

La custodia compartida de los menores, una fórmula de guarda que en nuestro país no está precisamente extendida en caso de separación, divorcio o nulidad de las parejas, dejará de ser una medida excepcional en cuanto salga adelante la reforma aprobada por el Gobierno. **PEPA MARTÍN MORA**

Entre las cuestiones más espinosas que surgen cuando una pareja pone fin a su relación está la de decidir el futuro de los hijos. Lo habitual en nuestro país es que el juez otorgue la guarda a uno de los progenitores de forma individual, en un alto porcentaje de los casos tiende a dársela a la madre, y en contadas ocasiones los acuerdos facilitan una custodia compartida del menor, que se puede conceder también con el informe favorable del fiscal si uno de los cónyuges lo solicita.

Los últimos datos que proporciona el Instituto Nacional de Estadística sobre separaciones y divorcios revelan que los hijos no se comparten. De las más de 100.000 rupturas matrimoniales registradas en 2011 solo en el 12,34 por ciento de los casos se otorgó una custodia compartida, una forma de guarda que supone que los hijos pasan el mismo tiempo con sus progenitores al alternar entre ambas estancias de igual duración.

Esta solución –recogida en la Convención sobre los Derechos del Niño (1989)– dejará de ser una “excepcionalidad” en las sentencias de separación o divorcio después de que el Gobierno haya aprobado el anteproyecto de reforma del artículo 92 del Código Civil y haya introducido un nuevo artículo, el 92 bis, relativo a los supuestos que deben concurrir para que se



La custodia compartida

pueda valorar y adoptar la custodia compartida, y que establece como norma que el ejercicio de la patria potestad será conjunto.

Se pretende así, en palabras del propio ministro de Justicia, Alberto Ruiz-Gallardón, promotor de la ini-

ciativa, “adaptar la realidad jurídica a una demanda de la sociedad española” partiendo de un concepto inspirado en las leyes anglosajonas –*joint custody*– e implantado en Reino Unido, Francia, Alemania e Italia, y que implica que ambos

El CGPJ defiende la regulación actual

El Pleno del Consejo General del Poder Judicial ha aprobado por unanimidad un informe sobre el anteproyecto en el que recomienda que se limite la custodia compartida a aquellos casos en los que al menos lo pida uno de los progenitores, ya que si es un juez quien impone la medida entiende que “puede originar situaciones problemáticas” que no beneficiarán ni a los hijos ni a los padres para “desempeñar de mejor manera las funciones inherentes a la guardia y custodia”.

El Consejo cree que debería mantenerse la regulación actual, ya que ve previsible que si esta medida viene impuesta puede agudizar las tensiones y controversias en aspectos trascendentes que atañen a los hijos. También cuestiona los criterios para determinar la contribución de cada cónyuge a las cargas familiares y los alimentos, porque, entiende, “afecta a la autonomía de la voluntad de los intervinientes”.

padres sostienen y crían a sus hijos pese a la separación.

Rigideces. El objetivo es alcanzar un sistema legal sin las rigideces y preferencias por la custodia monoparental del texto actual, según se recoge en el informe previo elaborado por Justicia, y para ello se atribuye al juez, actuando siempre en beneficio del menor, la responsabilidad de decidir qué régimen es el más adecuado. También le compete regular los aspectos y el contenido de las relaciones parentales, sin que la custodia compartida implique necesariamente la alternancia de residencia de los hijos con los progenitores en periodos iguales.

La reforma promueve la necesidad de un acuerdo previo entre los padres para el ejercicio de la patria potestad en el que se concrete de qué forma piensa ejercer cada uno de ellos sus responsabilidades parentales, detallando los compromisos que asumen respecto a la guarda y custodia, el cuidado y la educación de los hijos y el orden económico, pudiendo acudir a la mediación familiar para resolver las discrepancias que surjan con la ruptura.

Se abre así de nuevo el debate en torno a los beneficios del menor en los supuestos de rupturas matrimoniales, ya que lejos de contentar a los sectores implicados, coinciden en sus críticas ante el hecho de que esta opción sea la que preva-

Según el INE, solo en el 12 por ciento de separaciones y divorcios se concede custodia compartida

lezca aún sin acuerdo entre ambos progenitores, ya que la decisión final, en última instancia, siempre quedará en manos de un juez, que podrá obviar la postura del ministerio fiscal que ya no será vinculante.

Reacciones. Se da la paradoja de que tanto partidarios como detractores coinciden, aunque con distintos argumentos, en advertir del peligro de imponer una medida así. Las asociaciones que pese a defender que es una fórmula que beneficia al menor –ya que permite a ambos progenitores influir sobre el desarrollo y la evolución de sus hijos al mantener un contacto permanente– se han posicionado en contra de la reforma por entender que no se facilitan las herramientas necesarias para hacer posible el acuerdo para el ejercicio de la guarda compartida.

Entienden que hay que atender a criterios como los lazos de afectividad, la opinión de los menores, la ubicación de los domicilios familiares, los trabajos o la disponibilidad

de los padres, ya que cada familia es única y sus circunstancias son distintas, a la hora de formular la custodia, y no a la decisión de un juez, y más aún ante la falta de consenso previo.

Miguel Rodríguez, presidente de la Asociación Custodia Paterna, advierte de que “se parte de un debate tramposo y que la reforma es tan bienintencionada como pusilánime” y que “la custodia compartida presenta problemas en tanto en cuanto una de las partes ponga obstáculos en aplicarla”. Considera, además, que “la mera ruptura no es motivo suficiente para retirar el 90 por ciento de la patria potestad a ninguno de los progenitores”, y que el juez en sus sentencias “debería argumentar y justificar por qué retira la custodia a un progenitor conforme a derecho, no a equidad, creencias religiosas o personales”.

Por su parte, la Asociación Padres y Madres en Acción rechaza también el anteproyecto con el argumento de que lo único que hace es “maquillar” la ley actual y “no soluciona los graves problemas que causa en los menores, ni los efectos económicos y emocionales de la guarda y custodia de los hijos”.

También se han unido al debate de forma conjunta un grupo de organizaciones de mujeres –entre ellas la Asociación de Mujeres Juristas Themis, la Federación de Mujeres Progresistas o la Federación de Mujeres Separadas y Divor-

Comunidades que regulan la custodia compartida

► **Aragón.** Es el régimen preferente desde mayo de 2010 en el supuesto de ruptura conyugal.

► **Cataluña.** Se adopta la custodia compartida en 2010 al incorporar al Libro Segundo del Código Civil Catalán, en lo que se refiere a las personas, el concepto de coparentalidad, apoyando que ninguno de los cónyuges sea separado de sus hijos aunque sin instaurar como preferente este modelo de guarda.

► **Navarra.** En 2011 el Parlamento navarro aprueba la Ley foral que regula la custodia de los hijos en caso de separación, divorcio o nulidad matrimonial, aunque es un texto muy deficiente que no apuesta por la custodia compartida como régimen preferente.

► **Valencia.** Las Cortes valencianas dan luz verde a la Ley de Relaciones Familiares en 2011, dando preferencia a la custodia compartida en caso de ruptura conyugal.

► **Ceuta.** En 2010 la Ciudad Autónoma de Ceuta aprobó instar al gobierno central el establecimiento de la custodia compartida como un derecho de los hijos ante la falta de convivencia de sus progenitores.

ciadas— que han firmado un manifiesto en el que mantienen que “el acuerdo entre los cónyuges es la única fórmula para que la custodia compartida garantice el interés y los derechos del menor”, y no la decisión de un juez, medida que en definitiva no hace sino “judicializar las relaciones familiares”.

Yolanda Besteiro, de la Federación de Mujeres Progresistas, que se encuentra entre los firmantes de este manifiesto, asegura que su preocupación es “que se imponga con carácter automático sin tener en cuenta las circunstancias que concurren en cada caso, porque es contraproducente para los menores, que necesitan vivir esta situación en un clima de armonía, y que



En España se adoptará el concepto de *joint custody* implantado en Reino Unido, Francia, Alemania e Italia, que implica que ambos padres crían a sus hijos.

si hay desavenencias o disparidad de criterios no se propicia el ambiente más adecuado para su estabilidad”.

Defienden que la custodia de los hijos debe ser, a priori, y como norma general, compartida, desde la Asociación de Padres Separados, pero sin embargo rechazan la reforma por entender que obliga al juez a actuar según su criterio, y no atendiendo a los informes del fiscal o a los equipos psicológicos que evalúan cada caso en beneficio del menor. Creen que el esfuerzo legislativo debería pasar por fomentar la mediación familiar para evitar confrontaciones y permitir que los padres alcancen un acuerdo para evitar que el caso acabe en manos de un juez.

El Supremo, a favor. Sin embargo, pese a no contentar a buena parte de los sectores afectados, coincidiendo con el anuncio de la reforma emprendida por el Gobierno, el Tribunal Supremo ha dictado una sentencia en la que suscribe plenamente la filosofía que postula en ella el

El Supremo se ha pronunciado a favor de la custodia compartida en una sentencia, indicando que esta figura debe ser la regla general

Ministerio de Justicia. Así, se pronuncia a favor de esta medida asegurando en dicha sentencia que el punto de partida de la guarda y custodia compartida debe ser la regla general, con la excepción de aquellos supuestos en los que resulte perjudicial para el menor.

La justificación del Supremo es que la potestad conjunta permite al menor seguir relacionándose establemente con ambos progenitores, fijando así doctrina con una sentencia que revoca otra anterior recurrida en casación. En ella se denegó una guarda compartida alegando que es una solución excepcional y mostrándose contraria a este régimen considerando como problemas lo que el Supremo entiende son virtudes del régimen, como es el hecho de que exige un alto grado de dedicación por parte de ambos progenitores y disposición para su ejecución.

El Supremo advierte que esta medida debe solicitarla al menos uno de los cónyuges, y que para concederla, tras constatar que resulta conveniente para el menor —no debe haber indicios de violencia doméstica o de género, o procesamiento penal de uno de los cónyuges por estos motivos— primará por encima de los intereses de los propios progenitores, una decisión que deja en manos del juez independientemente de que haya acuerdo o no entre las partes. ●