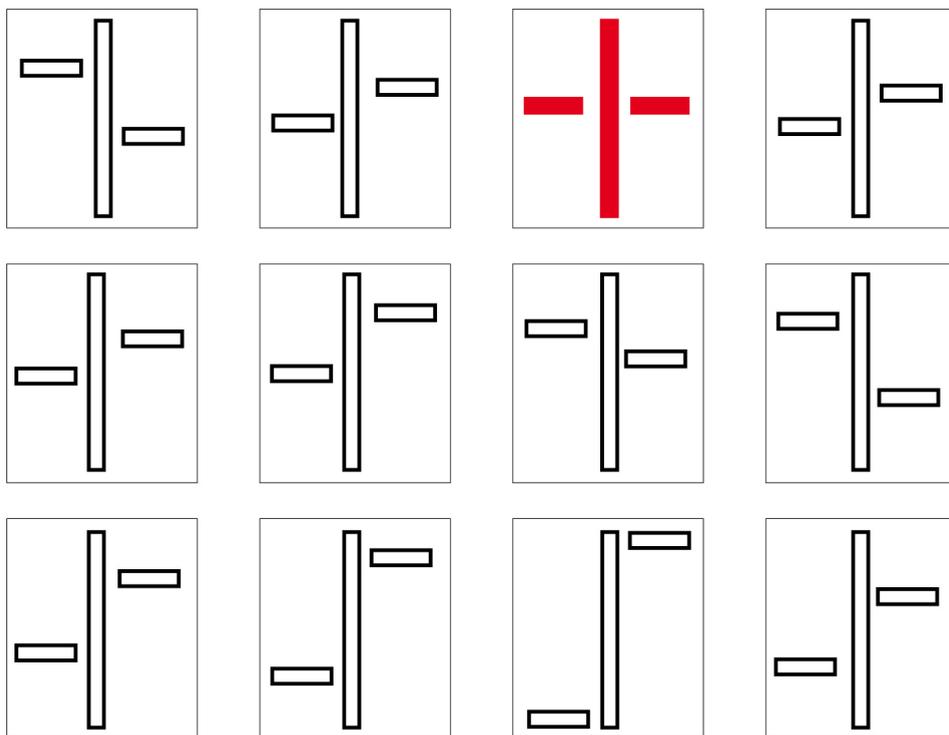


La guarda y custodia compartida (Una medida familiar igualitaria)

Aurelia María Romero Coloma



Colección Scientia Iuridica

COLECCIÓN SCIENTIA IURIDICA

TÍTULOS PUBLICADOS

- El resultado desproporcionado en medicina: problemática jurídica, teoría y práctica**, *Aurelia María Romero Coloma* (2007).
- Las aparcerías agrarias (su evolución hacia una relación laboral)**, *Jesús Palmou Lorenzo* (2007).
- Francisco Ayala (1927-1936): la ciencia política como ciencia de la realidad. La constitucionalización del Derecho social**, *Gabriel Guillén Kalle y Joaquín Almoquera Carreres* (2007).
- Los contratos en la Ley de Derecho Civil de Galicia**, *Domingo Bello Janeiro* (2008).
- El carácter distintivo de las marcas**, *Clara Ruipérez de Azcárate* (2008).
- La imparcialidad en la función pública**, *Rafael Gil Cremades* (2008).
- La intimidad privada: problemática jurídica**, *Aurelia María Romero Coloma* (2008).
- El estatuto jurídico de los padrastros. Nuevas perspectivas jurídicas**, *Silvia Tamayo Haya* (2009).
- El interrogatorio del imputado y la prueba de confesión**, *Aurelia María Romero Coloma* (2009).
- Breve introducción a las teorías criminológicas**, *Moisés Cayetano Rodríguez* (2009).
- Familia y discapacidad**, *Silvia Díaz Alabart (coordinadora)* (2010).
- Algunos aspectos de las garantías en la venta de bienes de consumo**, *M^a del Carmen Gómez Laplaza (coordinadora)* (2010).
- Incumplimientos del derecho de visitas y consecuencias jurídicas en el marco familiar**, *Aurelia María Romero Coloma* (2010).
- La guarda y custodia compartida (una medida familiar igualitaria)**, *Aurelia María Romero Coloma* (2011).

AURELIA MARÍA ROMERO COLOMA

Doctora en Derecho

Abogada de Familia. Miembro de la Asociación Española de Abogados de Familia

Profesora de Derecho de Familia y Sucesiones de la

Escuela de Práctica Jurídica de Jerez de la Frontera

**LA GUARDA Y CUSTODIA
COMPARTIDA
(UNA MEDIDA FAMILIAR IGUALITARIA)**



Madrid 2011

© Editorial Reus, S.A.
Fernández de los Ríos, 31 – 28015 Madrid
Tfno: (34) 91 521 36 19 – (34) 91 522 30 54
Fax: (34) 91 445 11 26
E-mail: reus@editorialreus.es
<http://www.editorialreus.es>

1.ª edición REUS, S.A. (2014)
ISBN: 978-84-290-1662-8
Depósito Legal: Z 2530-2011
Diseño de portada: María Lapor
Impreso en España
Printed in Spain

Imprime: Talleres Editoriales Cometa, S.A.
Ctra. Castellón, km 3,400 – 50013 Zaragoza

Ni Editorial Reus, ni los Directores de Colección de ésta, responden del contenido de los textos impresos, cuya originalidad garantizan los autores de los mismos. Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra sólo puede ser realizada con la autorización expresa de Editorial Reus, salvo excepción prevista por la ley. Fotocopiar o reproducir ilegalmente la presente obra es un delito castigado con cárcel en el vigente Código penal español.

A mi madre

PRIMERA PARTE
LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA:
CARACTERES GENERALES

INTRODUCCIÓN AL TEMA

la regulación de la guarda y custodia compartida fue introducida, en el marco de nuestra legislación jurídico-civil, en virtud de la ley 15/2005, de 8 de julio, y obedeció a la necesidad puesta de manifiesto en los Juzgados y Tribunales, ante el incremento de demandas en las que se solicitaba que la guarda y custodia de los hijos menores de edad no se atribuyera, de forma exclusiva, a uno de los progenitores —generalmente, a la madre—. Se trata, por tanto, de un modelo de guarda que ha sido permitido por nuestra legislación civil cuando los progenitores acuerdan este tipo de custodia en aras del mayor bienestar, beneficio e interés del hijo menor de edad, en armonía con el artículo 39.2, 3 y 4 de nuestra constitución, del que se desprende el deber de los poderes públicos por asegurar la protección integral de los hijos. Junto a ello, se prevé, asimismo, el deber de los progenitores de prestar asistencia a los hijos mientras éstos sean menores e incluso después, una vez alcanzada la mayoría de edad, en los casos en que legalmente proceda. De aquí deriva, igualmente, la previsión del artículo 110 de nuestro código civil, según el cual el padre y la madre tienen, como obligación derivada del hecho de la filiación —con independencia de que ésta sea matrimonial o extramatrimonial—, el deber de velar por los hijos menores y prestarles alimentos.

Una vez introducido el tema, voy a entrar a analizar qué supone la custodia compartida en nuestro país hoy en día y la problemática jurídica consiguiente.

ANTECEDENTES LEGISLATIVOS DE LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA

Voy a detenerme en el análisis del artículo 92.8° del código civil, en el que se establece la posibilidad de que el órgano judicial otorgue la custodia compartida a instancia de solo una de las partes, con el fundamento de que sólo de esta manera se protege adecuadamente el interés superior del hijo menor.

La introducción de esta párrafo se hizo en el Proyecto de ley remitido por el congreso al Senado, a raíz de la intervención crítica de la enmienda número 48 del Grupo Parlamentario Socialista, que fue aprobada.

En el Anteproyecto, es decir, en el Texto anterior, el Gobierno se planteaba la posibilidad de la guarda y custodia compartida convenida por los dos progenitores en un plano de igualdad con la que los Jueces pudieran imponer a petición de uno solo de los cónyuges. Por lo tanto, no se hacía referencia al término «excepcional» y no se obligaba al órgano judicial a entender ésta como la única opción para que se protegiera adecuadamente el interés del menor. Su redacción era bastante simple: «los padres podrán acordar o, en su caso, el Juez podrá decidir que la guarda de los hijos sea ejercida por uno solo de ellos o conjuntamente».

Esta regla fue modificada, extendiendo la redacción del precepto para proponer diferentes garantías que limitaran los casos posibles de custodia compartida, especialmente teniendo en cuenta la línea de opinión —orientativa— seguida de manera generalizada por la doctrina y

la jurisprudencia españolas. De este modo, se introdujo lo siguiente: «En la propuesta de convenio regulador o a instancia de uno de los padres, podrá solicitarse que el juez, previo informe del Ministerio Fiscal, decida en interés exclusivo de los hijos, valorando la relación que los padres mantengan entre sí, tras oír a los mayores de doce años y, si lo considera preciso, a los menores que no tengan suficiente juicio, que la guarda de éstos sea ejercida por uno de ellos o conjuntamente».

La propuesta gubernamental sufrió una serie de críticas en el trámite parlamentario del congreso y del Senado. La Diputada Fernández Dávila, del Grupo Parlamentario Mixto, en la enmienda número 32, entendió que sólo era posible la custodia compartida si había acuerdo entre ambos cónyuges, basado en que difícilmente habría consenso en la educación y formación cuando ni siquiera la pedían ambos progenitores.

Esta crítica, desde luego, era acertada y estimo que tenía sus razones: si los progenitores no se ponen de acuerdo en otras materias relativas al hijo o hijos, mal van a estar de acuerdo en solicitar la custodia compartida.

Por su parte, y con idéntico sentido, se manifestó también el Grupo Parlamentario Vasco (EAJ-PNV), en su enmienda número 40, al entender que sólo era posible la guarda y custodia compartida si se convenía por ambos cónyuges, y nunca por imposición del Juzgado.

Ésta fue también la posición del Grupo Parlamentario Popular, en la enmienda número 81 en el congreso, y número 26 en el Senado, introduciendo la necesidad de un Plan de responsabilidad Parental, que incluía acuerdos sobre la residencia del menor, la vivienda y la pensión alimenticia, entre otros puntos, intentando comprobar cuál es la situación que más favorece al menor, a su protección y a su bienestar.

La redacción de la norma definitiva quedó fijada en el texto remitido al Senado. Por su parte, las Asociaciones de Feministas remitieron una carta al Presidente del Gobierno, ya que éste había prometido reconsiderar su postura. Pero el Grupo Socialista, en el Senado, no consideró ninguna reforma en dicho párrafo, por lo que el texto pasó a ser aprobado, aunque con la oposición del Grupo Popular.

Hay que tener en cuenta que, como ha puesto de relieve Joaquín María Rivera Álvarez (1), la discusión se generalizó e intervinieron no

sólo los partidos políticos, sino también las asociaciones de padres y madres separados y/o divorciados, colectivos feministas y de juristas.

Desde el principio, se criticó extensamente el Ante proyecto, produciéndose una cierta confrontación entre asociaciones de padres de familia separados y las asociaciones de mujeres. Algunos sectores apoyaban la posibilidad de establecer en los términos más extensos la guarda y custodia compartida, como medio de modificar la tendencia, entendida como generalizada, de los Juzgados y Tribunales, de concentrar la guarda y custodia exclusivamente en la madre, tendencia que, como es sabido, se funda en la idea, y es producto, de que, en la mayoría de los procesos, los progenitores no discuten que la mujer tenga que permanecer con los hijos. Existen estudios en este sentido, como el de M. Deben Alfonso, que estimó que esta tendencia se observaba en el 90% de los casos o procedimientos consensuados. Por su parte, Rogel Vide, en el año 2005, recogía opiniones que referían que, en las rupturas sin acuerdo, sólo el 22% de los progenitores pedían la custodia y sólo el 1% la deseaban —y solicitaban— compartida (2).

Se hacía hincapié, asimismo, en las contradicciones del Partido Socialista obrero español, en el sentido de la manipulación que se había hecho de la opinión pública, al dar a conocer que la nueva legislación, en sede de separaciones y/o divorcios, establecería, como norma general, el principio de la custodia compartida, para, finalmente, limitar esta medida a los supuestos en los que existe mutuo acuerdo y además ha de ser ratificada por el órgano judicial. Es decir, no es una medida que quede a la voluntad de los progenitores, sino que será el Juzgado el que estime si es acorde, en cualquier caso, con el principio del interés o beneficio del hijo menor de edad. A mi juicio, estamos ante un supuesto, más, entre los muchísimos que existen, de judicialización de las relaciones familiares y paternofiliales.

El colectivo de mujeres y las asociaciones de juristas, no obstante, al principio no fueron partidarias, en general, de la medida de guarda y custodia compartida, pero esa postura fue modificada hasta la actual, que pretende que no sea factible la custodia compartida cuando no haya acuerdo entre los cónyuges. O, en otros términos, se vuelve al punto de partida, en cuanto se entiende que esta medida sólo ha de depender de la voluntad de los progenitores, pero, como vemos, en nuestro país, hasta el día de hoy, el órgano decisor es el judicial y a éste hay que remitirse.

Como ha expresado Campuzano Tomé (3), la formación legal de un régimen de guarda y custodia compartida basada en las posiciones sociales, o en sus construcciones, derivadas de la realidad, tiene el gran inconveniente de que en Derecho de Familia no existen dos casos iguales y las medidas que, en una situación, se pueden presentar como beneficiosas para el hijo menor, en otras, en cambio, pueden constituirse en generadoras de resultados gravemente perjudiciales. De otro lado, como ha apuntado Joaquín María Rivera Álvarez (4), la situación de cambio social en donde se produce, poco a poco, un estado de corresponsabilidad, o incluso de concentración, en el progenitor masculino de la responsabilidad parental, mediante las medidas correctoras de conciliación de la vida familiar y las que se están tomando para conseguir la efectiva igualdad de la mujer —y de su papel en la sociedad—, hacen ver que la pugna social y política de las asociaciones pueda resultar, en el futuro, contraproducente.

La limitación o exclusión de la posibilidad de guarda y custodia compartida suponía hacer una norma que reforzara el papel de los progenitores en la custodia de los hijos en situaciones de crisis matrimonial. Este refuerzo determinó que se siguiera concentrando en la mujer la responsabilidad parental. Este mismo argumento sirvió de base para gestar una reforma legal en el país vecino, Francia, en el año 2001-2002, que modificó el Código Civil y que fue llevada a cabo y encauzada por la entonces Ministra de Familia, Segolene Royal, que previó la custodia alterna, si bien con la obligación de los padres de presentar un Plan de corresponsabilidad —coparentalidad— que los órganos judiciales pueden aprobar o rechazar, en otro caso.

Es curioso constatar que, en los Tribunales, se dan ya situaciones en las que es la propia mujer la que solicita la guarda y custodia compartida. Por lo general, se trata de un tipo de mujer que, previamente, durante la separación legal o de hecho anterior, ha sufrido la concentración de la custodia de sus hijos en el otro progenitor, es decir, en el esposo. Lógicamente, esta situación es aún puntual y poco ejemplificativa, pero conviene detenerse un instante en su reflexión.

Un sector doctrinal, en nuestro país, ha puesto de manifiesto que quizás la reforma legal ayude a cambiar, a medio o corto plazo, muchas ideas obsoletas respecto del papel de los hijos, de sus progenitores y de las relaciones entre ellos. Pero es de desear que la puesta en práctica se

haga con criterios racionales, que se trabaje para fomentar la coparentalidad, la responsabilidad y el mutuo acuerdo.

Evidentemente, la situación en la que es posible la solicitud de custodia compartida debe ser valorada por el órgano judicial, y ello a partir de una serie de circunstancias concretas —yo diría que todos los supuestos son distintos y que haya que estudiarlos y analizarlos caso por caso, sin ceder a la tentación de las generalizaciones—, no conviniendo una determinación de esta medida, de forma estricta, por el legislador. Ya Campuzano Tomé afirmaba que de lo que se trataba era de conseguir que la ley arbitrara un marco lo suficientemente amplio y flexible como para dar cabida en él a todas las posibles opciones de guarda y custodia, y aplicarlas a cada caso concreto (5). Es decir, no en abstracto, o como idea global, sino concretando en función de las circunstancias de cada caso, de cada supuesto que se plantea en los Juzgados

Es oportuno citar la postura que mantuvo, en el Grupo Parlamentario Mixto, la diputada Fernández Dávila, que, en la enmienda número 32, pidió la introducción del siguiente párrafo: «Para el otorgamiento de la guarda y custodia compartida, el Juez valorará la edad de los hijos, el lugar de residencia de los progenitores, la disponibilidad de un domicilio adecuado por ambos progenitores para el cuidado de los hijos e hijas, el horario laboral de los progenitores, así como otras circunstancias relevantes que posibiliten la custodia compartida sin graves quebrantos en la vida cotidiana de los hijos e hijas».

Con ello, se pretendía no sólo una valoración amplia por los Juzgados, sino que, además, ésta se condicionara a varios aspectos y a una reflexión sobre esos aspectos de la vida del hijo menor de edad, siempre a la búsqueda de su mayor beneficio, interés y bienestar.

En general, se estimaba que la medida de guarda y custodia compartida podía dar satisfacción más adecuada al interés del menor, o, al menos, una satisfacción más adecuada que otras posibilidades. Tengamos en cuenta que los hijos, salvo circunstancias excepcionales concurrentes, desean convivir con su padre y con su madre. Cuando esto es imposible debido a una crisis matrimonial —y posterior separación o divorcio de los cónyuges—, es cuando hay que plantear el tema de la guarda y custodia compartida, a al solo efecto de velar porque el hijo sufra lo menos posible ante estas situaciones que ellos, en la mayoría de los casos, si son pequeños, no comprenden.

Junto a ello, hay que contemplar una serie de situaciones, algunas de gran complejidad: las viviendas de los progenitores en el mismo edificio, o en edificios cercanos, así como en la misma ciudad, o en igual sentido, en ciudades muy cercanas una de otra, al objeto de evitar la confusión que suele producirse en los menores cuando son desplazados periódicamente de un domicilio a otro; la situación económica de los progenitores; la adecuación de la medida a la situación socio laboral de los padres, así como las necesidades afectivas y educacionales —así como formativas— del menor. Todo ello hay que conjuntarlo y armonizarlo con una cierta uniformidad de criterios —o, al menos, semejanza— respecto a la forma de vida, y la educación, que ha de tener el hijo, tanto desde una perspectiva personal y social, exigiendo todo ello la actuación coordinada de los progenitores, que se pongan de acuerdo sobre esos aspectos y que no haya discusiones o polémicas importantes sobre todos estos temas. En definitiva, que exista, a pesar de la crisis matrimonial, una relativa armonía entre los progenitores. Sólo en estos supuestos la medida de guarda y custodia compartida se vislumbra como la solución más beneficiosa para el hijo (o hijos).

En general, se ha de partir del hecho de que ambos progenitores sean individualmente adecuados para el ejercicio de la guarda y custodia. Junto a ello, se contemplan diversas cuestiones de gran interés e importancia, como, por ejemplo, la vivienda de los progenitores en el mismo edificio, lo cual evita, en buena medida, la modificación del entorno del hijo menor de edad, y el peregrinaje al que, en muchas ocasiones, se ve sometido debido a la distancia entre las viviendas de uno y otro progenitor.

Otro de los hechos que hay que tener en cuenta, a la hora de otorgar la guarda y custodia compartida, es la situación económica de los progenitores, tal como hizo la Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón, de 14 de octubre de 2003, cuya fundamentación se une a que ambos progenitores ajustaron su horario para estar con su hija el mayor tiempo posible: «la situación de la menor en relación con su madre y su padre se muestra tan similar, que en realidad tanto uno como otra merecerán ostentar la guarda y custodia, sin encontrar razón para desequilibrar tal merecimiento sin tener la sensación el Tribunal de afectar al derecho de igualdad del que resultare, en su eventual albur, perjudicado con las simples visitas con su hija».

Hay que subrayar, por lo que respecta a esta última Sentencia citada, que a cada progenitor correspondía una vivienda en Benicarló, viviendas perfectamente acomodadas a las necesidades escolares de la niña —con una habitación para ella, un ordenador, etc.—, y los progenitores habían sabido ajustar su horario laboral a su contacto con la pequeña. Es decir, de algún modo, habían dado preferencia, por encima de las cuestiones laborales y profesionales, a las estancias, con carácter permanente, con la hija. Es éste un hecho, un factor, que, sin lugar a dudas, hay que alabar y que, desde luego, merece toda clase de elogios.

Para otorgar la custodia compartida, el legislador español ha pensado, desde el primer momento de su constitución como medida, en una cierta uniformidad de criterios, o, al menos, semejanza, respecto a la forma de vida que el hijo menor ha de tener, tanto desde una perspectiva personal, como social, y también afectiva y emocional, y desde el punto de vista educativo y formacional, junto con una actuación coordinada de los progenitores (o adoptantes, en otro caso). En este orden de cosas, hay que entender que esta medida es la más beneficiosa para los menores y se decanta como la solución que respeta, con mayor escrupulosidad el bienestar de éstos, ya que hay que entender que un hijo quiere estar tanto con su madre como con su padre y no sólo esto, sino que, además, debe de estar con ambos progenitores, porque ello es beneficioso para su desenvolvimiento personal y social, para su crecimiento como persona, fomentando, así, el libre desarrollo de su carácter, de su personalidad, y favoreciendo el marco adecuado para su dignidad. Hay que volver, en este sentido, al contenido del artículo 10 de nuestra constitución, ya que este precepto es esencial a la hora de comprender y valorar muchas de las situaciones que, en el seno familiar, puedan producirse.

Por lo que respecta a la problemática que genera la audiencia del hijo menor en los procesos matrimoniales en los que se debate sobre la medida de guarda y custodia compartida, hay que resaltar que, desde el punto de vista legislativo, hubo una enmienda de la diputada Lasagabaster Olazagal, del Grupo Parlamentario Mixto, que entendía que debía restringirse esta posibilidad, en los siguientes términos: «... esta exploración debe reservarse para los casos en que exista una necesidad real de conocer su testimonio por existir un acuerdo entre los cónyuges que claramente se aprecia que puede perjudicar al menor, resulte extravagante o se disponga de información que justifique tal intervención».

Esta postura no me parece la más plausible, fundamentalmente porque es vaga, indeterminada, y no es evidente la alusión a ninguna situación en concreto.

El Grupo Parlamentario Catalán (CIU), en la enmienda n° 64, expresó lo siguiente: «La intervención de unos niños en un proceso judicial, con todo lo que ello significa, máxime cuando se trata de un enfrentamiento entre sus padres, supone para ello una importante agresión. Naturalmente puede ser necesaria esta audiencia cuando hay un desacuerdo entre los padres respecto del ejercicio de la patria potestad sobre ellos o sobre su cuidado o guarda. También en los supuestos en los que los padres pueden presentar al Juez un convenio en que sobre esta materia se adopten pactos extravagantes o, en principio, perjudiciales para los menores, puede ser conveniente la audiencia de los mismos. Pero en todos aquellos casos en los que los padres convengan medidas razonables o en los que exista un informe del equipo psico-social del juzgado, no debe exigirse la audiencia de los hijos. Precisamente en muchos casos se llega a un acuerdo para que los menores no se vean implicados y es paradójico que, en todos los casos, sin excepción, la ley prevea la audiencia imperativa de los mayores de doce años».

ÍNDICE

PRIMERA PARTE: LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA: CARACTERES GENERALES	7
INTRODUCCIÓN AL TEMA.....	9
ANTECEDENTES LEGISLATIVOS DE LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA.....	11
LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA: ANÁLISIS Y PROBLEMÁ- TICA	19
NOTAS BIBLIOGRÁFICAS.....	39
SEGUNDA PARTE: LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA: DOCTRINA JURISPRUDENCIAL Y PROBLEMÁTICA JURÍ- DICA.....	41
INTRODUCCIÓN AL TEMA.....	43
LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA: CONCEPTO Y MODIFI- CACIÓN DE ESTA MEDIDA	45
EL DERECHO DEL HIJO MENOR A SER OÍDO	49
NECESIDAD DE LA INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO FISCAL EN LAS EXPLORACIONES DE LOS HIJOS MENORES DE EDAD EN EL MARCO DEL PROCESO MATRIMONIAL).....	61
LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA NO SOLICITADA POR LOS PROGENITORES	69
LA DENEGACIÓN DEL RÉGIMEN DE GUARDA Y CUSTODIA COM- PARTIDA	73

EL OTORGAMIENTO DEL RÉGIMEN DE GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA: ANÁLISIS DE LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL ESPAÑOLA	87
EL INFORME PSICOSOCIAL EN RELACIÓN CON LA MEDIDA DE GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA	101
PROBLEMÁTICA DE LA DENEGACIÓN DE LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA SOLICITADA POR AMBOS PROGENITORES EN CONVENIO REGULADOR.....	109
REFERENCIA A LA INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 92.8 DEL CÓDIGO CIVIL.....	123
DOCTRINA JURISPRUDENCIAL ESPAÑOLA SOBRE LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA.....	127
LA PENSIÓN ALIMENTICIA Y LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA	139
REFLEXIONES SOBRE LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA EN LOS PROCESOS CONTENCIOSOS: PROBLEMÁTICA JURÍDICA.....	145
RAZONES PARA LA DENEGACIÓN DE LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA.....	157
LA CUSTODIA COMPARTIDA Y LOS MODELOS TEMPORALES.....	163
RÉGIMEN DE VISITAS Y CUSTODIA COMPARTIDA.....	167
LA APLICACIÓN DE LA CUSTODIA COMPARTIDA A LA FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL.....	173
LA CUSTODIA COMPARTIDA COMO RÉGIMEN QUE NO BENEFICIA A LOS HIJOS.....	175
CUSTODIA COMPARTIDA Y VIVIENDA FAMILIAR.....	181
RECAPITULACIÓN FINAL.....	185
REFLEXIONES FINALES SOBRE LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA	189
NOTAS BIBLIOGRÁFICAS	193

