana 5/2001 en su art. 5.2 *in fine*-, en principio, debe valorarse positivamente, ya que impide que la negativa de uno de los progenitores permita excluir la custodia compartida y, por ende, dejar sin efecto la preferencia legal por este régimen de custodia. No obstante, considero que en la práctica difícilmente una custodia compartida será operativa y, por ende, beneficiosa para los hijos cuando se adopte por el juez contra la voluntad de uno de los progenitores o, en general, sin el acuerdo de ambos progenitores, como, de hecho, así lo ha reconocido el Consejo General del Poder Judicial en su Informe sobre el Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio de 19 septiembre 2013²⁵.

Por último, la DT 6ª CDFA determina que las revisiones judiciales de los convenios reguladores y de las medidas adoptadas antes de la entrada en vigor de la Ley 2/2010 de custodia compartida deberán aplicar la normativa y, por consiguiente, la preferencia legal por la custodia compartida.

24 Así, en su Preámbulo puede leerse la siguiente declaración: “...cuando no se posible alcanzar este pacto, establece la convivencia de los hijos e hijas menores, compartida por ambos progenitores, como criterio prevalente en caso de que sea la autoridad judicial la que deba fijar las condiciones de dicho régimen”. Por su parte, el art. 5.2 dispone que “como regla general, [la autoridad judicial] atribuirá a ambos progenitores, de manera compartida, el régimen de convivencia con los hijos e hijas menores de edad, sin que sea obstáculo para ello la oposición de uno de los progenitores o las malas relaciones entre ellos”. Para profundizar en la Ley valenciana 5/2011 y su interpretación jurisprudencial es de consulta obligada DEVERDA BEAMONTE, J. R.: “Menores de edad, alimentos, régimen de convivencia y atribución del uso de la vivienda familiar (Un estudio jurisprudencial de la legislación valenciana sobre la materia)”, *Diario La Ley* (2014), núm. 8299, pp. 1-18.

25 En la doctrina participan, asimismo, de esta opinión PICONTÓ NOVALES, T.: “Ruptura familiar...”, cit., p. 76; y VILLAGRASA ALCAIDE, C.: “La custodia compartida...”, cit., pp. 83, 96 y 98.

En cualquier caso, esta opción del legislador aragonés no es arbitraria, sino que, según puede leerse en el propio Preámbulo del CDFa, obedece a un doble fundamento: de una parte, la convicción de que la custodia compartida constituye el modelo de custodia que mejor responde al interés de los hijos menores; y, de otra parte, promover la igualdad de los progenitores. Con todo, la lectura de la jurisprudencia revela que el Tribunal Superior, a la hora de justificar la preferencia legal por la custodia compartida, suele prescindir de la perspectiva de los padres para incidir en la idea de que con este sistema se atiende mejor al interés del menor. Sirva de ejemplo STSJ Aragón 15 diciembre 2011 donde puede leerse la siguiente declaración: “La ley parte de que el interés del menor se consigue mejor con la custodia compartida, por lo que la custodia individual sólo se otorgará cuando se compruebe más conveniente. En eso consiste la preferencia, en que la regla sea la custodia compartida y la custodia individual sea la asignada si se demuestra más conveniente para el menor por concurrir en el caso concreto razones que determinan la conveniencia de hacer una excepción a la regla general que presume que lo más conveniente para el menor es la custodia compartida”²⁶. Por mi parte, comparto plenamente el criterio jurisprudencial de atribuir prioridad al interés de los hijos menores en las situaciones de ruptura y, en concreto, a la hora de fijar el régimen de custodia, pero no puede dejar de parecerme arriesgada y, por ende, cuestionable la presunción de que parte el legislador aragonés de que el régimen de custodia compartida sea el más beneficioso para los menores, en especial, cuando sea objeto de imposición forzosa a los progenitores²⁷.

3. La custodia individual como excepción a la preferencia legal por la custodia compartida.

Como destaca la propia jurisprudencia (entre otras, SSTSJ Aragón 13 julio 2011, 30 septiembre 1011, 15 diciembre 2011, 1 febrero 2012, 5 julio 2012, 10 enero 2014 y 16 enero 2014) el sistema preferente de la custodia compartida no es rígido, desde el momento en que el CDFa prevé dos excepciones al mismo: de una parte, que el Juez estime la custodia individual más conveniente para el interés de los hijos (art. 80.2); y de otra, que uno de los progenitores sea excluido de la custodia individual o compartida por incurrir en violencia doméstica o de género (art. 80.6).

26 Puede citarse, asimismo, la STSJ Aragón 30 septiembre 2011, según la cual “la custodia compartida por parte de los progenitores es, por tanto, el régimen preferente y predeterminado por el legislador, en busca de ese interés del menor, en orden al pleno desarrollo de su personalidad. Se aplicará esta forma de custodia siempre que el padre y la madre estén capacitados para el ejercicio de las facultades necesarias a tal fin, y no concurren otros elementos que hagan más conveniente la custodia individual, atendido el interés del menor”. Y la STSJ Aragón 18 julio 2013 que se refiere a la custodia compartida como la “forma de ejercicio de la responsabilidad en la educación, guarda y custodia de los hijos... considerada por la ley como aquella que colma el superior interés del menor”.

27 Opinión que, por lo demás, se encuentra bastante extendida en España, según hace constar PICONTÓ NOVALES, T., “Ruptura familiar...”, cit., p. 73.

A) Que el Juez estime la custodia individual más conveniente para el interés de los hijos.

La primera excepción a la preferencia legal por la custodia compartida se contempla en el art. 80.2 CDFA y se refiere a la posibilidad de que el Juez considere la custodia individual más conveniente para el interés de los hijos (como, de hecho, así sucede en las SSTSJ Aragón 13 julio 2011, 30 septiembre 1011 y 4 marzo 2014).

Dicha posibilidad de que sólo uno de los progenitores sea titular de la custodia de los hijos menores cuando ello resulte más conveniente para su interés superior en ningún caso vulnera el principio de igualdad del art. 14 CE, siempre que ello obedezca a razones fundadas, derivado de las distintas circunstancias concurrentes en cada uno de los progenitores (STSJ Aragón de 4 marzo 2014). Y es que, a juicio del Tribunal Superior, haciéndose eco de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el principio de igualdad, "lo que la norma fundamental impide es un trato legislativo desigual, que carezca de razón justificativa", lo que no es el caso del CDFA.

A) *Parámetros a seguir.*

A tal fin, el mismo precepto establece una serie de parámetros a seguir por el Juez a la hora de acordar la custodia compartida o individual y, en el caso de optar por la custodia individual, para atribuirla a favor de uno u otro progenitor (como matiza la STSJ Aragón 13 enero 2014).

a) El plan de relaciones familiares

El primer dato a tener en cuenta es el plan de relaciones familiares que debe presentar cada uno de los progenitores, acompañando bien a la demanda o a la reconvenición, según precisa la DA 2ª CDFA en su aptdo. 3º.

Este plan constituye un trámite necesario, como propuesta del modo de organizar las relaciones familiares tras la ruptura, aunque su contenido no sea vinculante para el Juez, tal y como precisa la STSJ Aragón 13 julio 2011.

b) Circunstancias de los hijos y/o progenitores

Junto al plan de relaciones familiares, el Juez deberá tomar en consideración las siguientes circunstancias previstas en el art. 80.2 CDFA, unas referidas a los hijos y otras a los progenitores, cuyo examen a la luz de la jurisprudencia se aborda a continuación.

I. La edad de los hijos

En particular, de acuerdo con la jurisprudencia, la corta edad de los hijos hace preferible la custodia individual, normalmente a favor de la madre (SSTSJ Aragón 13 julio 2011, 30 septiembre 2011 y 4 marzo 2014).

Esta corta edad suele identificarse con la primera infancia que, en principio, finaliza a los tres años (SSTSJ Aragón 28 septiembre 2012 y 4 marzo 2014 y SAP Zaragoza 2 diciembre 2011).

En cualquier caso, la corta edad por sí sola, sin otros factores adicionales, no resulta determinante para rechazar el criterio legal preferente, esto, es la custodia compartida (SSTSJ Aragón 25 septiembre y 28 septiembre 2012).

Ahora bien, la adopción de la custodia individual en atención a la corta edad del hijo sólo excluye la preferencia legal por la custodia compartida de forma temporal (SSAP Zaragoza 2 noviembre 2011 y 10 julio 2012). Así, la propia sentencia que haya acordado la custodia individual en atención a la corta edad del hijo podrá fijar un plazo de revisión de la misma, a fin de plantear la conveniencia de la custodia compartida (art. 79.5 CDFA). También cabe que la sentencia que acuerde la custodia individual señale directamente el inicio del régimen de la custodia compartida en el momento en el que el menor cumpla una determinada edad, como de hecho así sucede en la SAP Zaragoza 17 enero 2012.

2. El arraigo social y familiar de los hijos

La jurisprudencia valora el mayor arraigo de los hijos a la familia de uno de los progenitores como circunstancia a tener en cuenta a la hora de optar por la custodia compartida o individual. En concreto, en las SSTSJ Aragón 9 abril 2012, 19 octubre 2012 y 10 enero 2014 se plantea la relación de los hijos menores con la nueva familia creada por el padre con su actual pareja y, en su caso, con los hijos de ésta. En las SSTSJ Aragón 9 abril 2012 y 10 enero 2014, dado el carácter cordial de las relaciones, se opta por la custodia compartida; mientras que en la STSJ Aragón 19 octubre 2012 se opta por la custodia individual a favor de la madre por la falta de aceptación de la hija a la nueva relación de su padre.

Asimismo, la jurisprudencia contempla el arraigo social del hijo a una determinada localidad como factor favorable a la custodia individual de uno de los progenitores cuando el otro reside en una localidad distinta (SAP Zaragoza 7 febrero 2012).

Por contra, la alteración de la vida cotidiana del menor por la adopción del régimen de custodia compartida no justifica por sí sola el mantenimiento de la custodia individual, según sostiene la STSJ Aragón 18 julio 2013. En el caso de autos la principal referencia de la menor es su madre, ya que ha vivido todo el tiempo con ella, por lo que no desea cambiar su vida. Y es que a juicio del Tribunal Superior, los

cambios en la vida habitual de los menores resultan inevitables como consecuencia de la aplicación de la ley, si bien deben llevarse a cabo con las medidas de prudencia y apoyos necesarios.

3. La opinión cuando tengan suficiente juicio y, en todo caso, si son mayores de doce años, con especial consideración a los mayores de catorce años

Para la jurisprudencia la opinión de los hijos constituye un factor relevante para conocer su preferencia real, pero no decisivo, por lo que requiere una valoración conjunta con los demás factores a que se refiere el art. 80.2 CDFA (SSTSJ Aragón 1 febrero, 5 julio, de 24 julio, 19 octubre 2012 y 18 julio 2013).

Ahora bien, según resulta de la lectura de la jurisprudencia, los Tribunales deben dar mayor relevancia a la opinión de los menores cuanto mayor sea su grado de madurez y, en particular, cuando se trate de mayores de catorce años, en atención al especial régimen de capacidad que les dispensa el CDFA en sus arts. 23 a 29 CDFA (SSTSJ Aragón 16 octubre 2012, 12 marzo 2013, 18 julio 2013, 9 octubre 2013, 16 enero 2014 y 17 febrero 2014).

En la práctica judicial, el suficiente juicio suele identificarse con la edad de doce años. De esto modo, los Tribunales suelen considerar que los menores de esta edad suelen tener escasa madurez, de tal modo que, aunque pueden aportar datos que pueden ser relevantes, su proceso intelectual en el doble aspecto cognoscitivo y volitivo no les permitirá valorar hasta qué punto puede serles perjudicial uno u otro régimen de custodia (STSJ Aragón 18 julio 2013). En cambio, los menores a partir de los doce años pueden expresar sentimientos y, por ende, identificar el régimen de custodia con el que se sienten mejor (STSJ Aragón 9 octubre 2013).

En cualquier caso, el derecho de audiencia del menor no tiene carácter personalísimo. Así, de acuerdo con el art. 9 Ley Orgánica 1/1996 de Protección Jurídica del Menor, el derecho de audiencia puede ejercitarse bien personalmente por el propio menor; bien a través de su representante legal u de otras personas que por su profesión o relación especial de confianza puedan transmitir su opinión (tal y como recuerda la STSJ Aragón 19 octubre 2012).

En orden a sus posibles vías de conocimiento, la opinión del menor puede conocerse a través de informe psicológico o social o por medio de exploración judicial. Tanto el uno como la otra podrán recabarse por el Juez bien de oficio o a instancia de parte (art. 80.3 CDFA). En particular, la exploración judicial mediante audiencia directa por el Juez puede no resultar aconsejable si no resulta imprescindible, más aun cuando su opinión ya haya sido transmitida a través de terceros profesionales especialistas, cuyos métodos permiten conocer sus opiniones

expresadas de forma espontánea sin sentirse condicionado por sus progenitores ni verse inmersos en un conflicto de lealtades (STSJ Aragón 18 julio 2013).

4. La aptitud y voluntad de los padres para asegurar la estabilidad de los hijos

La jurisprudencia sienta la presunción de capacidad y aptitud de los progenitores para asumir la guarda y custodia de sus hijos. Se trata de una presunción *iuris tantum*, por lo que habrá que probarse lo contrario para adoptar cualquier decisión en este sentido (SSTSJ Aragón 15 diciembre 2011 y 17 julio 2013).

En cambio, la falta de aptitud y voluntad de uno de los progenitores para el ejercicio de la custodia no puede presumirse, sino debe acreditarse debidamente, lo que podrá determinar la custodia individual a favor del otro (SSTSJ Aragón 30 septiembre 2011 y 18 abril 2012).

A partir de ahí, la jurisprudencia aprecia la ineptitud de uno de los progenitores del hecho de que permanezca sin trabajar y adopte una posición pasiva en lo referente al cuidado y atención del hijo (STSJ Aragón 30 septiembre 2011); de su falta de independencia respecto al núcleo familiar al residir en casa de sus padres (STSJ Aragón 25 julio 2013); y de sus importantes y constantes cambios de estado de ánimo (STSJ Aragón 8 octubre 2013).

En cambio, se considera que la ausencia de una distribución igualitaria del tiempo de dedicación a los hijos durante la convivencia no permite presumir ineptitud para el futuro (SSTSJ Aragón 15 diciembre 2011 y 6 junio 2012).

De igual modo, el hecho de delegar el cuidado del menor en la familia extensa, en principio, no implica ineptitud para el ejercicio de la custodia por los progenitores, siempre que no suponga la asunción por los abuelos de las obligaciones parentales, sino que se trate de una mera colaboración puntual y voluntaria (SSTSJ Aragón 28 septiembre 2012 y 18 diciembre 2013)²⁸.

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

Según estima la jurisprudencia, la custodia compartida exige que ambos progenitores puedan conciliar la vida familiar con la vida laboral, aunque no requiere que ambos tengan las mismas posibilidades de conciliación (STSJ Aragón 10 enero 2014 y SSAP Zaragoza 29 noviembre 2011 y 30 marzo 2012).

²⁸ La STSJ Aragón 28 septiembre 2012 opta por la custodia compartida, dado que la ayuda de los abuelos es puntual. En cambio, la STSJ Aragón 18 diciembre 2013 atribuye la custodia individual a la madre, ya que la excesiva dedicación laboral del padre le impide cumplir con sus obligaciones, delegando constantemente en sus padres -los abuelos paternos- el cuidado de su hijo.

Por consiguiente, la imposibilidad de conciliación de uno de los progenitores unido a otros factores determina que la custodia individual del otro resulte más conveniente para el interés del hijo menor (SSAP Zaragoza 2 diciembre 2011 y 14 febrero 2012).

6. En general, cualquier otra circunstancia especialmente relevante para el régimen de convivencia

A modo de cláusula de cierre, el art. 80.2.f. CDFA permite al juzgador atender a cualquier otra circunstancia diferente a las tasadas legalmente, siempre que resulte “especialmente relevante para el régimen de convivencia”.

Con base en este precepto, la jurisprudencia ha calificado de circunstancia especialmente relevante la *distancia entre los domicilios de los progenitores, siempre que estén ubicados en localidades distintas y distantes* (SSTSJ Aragón 9 abril 2012 y 9 octubre 2013). En concreto, la STSJ Aragón 9 octubre 2013 señala que la deslocalización de los niños por los cambios de domicilio, en principio, no atenta contra el interés del menor ni es criterio que permita eludir la aplicación de la custodia compartida, salvo que implique trasladarse a otra localidad distinta y distante de aquella donde radica el domicilio del otro progenitor²⁹.

La misma consideración le ha merecido la convivencia del menor con sus mediohermanos (SSTSJ Aragón 27 noviembre 2012, 16 julio 2013 y 17 febrero 2014).

Por su parte, la circunstancia atinente a la *conflictividad entre los progenitores* sólo puede justificar el cambio del criterio legal preferente de la custodia compartida cuando el nivel de conflictividad sea de tal entidad que obstaculice de modo insalvable el normal desarrollo de las relaciones familiares y, por ende, perjudique el interés del menor. Ello es así, dado que, según afirma -a mi juicio, con buen criterio- el Tribunal Superior de Aragón en jurisprudencia reiterada, resulta necesario un cierto grado de entendimiento o consenso entre los progenitores para poder realizar de manera adecuada la corresponsabilidad parental después de la ruptura (SSTSJ Aragón 28 septiembre 2012, 30 octubre 2013 y 4 marzo 2014). Se desvincula, sin embargo, de este criterio mayoritario la STSJ Aragón 30 septiembre 2013 para negar que la conflictividad de los progenitores sea argumento frente a la adopción de la custodia compartida, pues la intervención judicial está llamada a resolver el conflicto existente en las relaciones personales y el art. 80.5 CDFA previene que la objeción a la custodia compartida de uno de los progenitores no es base suficiente para considerar que no coincide con el mejor interés del menor.

29 Criterio que, igualmente, sigue la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el art. 92 CC español en sus SSTS 8 octubre 2009 y 11 marzo 2010, según destaca PICONTO NOVALES, T.: “Ruptura familiar...”, cit., pp. 65-66.

Por último, la mayor vinculación del hijo menor con un progenitor no puede calificarse de circunstancia relevante para fijar una custodia individual, en detrimento del régimen legal preferente, a juicio de la STSJ de Aragón 30 septiembre 2013.

c) No separar a los hermanos

Un tercer y último dato a tener en cuenta por el Juez a la hora de decidir el régimen de custodia es la previsión del art. 80.4 CDFa que establece la imposibilidad de adopción por el Juez de un régimen de custodia que implique la separación de los hermanos, salvo circunstancias que lo justifiquen específicamente.

En interpretación de la jurisprudencia menor, esta regla está circunscrita, en principio, a los hermanos menores de edad (SAP Zaragoza 21 junio 2011). Por su parte, los hermanos mayores podrán sumarse voluntariamente al régimen de custodia establecido para los menores y, de no ser así, habrá que adoptarse las medidas adecuadas a fin de garantizar la relación entre los hermanos, con base en el art. 79.2.a. CDFa (SAP Zaragoza 9 mayo 2012).

Como segunda matización introducida por la jurisprudencia, la regla está concebida para evitar la separación de los hermanos de doble vínculo, quedando excluidos, en principio, los hermanos de vínculo sencillo (ya sea por parte de madre o de padre). Ello sin perjuicio de que la convivencia del menor con sus mediohermanos pueda ser una de las circunstancias a tener en cuenta por el Juez a la hora de adoptar el régimen de custodia más conveniente para aquél (SSTSJ Aragón 27 noviembre 2012, 16 julio 2013 y 17 febrero 2014).

Ahora bien, como precisa el propio art. 80.4 CDFa, se trata de una regla que admite excepciones, en concreto, cualquier circunstancia que justifique específicamente la separación entre hermanos, como puede ser la opinión de los mayores de catorce años (SAP Zaragoza 8 marzo 2011); o la situación especialmente delicada de dos hermanas, ambas aquejadas de importantes minusvalías que hacen aconsejable distribuir la custodia entre los progenitores (STSJ Aragón 30 octubre 2013).

B) *La necesidad de una valoración ponderada de la prueba.*

Como afirma la STSJ Aragón 15 diciembre 2011, "la adopción de la custodia individual exigirá una atenta valoración de la prueba que así lo acredite [la conveniencia para el menor] frente al criterio preferente de la custodia compartida, al que el precepto otorga tal preferencia en interés de los hijos menores". Se pronuncian en los mismos términos las SSTSJ Aragón 1 febrero 2012, 17 julio 2013, 18 julio 2013 y 10 enero 2014.

De entre la prueba practicada, tienen una importancia decisiva los informes periciales, "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", según aclara el mismo Tribunal Superior en su Sentencia de 5 julio 2012.

De los informes periciales se ocupa específicamente el art. 80.3 CDFA para establecer la facultad del Juez de recabarlos bien de oficio o a instancia de parte antes de adoptar su decisión sobre el régimen de custodia más idóneo. De haberlos recabado, el Juez habrá de valorarlos ponderadamente (STSJ Aragón 8 febrero 2012), aunque no está obligado a seguir su criterio, pudiendo apartarse de ellos cuando esté justificado y se razone adecuadamente (SSTSJ Aragón 9 febrero 2012, 24 julio 2012, 30 octubre 2013 y 10 enero 2014).

En cualquier caso, la valoración de la prueba corresponde al Tribunal a quo y no es revisable en casación, salvo que se acredite que ha sido arbitraria, ilógica o absurda (entre otras, SSTSJ Aragón 25 febrero 2013, 10 enero 2014, 13 enero 2014 y 4 marzo 2014).

B) La exclusión de uno de los progenitores de la custodia (individual o compartida) por violencia doméstica o de género.

Como segunda excepción a la preferencia legal por la custodia compartida, el art. 80.6 CDFA dispone que la atribución de la custodia, individual o compartida, a uno de los progenitores no procede -entiéndase de modo temporal y preventivo- cuando el progenitor haya incurrido en violencia intrafamiliar y se encuentre en una de estas dos situaciones³⁰:

1ª.- "Que exista proceso penal en trámite por violencia intrafamiliar (en concreto, por atentar contra la vida, integridad física o moral, libertad o indemnidad sexual del otro progenitor o de los hijos), en el que la autoridad judicial penal resuelva motivadamente la constatación de indicios fundados y racionales de criminalidad derivada de los hechos enjuiciados" (STSJ Aragón 2 julio 2013).

Según aclara la SAP Zaragoza 3 mayo 2011, los tipos delictuales contemplados en el Código penal español a los que se refiere el art. 80.6 CDFA son específicamente: a) los delitos de homicidio, asesinato e inducción al suicidio; b) los delitos de lesiones; c) los delitos contra la libertad (detención ilegal, amenazas y coacciones); d) el delito de torturas y otros delitos contra la integridad moral; y e) los delitos contra

³⁰ Este precepto se inspira en el art. 92.7 CC español, si bien ha sido notablemente mejorado en su redacción. Así, exige resolución motivada para el primer supuesto, sin que quepa la mera denuncia; e introduce la violencia de género en el segundo supuesto. Contienen previsiones similares el art. 233-11 CCC, el art. 3.8 Ley foral navarra 3/2011 y el art. 5.6 Ley valenciana 5/2011.

la libertad e indemnidad sexual (agresiones sexuales, abusos sexuales, acoso sexual, exhibicionismo, prostitución y corrupción de menores) .

No cabe, por tanto, una interpretación extensiva que dé cabida a otros tipos delictuales al objeto de excluir de la custodia a uno de los progenitores, dado que está en juego el superior interés de los hijos menores, de especial protección, según pone de relieve la STSJ Aragón 8 octubre 2013 (que excluye, en concreto, el delito de revelación de secretos).

2ª.- “Que, aun no existiendo proceso penal en tramitación, el Juez civil valore la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género” (STSJ Aragón 2 julio 2013).

De acuerdo con el art. 173.2 Código Penal español, la violencia doméstica puede definirse como toda la violencia ejercida sobre: a) quien sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia; b) los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente; c) los menores o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente; d) persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar; y e) las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados.

Por su parte, la *violencia de género* constituye una noción mucho más restrictiva, ya que, según precisa el art. 1.1 Ley Orgánica 1/2004 de Medidas de Protección Integral contra la violencia de género, se da únicamente cuando hay una relación sentimental entre agresor y víctima, siendo aquél del sexo masculino y ésta del sexo femenino. La relación indicada debe ser conyugal o de afectividad similar; aún cuando no hubiera habido convivencia. La relación no debe de ser actual, sino que puede haber concluido en el momento de producirse la agresión. Nunca se aplicará en relaciones homosexuales. Al margen de estas restricciones, incluye “todo acto de violencia física o psicológica, incluidas las agresiones a la libertad sexual, las coacciones o la privación arbitraria de libertad” (art. 1.2 de la misma Ley).

Así las cosas, si sólo uno de los progenitores se encuentra en alguna de las dos situaciones descritas -lo que será lo más habitual-, no procederá la custodia compartida, de tal manera que el Juez atribuirá la custodia individual al otro. En cambio, si ambos progenitores se encuentran afectados por una de estas circunstancias, el Juez no podrá atribuir la custodia, ni individual ni compartida, a

ninguno de ellos y deberá optar en interés del menor por la medida de protección que estime oportuna³¹.

En cualquier caso, como ha venido a clarificar la importante STSJ Aragón 2 julio 2013, "la regulación del art. 80.6 CDFA es meramente preventiva, a falta de sentencia firme que haya podido tomarse en la propia jurisdicción penal que conozca de los hechos que aparecen como indiciariamente delictivos".

Por consiguiente, según afirma el Tribunal Superior, esta norma no dispone de modo definitivo sobre la atribución de la guarda y custodia, sino que limita su mandato al estado previo a la definición de si existió o no conducta penal probada.

De este modo, una vez que la jurisdicción penal se pronuncie sobre la existencia (o no) de delito -matiza la sentencia reseñada-, ya no será de aplicación el art. 80.6 CDFA, sino, en caso de sentencia penal firme absolutoria, la DA 4ª CDFA, según la cual, la medida de la custodia adoptada con anterioridad podrá ser revisada; y en caso de sentencia penal firme condenatoria, el art. 153.1 y 2 Código Penal, según el cual, si el Juez penal lo estima adecuado al interés del menor, puede imponer adicionalmente al progenitor condenado una pena de inhabilitación total o parcial para el ejercicio de la autoridad familiar o custodia.

En aplicación de esta doctrina, el Tribunal Superior declara la inaplicabilidad del art. 80.6 CDFA al caso de autos, ya que, si bien el padre formuló denuncia penal contra la madre por delito de violencia intrafamiliar con anterioridad al pleito civil entablado entre ambos por la custodia de su hijo menor, en ningún momento formuló una pretensión en ese sentido. "Por tanto, imposibilitó dar cumplimiento a la prevención del artículo 80.6 de que, mientras el proceso penal no acabara, no cabría atribuir la guarda y custodia a la madre denunciada". Y una vez terminado el proceso penal con sentencia firme condenatoria, el Juez penal no estimó procedente en interés de la menor imponer a la acusada la pena de inhabilitación para el desempeño de las funciones de guarda de su hijo. Por consiguiente, el Tribunal Superior confirma la sentencia dictada en primera instancia favorable a atribuir la custodia individual a la madre.

Posteriormente, se ha hecho eco de esta doctrina la STSJ Aragón 19 marzo 2014 para denegar, igualmente, la aplicación del art. 80.6 CDFA y, por consiguiente, la atribución de la custodia individual al padre, pese a que la madre había sido condenada por dos delitos de lesiones en el ámbito familiar. En este caso, el Tribunal Superior decide mantener el régimen de custodia compartida pactado por los propios progenitores con posterioridad al hecho delictivo en virtud de pacto de relaciones familiares.

31 Como afirma certeramente MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., "La regulación...", cit., p.154.

4. Medidas adicionales conexas al régimen de guarda y custodia.

Cualquiera que sea el régimen de custodia adoptado judicialmente, el art. 79.2 CDFA impone al Juez el deber de adoptar las medidas necesarias a fin de:

1º.- Garantizar la continuidad y efectividad del mantenimiento de los vínculos con ambos progenitores

A este respecto interesa citar la SAP Zaragoza 18 septiembre 2012 que establece la obligación de ambos progenitores de someterse a una terapia psicológica junto a sus hijos para reconducir su relación personal.

2º.- Garantizar la relación con hermanos, abuelos, parientes y allegados

En cuanto a la relación con los hermanos puede citarse la STSJ Aragón 30 septiembre 2013, según la cual la buena relación existente entre la menor sobre cuya custodia se litiga y su hermana mayor, aunque considerada como muy beneficiosa para el desarrollo psico-afectivo de la menor, no resulta jurídicamente afectada por la custodia compartida, dado que la hermana mayor puede mantener su relación personal con la menor en la forma que estime conveniente.

En orden a la relación con los abuelos han sido varias las ocasiones en que se ha tenido que pronunciar el Tribunal Superior de Justicia. Así, puede mencionarse la STSJ Aragón 28 septiembre 2012 que entiende que la adopción de las medidas necesarias para garantizar la relación del menor con los abuelos la debe realizar el Juez de oficio o a instancia de persona interesada, entre los que se encuentran los propios progenitores; la STSJ Aragón 24 julio 2013 que aprueba un régimen de visitas del abuelo materno con su nieta, por entender que la comunicación entre ambos puede ayudar a la inserción de ésta en su entorno familiar, así como contribuir a su mejor desarrollo emocional y a su formación integral plena; y la STSJ Aragón 18 diciembre 2013 que, respecto a las visitas reconocidas al progenitor no custodio, determina que las empleará con su hijo, pero de ello no se deduce la privación de la relación del menor con su familia paterna que se podrá seguir manteniendo, aun en menor tiempo, sin perjuicio de que las partes lleguen a acuerdos que permita su ampliación.

3º.- Evitar la sustracción de los hijos menores por alguno de los progenitores o por terceros

A este respecto la STSJ Aragón 13 enero 2014 prohíbe la salida al extranjero de la madre custodia con la hija sin el consentimiento del padre no custodio o, en su defecto, autorización judicial.

4°.- Evitar a los hijos perturbaciones dañosas en los casos de cambio del régimen de custodia

Sobre este extremo la STSJ Aragón 18 julio 2013 sienta la importante doctrina según la cual la alteración de la vida cotidiana del menor por la adopción del régimen de custodia compartida no justifican por si sola el mantenimiento de la custodia individual. En el caso de autos la principal referencia de la menor es su madre, ya que ha vivido todo el tiempo con ella, por lo que no desea cambiar su vida. A juicio del Tribunal Superior, "los cambios en la vida habitual de los menores resultan de la aplicación de la ley y deberán llevarse a cabo con las medidas de prudencia y apoyos necesarios".

5. La modificación de las medidas judiciales.

Según dispone el art. 79.5 CDFA, las medidas aprobadas judicialmente podrán ser modificadas cuando concurren causas o circunstancias relevantes.

De este modo y en interpretación de la jurisprudencia menor (entre otras, SSAP Zaragoza 20 marzo 2012, 30 marzo 2012 y 11 abril 2012), la modificación de las medidas judiciales -y entre ellas, la concerniente al régimen de guarda y custodia de los hijos menores- sólo se justifica cuando haya habido una alteración de circunstancias que cumpla los siguientes requisitos: a) trascendente y no de escasa o relativa importancia; b) permanente o duradera y no aleatoria o coyuntural; c) no imputable a la voluntad de quien solicita la medida ni preconstituída; y d) no prevista por los progenitores o el juzgador en el momento en que la medida fue establecida.

En particular, añade el mismo art. 79.5 *in fine*, cuando se haya acordado la custodia individual en atención a la edad de los hijos menores, ésta podrá revisarse, a fin de plantear la conveniencia de un régimen de custodia compartida. Ahora bien, de acuerdo con la STSJ Aragón 3 octubre 2013, ello exige una alteración sustancial de circunstancias, sin que baste la mera solicitud por uno de los progenitores del cambio de régimen de custodia, como, en cambio, se permitió durante el periodo transitorio de un año desde la entrada en vigor de la Ley de custodia compartida (esto es, hasta 8 septiembre 2011), en atención a lo dispuesto en su DT 1ª, aptdo. 2º³².

32 DT 1ª.2 Ley aragonesa 2/2010: "La solicitud de custodia compartida por uno de los progenitores es causa de revisión de los convenios reguladores y de las medidas judiciales adoptadas bajo la legislación anterior durante un año a contar desde la entrada en vigor de la presente ley".

BIBLIOGRAFÍA

ALASCIO CARRASCO, L.: "La excepcionalidad de la custodia compartida impuesta (art. 92.8 CC)", *InDret* (2011), núm., 2, pp. 1-25.

AA.VV.: *Relaciones entre padres e hijos en Aragón: ¿Un modelo a exportar?* (coord. BAYOD, M. C. Y SERRANO, J. A.). Zaragoza (2014): Institución Fernando el Católico.

CASTILLA BAREA, M.: "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 la convivencia de los padres", *Aranzadi Civil* (2010), núm. 7, pp. 105-150.

DEVERDA BEAMONTE, J. R.: "Menores de edad, alimentos, régimen de convivencia y atribución del uso de la vivienda familiar (Un estudio jurisprudencial de la legislación valenciana sobre la materia)", *Diario La Ley* (2014), núm. 8299, pp. 1-18.

FORCADA MIRANDA, F. J.: "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 Vigésimos Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*. Zaragoza (2011): El Justicia de Aragón, pp. 177-215.

GUILARTE MARTÍN-CALERO, C.: "Criterios de atribución de la custodia compartida", *InDret* (2010), núm. 3, pp. 1-18.

LÓPEZ AZCONA, A.: "Relaciones entre ascendientes y descendientes" y "Las parejas estables no casadas", en AA.VV.: *Manual de Derecho civil aragonés* (dir. DELGADO ECHEVERRÍA y coord. PARRA LUCÁN). Zaragoza (2013): Ibercaja-El Justicia de Aragón, pp. 178-187 y 497-506, respectivamente.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C.: "La regulación de la custodia compartida en la Ley de igualdad de las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres", *Actas de los Vigésimos Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*. Zaragoza (2011): El Justicia de Aragón, pp. 133-176.

MOLINS GARCÍA-ATANCE, E. Y FERRER ANDRÉS, M.: "Dos años de custodia compartida", en *Actas de los Vigésimo Segundos Encuentros del Foro de Derecho aragonés*. Zaragoza (2013): El Justicia de Aragón, pp. 295-322.

PICONTÓ NOVALES, T.: "Ruptura familiar y coparentalidad: Un análisis comparado", en *La custodia compartida a debate* (ed. PICONTÓ NOVALES). Madrid (2012): Dykinson, pp. 45-76.

SERRANO GARCÍA, J. A.: “La custodia compartida aragonesa en la primera jurisprudencia”, en *Actas de los Vigésimo Segundos Encuentros del Foro de Derecho aragonés*. Zaragoza (2013): El Justicia de Aragón, pp. 181-294.

VILLAGRASA ALCAIDE, C.: “La custodia compartida en España y Cataluña: entre deseos y realidades”, en *La custodia compartida a debate* (ed. PICONTO NOVALES). Madrid (2012): Dykinson, pp. 77-100.

