



Plz. de los Pinazos, 10. Entre-Planta Dcha
28021 Madrid
Telf.: 649 116 241
www.padresdivorciados.es
usedimad@gmail.com
<http://padresdivorciados.blogspot.com>

ENTRADA EN VIGOR NUEVA LEY DEL DIVORCIO JULIO 2005: Posibilidad a la Guarda y Custodia Compartida

En nuestra legislación actual, la custodia compartida no está prohibida, pero tampoco está reconocida. Sencillamente, la ley actual no se pronuncia al respecto. Nuestra larga experiencia en la materia nos demuestra que en la práctica habitual, fiscalía y numerosos juzgados han estado contrarios y reticentes a una guardia y custodia compartida, y ha estado admitida en contadísimas ocasiones.

Pues bien, con la nueva ley, se podrá decretar la guarda y custodia compartida, ya sea porque el juez aprueba el convenio que padre y madre han acordado en un convenio de mutuo acuerdo, ya sea porque el juez cree que es una medida beneficiosa para el menor, después de haber escuchado las opiniones de ambos progenitores y de haber escuchado al menor, si éste tiene 12 años o tiene suficiente conocimiento.

En el seminario a que acudimos el pasado viernes 4 de febrero de 2.004, se dejó claro que para llevar a cabo una guarda y custodia compartida o alternativa con éxito, padre y madre han de ser capaces de ponerse de acuerdo en las pautas de conducta a adoptar. En los procesos contenciosos, el juez deberán seguir analizando, como hasta ahora, cada caso individual, teniendo en cuenta la edad de los menores, y el rol y la función que han desempeñado padre y madre durante el matrimonio. A su vez, el juez tendrá en cuenta la proximidad geográfica entre el domicilio del padre y el de la madre.

En nuestra opinión, la semántica de “custodia compartida” tiene importancia ya que cuando un padre no custodia está por ejemplo, media hora con su hijo, durante este rato dicho progenitor tiene la “**responsabilidad in vigilando**”, de manera que si el menor comete alguna atrocidad (ej, tira un tiesto de flores por la ventana) no se le reclamará al otro progenitor, sino que responderá el progenitor con el que estaba en aquel momento el menor, por lo tanto, en cierta manera, la custodia la tienen ambos progenitores durante el tiempo que comparten con sus hijos.

Para finalizar, sólo comentar que la custodia compartida no ha de ser utilizada como un vehículo para que algunos progenitores quieran librarse de pagar una pensión de alimentos para sus hijos, ya que las pensiones deberán fijarse igualmente, pero eso sí, de forma proporcional atendiendo la diferencia de ingresos de padre y madre. La opción por potenciar el convenio y el acuerdo, unida a la eliminación de las causas de los procesos, hace posible que puedan tener cabida en los juicios rápidos civiles (disposición adicional 5^a de la LEC). Una vez aprobada la nueva ley, la norma afectará a todos los litigios de divorcio y separación en curso.

LA CUSTODIA COMPARTIDA (Art 92 cc)

En la exposición de motivos de la ley se establece que se prevé expresamente que los padres puedan acordar en el convenio regulador que el ejercicio se atribuya exclusivamente a uno de ellos, o bien a ambos de forma compartida. También el juez, en los procesos incoados a instancia de uno solo de los cónyuges, y en

atención a lo solicitado por las partes, puede adoptar una decisión con este contenido, siempre teniendo en cuenta el principio del “ favor filii”).

Por otra parte, cuando se trata de acordar el régimen de guarda y custodia, (art 92.6CC), el juez “deberá oír”, con lo cual se desvirtúa la consideración de un derecho de los menores, para mantenerlo en una obligación de todos, incluidos los mayores de 12 años, tal como expone Luis Zarraluqui Sánchez-Eznarriaga, Abogado y Presidente de la Asociación Española de Abogados de Familia, de la que somos socios todos los letrados de este bufete.

El artículo 92.4 CC establece que los padres podrán acordar en el convenio regulador o el Juez podrá decidir, en beneficio de los hijos, que la patria potestad sea ejercida total o parcialmente por uno de los cónyuges. Hasta la fecha, no se hacía referencia al convenio, ya que correspondía a un supuesto en que no existía acuerdo.

El art 92.5 CC establece que “se acordará” el ejercicio compartido de la guarda y custodia 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 uso del tiempo del verbo aplicado a la resolución del juez – se acordará- representa que la acción judicial es imperativa, y por tanto, si lo piden ambos, el juez la acordará, sin excepciones, sin establecer condición ni requisito complementario alguno.

En el art 92.6 CC, sin embargo, se establece que “ en todo caso”, - por tanto, es de aplicación en los mutuos acuerdos y en los contenciosos- antes de acordar el régimen de guarda y custodia, el Juez deberá recabar informe del Ministerio Fiscal, - art 749 LEC- ,oír a los mayores de 12 años y, si lo considere preciso, a los menores que tengan suficiente juicio, valorar las alegaciones de las partes vertidas en la comparecencia y la prueba practicada en ella. ¿En qué comparecencia? Si es un contencioso, habrá una vista (art 770 y 774 LEC). Si es un mutuo acuerdo, habrá una diligencia de ratificación de la petición de separación o divorcio (art 777.3 LEC).

El juez también debe valorar la relación que los padres mantengan entre sí para determinar su idoneidad con el régimen de guarda, pero no menciona que haya de tener en cuenta sus condiciones personales, laborales, psíquicas y morales, sus posibilidades de prestar los cuidados exigidos por los hijos. ¿ No tendrá que valorarlas?

El art 92.7 CC establece que no procederá la guarda conjunta cuando cualquiera de los padres 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 cónyuge o de los hijos que convivan con ambos.

Tampoco procederá cuando el Juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica.

Zarraluqui comenta que sorprende que sea suficiente el inicio de un proceso, sin ni siquiera indicios fundados – que se exigen en los casos de otras violencias domésticas- de la existencia de estas conductas para que se produzcan efectos jurídicos, con violación flagrante de la presunción de inocencia.

El artículo 92.8CC establece que excepcionalmente, aun cuando no se den los supuestos del apartado 5 de este artículo – referido al acuerdo de los progenitores- el Juez, 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. No la mejor forma, sino la única forma.



Plz. de los Pinazos, 10. Entre-Planta Dcha
28021 Madrid
Telf.: 649 116 241
www.padresdivorciados.es
usedimad@gmail.com
<http://padresdivorciados.blogspot.com>

Creo que tal caso no va a darse nunca, ni habrá juez que afirme que esa posibilidad es la única de proteger a un menor.

Como explica Zarraluqui, si así fuera, se debe partir de que si se atribuyera la custodia a uno de los padres, el hijo quedaría desprotegido totalmente y únicamente si se concede a los dos quedaría protegido.

Así pues, si estando con uno de los dos padres, el juez estima que el hijo no está protegido y otorgara la custodia alternativa, habría inexorablemente que declarar su desprotección y ponerlo bajo la tutela de la Entidad pública.

Por otra parte, al exigirse el informe favorable del Ministerio Fiscal para acordar esta forma de guarda, se está elevando su función a la condición de decisoria y limitativa de la discrecionalidad judicial..

El artículo 92.9 CC establece que el Juez, antes de adoptar alguna de las decisiones a que se refieren los apartados anteriores, de oficio o a instancia de parte, podrá recabar dictamen de especialistas debidamente cualificados, relativo a la idoneidad del modo de ejercicio de la patria potestad y del régimen de custodia de los menores. La novedad es la introducción del adjetivo “ técnicamente cualificados”. Es opinión generalizada que se echa de menos la regulación de los equipos psicosociales adscritos – o que deben ser adscritos- a los juzgados de familia y la regulación de la forma de practicar este medio de prueba.

Por otra parte, se modifica el párrafo primero del apartado 1 del art 103 CC, referente a medidas provisionales, y se sustituye la referencia “ al cónyuge apartado de los hijos”, de cierta resonancia peyorativa, por el “ que no ejerza la guarda y custodia de los hijos”.

En opinión de gran parte de la doctrina, no es adecuado hablar de los adjetivos “conjunto” o “compartido”, porque ambas palabras hacen referencia a una cosa que se hace simultáneamente y precisamente el cuidado de los hijos se ejerce de tal manera únicamente cuando los padres conviven. Si no conviven, la realizan los padres de forma alternativa o sucesiva, pero no conjunta.

En este sentido, Ramón Tamborero, cree que es un error semántico hablar del término compartir, ya que sería más adecuado hablar de distribución racional de la convivencia. En Dinamarca se habla de custodia sucesiva y no de custodia compartida.

Nos planteamos la siguiente cuestión: Si la atribución de la guarda y custodia no comportase el uso de la vivienda familiar (en el CF se establece que si hay hijos, el uso se atribuye, “ preferentemente”, al cónyuge que tenga atribuida su guarda, mientras dure ésta.; y en el CC se establece que “ en defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por el Juez, el uso de la vivienda familiar ... corresponden a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden”, existirían demandas de guarda y custodia? Muchas de las demandas de guardia y custodia es para que se les atribuya el uso del domicilio conyugal”.

También sería una buena idea que la vivienda se atribuyera a los hijos, y éstos siempre estuvieran en la misma casa y que fueran los padres los que alternativamente ocupasen la casa mientras estuvieran al cuidado de sus hijos.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Gerona sección 2ª, de 25-2-2001 es la primer sentencia que acepta la guarda y custodia compartida; en cambio, tenemos sentencias en contra, como la de la AP Madrid de 2-10-98, que no la acepta por entender que desestabiliza a los menores.

En su opinión, cree que las personas con pocos recursos económicos no pueden tener una guarda y custodia compartida pero otro sector es de la opinión que sí es posible tenerla ya que se puede tener una cuenta conjunta.

Luis Zarraluqui Sánchez-Eznarriaga, es Abogado y Presidente de la Asociación Española de Abogados de Familia