

# CUSTODIA COMPARTIDA: HACIA LA IGUALDAD EN LA RESPONSABILIDAD DE LOS PADRES

**A**nualmente se rompen en España algo más de cien mil matrimonios. En la mayoría de los casos, no es sólo un asunto de dos, porque, además, hay hijos menores de edad, lo que siempre complica cualquier proceso de separación, ya que ellos suelen sufrir especialmente esta dramática situación. La decisión final sobre su destino depende en España de la comunidad autónoma en la que reside la pareja —las comunidades con derecho civil propio pueden regular este asunto—, ya que, por ejemplo, en Cataluña y Aragón, tras diferentes modificaciones legales, se puede solicitar la custodia compartida, una opción que permite que el padre y la madre se ocupen conjuntamente de los hijos, en función del tiempo y los recursos de cada uno. La Comunidad Valenciana y Navarra también podrían aprobar en breve leyes para primar esta opción sobre la de otorgar la custodia a uno solo de los progenitores —en la mayoría de los casos, la madre.

En el resto de comunidades es difícil obtener la custodia compartida, aunque la tendencia es a que se termine generalizando. De hecho, el Pleno del Senado aprobó el 21 de julio de 2010 una moción por la que se insta al Gobierno a que realice las modificaciones legales necesarias para que la custodia compartida de los hijos sea considerada como “modelo preferente” en los procesos de separación o divorcio. Como consecuencia, se constituyó una comisión para estudiar la manera de reformar la ley, que tiene previsto presentar sus conclusiones a principios del próximo año.

El Código Civil solo contempla en su

artículo 92.8 la custodia compartida en casos excepcionales, siempre y cuando se cuente con el informe favorable del fiscal, y cuando los padres no se pongan de acuerdo. Esta particularidad de necesitar la decisión del fiscal para resolver en este sentido, es algo que no ocurre con ninguna otra ley, y está pendiente, desde hace más de cuatro años, de un recurso de inconstitucionalidad en el TC aún no resuelto.

¿Custodia compartida, custodia conjunta, guarda conjunta, custodia “repartida”? La nueva figura implica, además de un cambio de lenguaje, un cambio de mentalidad y de actitud de la sociedad, que supone que la ruptura de una pareja comporta de igual forma la toma conjunta de decisiones de la vida de los hijos. De esta manera, se elimina el concepto de régimen de visitas y se inicia un camino hacia la guarda conjunta, que no significa, obligatoriamente, el reparto conjunto del tiempo entre ambos progenitores, sino que ninguno de ellos puede y debe adoptar decisiones unilaterales en relación con los hijos. El porcentaje del tiempo que estarán con uno o con otro, no necesariamente será igual, dependerá de cada caso, pero sí habrá necesariamente una igualdad en la toma de decisiones: igualdad en responsabilidades, deberes y derechos hacia los hijos comunes. Es una forma de plasmar por escrito esta bilateralidad en el cuidado de los hijos, bajo el concepto de igualdad.

## DIVISIÓN DE OPINIONES

Las opiniones sobre la custodia compartida están divididas. Los defensores de esta vía alegan que los niños no tienen por qué

divorciarse de ninguno de sus progenitores, ni estar obligados a vivir con uno de ellos y ver al otro en ocasiones puntuales, lo que limita el contacto y es caldo de cultivo para el denominado “síndrome de alienación parental”. Sus detractores, en cambio, señalan que la medida puede aumentar la conflictividad entre los padres y desorientar a los niños, obligados a vivir en dos domicilios distintos en diferentes temporadas.

En distintos países se ha optado por vías alternativas a conceder la custodia a uno solo de los progenitores, con diferentes criterios. En Canadá, por ejemplo, llaman custodia conjunta al reparto hasta el 40% del tiempo de convivencia, mientras que en Estados Unidos se llega a afirmar que con hasta un 29% del tiempo, ya se puede hablar de custodia conjunta.

En este informe se expone la situación en las dos comunidades autónomas donde se han modificado las leyes en este sentido: Cataluña, donde se establece un nuevo concepto, que la UE contempla también y muchas legislaciones europeas: el término responsabilidad parental, que podría incluir tanto la titularidad como el ejercicio de lo que hoy entendemos como patria potestad en el Código Civil, mientras que la guarda la podríamos asimilar a la convivencia; y Aragón, que prevé que ante la ruptura de convivencia de los padres, en defecto de acuerdo, el Juez adoptará de manera preferente la custodia compartida de los hijos, y toda decisión o resolución que se adopte sobre hijos menores de edad se hará en atención al beneficio e interés de los mismos. •



## ELENA LAUROBA LACASA

Directora general de Derecho y Entidades Jurídicas del Departamento de Justicia de la Generalitat de Cataluña

# CATALUÑA: GUARDA CONJUNTA POR EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR

**T**ras casi diez años de trabajo, el Parlamento de Cataluña aprobó el pasado 14 de julio la Ley 25/2010, de 29 de julio, del Libro II del Código civil catalán relativo a la persona y la familia.

Probablemente la novedad más publicitada ha sido la apuesta por el régimen de guarda conjunta -término preferido al de custodia compartida-. Como detalla el Preámbulo, se abandona el principio general según el cual la ruptura entre los progenitores significa automáticamente que los hijos deben apartarse de uno para encomendarlos individualmente al otro y se introduce como norma que la nulidad, el divorcio o la separación no alteran sus responsabilidades sobre los hijos. Se ha querido superar la dinámica “vencedores-vencidos”, y erradicar conceptos como “visitas”, que crea progenitores de segunda.

Si los padres no logran ponerse de acuerdo sobre cómo ejercitar esas responsabilidades compartidas, el juez fija el régimen ateniéndose a dicho carácter conjunto y al interés superior del menor -que aquí se traduce en su derecho a mantener relación cotidiana con ambos progenitores- aunque puede disponer que la guarda se ejerza individualmente si lo estima lo más conveniente para el interés del hijo. Para determinar el régimen de ejercicio, el juez dispone de unos criterios que debe ponderar conjuntamente:

- a) La vinculación afectiva entre los hijos y cada progenitor, así como las relaciones con las demás personas que conviven en los respectivos hogares.
- b) la aptitud de los progenitores para garantizar el bienestar de los hijos y la posibilidad de procurarles un entorno adecuado, de acuerdo con su edad.
- c) la actitud de cada progenitor para cooperar con el otro a fin de asegurar la máxima estabilidad a los hijos.
- d) el tiempo que cada progenitor había dedicado a la atención de los hijos antes de la ruptura y las tareas que efectivamente ejercía para procurarles el bienestar.
- e) la opinión de los hijos.
- f) los acuerdos en previsión de la ruptura.
- g) la situación de los domicilios de los progenitores, y los horarios y actividades de unos y otros.

Para facilitar los acuerdos, se regulan

dos instrumentos: el Plan de Parentalidad, que establece una regulación minuciosa del modo de ejercicio de la guarda y la mediación -una apuesta de Cataluña, desde la ley de mediación familiar del 2001, renovada con la ley 15/2009, de 22 de julio, de mediación en el ámbito del derecho privado.

Por último, se deslindan con claridad la forma de ejercer la guarda y el contenido de la obligación de alimentos hacia los hijos comunes, aunque para fijar dicha obligación se debe ponderar el tiempo de permanencia de éstos con cada progenitor y los gastos que se asumen directamente.

En definitiva, el legislador catalán opta de manera preferente, pero no discriminada, por la guarda conjunta, entendida como un régimen que beneficia de manera prioritaria a los menores y, por tanto, también a los progenitores. •





**ALTAMIRA GONZALO VALGAÑÓN**  
Abogada

## ARAGÓN: PREVALECEN LOS DERECHOS DE LOS PADRES SOBRE LOS DE LOS HIJOS

**C**omo abogada dedicada desde hace años al Derecho de Familia, me sorprende el hecho de que se esté acuñando un término, como es el de custodia compartida para las situaciones de ruptura de la pareja, que es en sí mismo una contradicción: cuando se deja de convivir no se puede compartir, se podrá repartir, pero no compartir. Así, acordamos o pedimos repartir los tiempos de uso de un vehículo, el tiempo de uso de un apartamento en la montaña y acordamos o pedimos igualmente repartir los tiempos de estancia de los hijos e hijas con la madre y con el padre. Por eso soy más partidaria de hablar de la custodia repartida.

La guarda y custodia y la llamada custodia compartida se enmarcan en la patria potestad, que según el Art. 154 del Código Civil, debe ejercerse siempre en beneficio de los hijos e hijas, de acuerdo con su personalidad y comprende un conjunto de derechos y deberes de padre y madre de contenido personal y patrimonial.

La Jurisprudencia ha venido a completar la indefinición de la patria potestad, considerándola más como una función con un contenido social, que debe ser realizada siempre en interés de las y los menores, que como un derecho de las y los titulares, como señaló la STS de fecha 11 de octubre de 1991 y la STS de fecha 24 de Abril de 2000, entre otras muchas.

En los supuestos de no convivencia entre padres y madres y su descendencia, el reparto de las funciones-deber entre ambos progenitores se ha denominado

Estamos ante una ley que regula las consecuencias de la ruptura en las parejas en las que haya hijos a cargo, y si algo la caracteriza es que hace prevalecer los derechos de los padres a ser tratados igualitariamente frente a la defensa de los intereses de los menores

tanto normativa como socialmente “guarda y custodia”, que tampoco ha sido definida en la ley y su articulación también es escasa, habiendo sido la jurisprudencia la que ha puesto las pautas para su contenido, otorgamiento y ejercicio.

El artículo 92.8 del Código Civil, en la redacción dada por la reforma efectuada mediante la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de Separación y Divorcio, introdujo de forma expresa la figura de la “**custodia compartida**”, siendo de destacar, que no estaba prohibida por el ordenamiento jurídico y que la jurisprudencia ya había considerado esta opción, si bien en casos excepcionales.

El trabajo de la Asociación de Mujeres Juristas Themis titulado: “*Estudio de Derecho Comparado sobre la regulación de la Custodia Compartida*”, realizado en el año 2007, pone de manifiesto que la custodia compartida, tal y como se contiene en el Art. 92.8 del C.C., solo está prevista legalmente en cinco países, seis con España, de los 27 de la Unión Europea, que son: Francia, Italia, Bélgica, Inglaterra y la República Checa. El estudio constata que en muchos países no se establece la diferenciación que existe en nuestro ordenamiento jurídico entre patria potestad y custodia, de tal forma que en sus legislaciones el progenitor custodio es el que asume en exclusiva la responsabilidad sobre el o la menor y quien tiene la facultad de decidir cualquier aspecto de la vida del hijo, excluyendo al otro progenitor. Es decir, nuestra patria potestad es su custodia. El término custodia compartida deriva de la traducción literal del término anglosajón “*joint custody*”, cuando, utilizando nuestra terminología, debería entenderse referida a la patria potestad y no a la guarda y custodia. De manera que, cuando se dice que en Europa está generalizada la guarda y custodia compartida, como nosotros la entendemos, no se está diciendo la verdad.

En los últimos treinta años se ha conseguido reducir de manera importante la desigualdad existente entre mujeres y hombres; sobre todo, las mujeres hemos salido del ámbito privado para incorporarnos a lo público, allí hasta donde nos ha sido permitido, porque aún existen techos de cristal.

¿Qué ha ocurrido con los hombres en estos años? Que, si bien es cierto que la situación va cambiando paulatinamente, tienen en general pendiente el reto de incorporarse a lo privado. No existe la corresponsabilidad en la familia. Las mujeres y los hombres tenemos problemas para conciliar el trabajo con la vida personal y familiar, pero, cuando esos problemas son insolubles, se rompen por el lado más débil, por el de la mujer. Todavía hoy *“el 45% de los españoles considera que debe ser la mujer la que trabaje menos si es necesario que uno de los miembros de la pareja recorte la jornada para ocuparse de la casa y de la familia”*, según la “Vanguar-

dia” del 15-10-10. Por esta razón el 75% de los contratos de trabajo a tiempo parcial son desempeñados por mujeres, lo que significa menos ingresos, peor carrera que los varones y menos independencia económica y personal.

Otra prueba evidente de esa mayor dedicación de las mujeres al cuidado de la familia durante la convivencia en detrimento de su trabajo son las cifras del Ministerio de Trabajo de excedencias por cuidado de hijos e hijas: en el año 2009, de las 39.244 excedencias que se obtuvieron, 37.083 fueron solicitadas por mujeres, es decir, el 94,5%.

Quiero con los breves apuntes anteriores, poner de manifiesto que durante la

convivencia de la familia, la dedicación de mujer y hombre al cuidado de la prole no es igual, si bien quiero dejar claro que esa desigualdad debe desaparecer y que es una reivindicación pendiente, pero que me parece más gravosa la desigualdad que afecta al 75% de las parejas, que son las que no se separan, que la que afecta al 25% de las parejas, que son las que van a terminar divorciadas.

Debemos defender la igualdad entre mujeres y hombres antes y después de la ruptura familiar, pero considero que no es posible, por inconveniente para los hijos, esa igualdad salomónica post ruptura si no la ha habido anteriormente. Con los hijos



Que los derechos de cada uno  
nunca estén en peligro,  
es de justicia.

5.000 hombres y mujeres, jueces y magistrados, trabajan cada día para salvaguardar los grandes valores de nuestra democracia: la justicia, la libertad y la igualdad.

Ellos solucionan los problemas y conflictos, haciendo posible la convivencia entre todos los ciudadanos.



CONSEJO GENERAL  
DEL PODER JUDICIAL





no se debe experimentar y no es un problema de actitudes personales para el cuidado, pues teóricamente casi todo el mundo las tenemos, sino que es un problema de aptitudes y estas se demuestran con lo hecho en el pasado y no con promesas de futuro, que pueden o no cumplirse.

Como abogados y abogadas hemos asistido y asesorado a muchas parejas que han convivido bajo criterios de igualdad y que, en el momento de la ruptura, han acordado bajo esos mismos criterios de igualdad el cuidado, la educación y la responsabilidad sobre sus hijos. Esto ha sido así desde mucho antes de la reforma del Código Civil del año 2005. Desgraciadamente, esas familias no son la mayoría, como lo prueban las cifras de excedencias anuales por cuidado de hijos, por ejemplo, si bien creo que estamos en el camino acertado para conseguirlo, aunque la crisis económica no nos ayude y sea un inconveniente grave para el reparto equitativo del cuidado de la prole. Así, por ejemplo, se ha postergado la ampliación a treinta días del permiso de paternidad prevista para el año 2011 en la Ley de Igualdad antes mencionada.

En el momento de la ruptura familiar todos los intervinientes, pero fundamentalmente los progenitores, deben pensar y actuar en atención al bienestar de sus hijos e hijas.

Es verdad que la ruptura de la pareja es un momento traumático en la vida de

una persona y que hace falta ser muy generoso y generosa para pensar y decidir exclusivamente lo que sea mejor para los hijos. Algunos son capaces de hacerlo y así lo acuerdan, pero no debemos perder de vista que menos del 10% de los convenios de divorcio contemplan la custodia compartida de los hijos. Si la mayoría conviene que la guarda y custodia debe ser atribuida a uno de los progenitores, generalmente la madre ¿qué sentido tiene que el Juez deba acordar preferentemente la guarda y custodia compartida? Mal pronóstico tienen esas resoluciones.

#### LOS CAMBIOS LEGISLATIVOS EN ARAGÓN

Creo que el único criterio que debe tenerse en consideración a la hora de resolver sobre la guarda y custodia de los hijos es su bienestar y beneficio. En cada caso y en atención a la historia de cada familia, se deberá resolver lo que sea más conveniente para los menores. Por eso considero una grave equivocación cómo se ha legislado en Aragón, al prever el Art.6.2 de la Ley 2/2010 de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres, que, en defecto de acuerdo, el Juez adoptará de manera preferente la custodia compartida de los hijos. Claro que el Art. 2.2 de la misma Ley prevé que toda decisión o resolución que se adopte sobre hijos menores de edad se hará **“en atención al beneficio e inte-**

**rés de los mismos”**. Por ello, en adelante, como ha ocurrido hasta la fecha, el Juez deberá, en caso de desacuerdo, averiguar en cada familia concreta qué es más beneficioso en orden a la guarda y custodia de los menores.

La Ley 2/2010 no era, a mi modesto entender, necesaria, pues la posibilidad de acordar la custodia compartida cuando no hay acuerdo de los progenitores, ya está prevista en el Art. 92.8 del Código Civil. Esta Ley de Aragón introduce la inequidad entre los españoles, porque no hay razón de peso para que en esta materia a los aragoneses se les aplique una ley y a los riojanos otra diferente. En Cataluña se han dotado de otra ley al respecto mucho más meditada y ponderada.

La Ley de Aragón incurre, a mi parecer, en inconstitucionalidad, porque fundamentalmente modifica el Código Civil, artículos 92, 96 y 97, sin que en principio se tenga competencia para ello a tenor del artículo 149.1.8 de la Constitución Española y artículo 71 del Estatuto de Autonomía. Regula la atribución del derecho de uso del domicilio familiar, desvinculándolo de la custodia de los hijos, en contraposición con lo dispuesto en el Art. 96 del Código Civil y modifica igualmente para Aragón el Art. 97 del mismo Código, pasando a llamar asignación compensatoria a la pensión compensatoria y no reconociendo -de un brochazo y sin mayor razón- la pensión compensatoria en aquellos supuestos en los que no hay descendencia.

En definitiva, estamos ante una ley que regula las consecuencias de la ruptura en todas las parejas en las que haya hijos a cargo. Y es una ley que si algo la caracteriza es que hace prevalecer los derechos de los padres a ser tratados igualitariamente, salomónicamente, frente a la defensa de los intereses de los hijos e hijas menores de edad. Por eso decimos que es una ley hecha a espaldas de los intereses de los hijos y que su título es una utopía, porque mujeres y hombres somos iguales solo en el papel, porque como las cifras expuestas prueban, del dicho al hecho hay mucho trecho. •

# Club Banesto Justicia



*El club exclusivo para profesionales de la justicia*

En cualquier oficina Banesto.

Estaremos encantados de presentarte nuestra amplia gama de productos exclusivos para los profesionales de la Justicia.

[www.banesto.es](http://www.banesto.es)

