

La custodia compartida en Catalunya no se otorga automáticamente.

Ricardo G^a-Salmones Rovira, Advocat y Titular de Una Respuesta Legal

Como es sabido, **la Ley 25/10 de 29 de Julio** ha **establecido de forma relativamente reciente una preferencia legal a favor del régimen de CUSTODIA COMPARTIDA en Catalunya**, sin embargo **el establecimiento de la misma no se produce de manera automática** y es que existe la **creencia errónea** de que a partir de la aprobación de dicha norma es suficiente con solicitar la instauración del régimen de custodia compartida de los hijos comunes para que el juez establezca dicho régimen.

Sin embargo esta presunción es del todo errónea, por lo que a lo largo del presente artículo, queremos aclarar esta cuestión a efectos divulgativos, pues es algo que nuestros clientes nos plantean cada día, por lo que a continuación expondremos las razones en virtud de las cuales, de conformidad a la ley como a la jurisprudencia, **la custodia compartida procede sólo en aquellos supuestos en los que la valoración conjunta de las circunstancias concretas de cada caso avalen que dicho régimen es el adecuado**. Por ello es preciso analizar al detalle las circunstancias de cada caso para defender la custodia compartida u oponerse a ella.

Desde la entrada en vigor de la citada ley que vino a reformar recientemente el código de familia de Catalunya, y que, debido a una **progresiva sensibilización de la sociedad**, **estableció la preferencia del régimen de custodia compartida a dictaminar por el juez** en los procedimientos de separación y divorcio respecto de los hijos comunes, son muchos los progenitores, en unos casos los no custodios, es decir, los que no tenían atribuida la guarda, en otros ambos conjuntamente, que han venido reclamando en los juzgados de Catalunya la custodia compartida en relación a sus hijos. **En ocasiones en procedimientos de modificación de las medidas** establecidas por una sentencia contenciosa o de mutuo acuerdo dictada en un procedimiento anterior, aunque también ha habido muchos progenitores que, como consecuencia de una ruptura matrimonial posterior a la entrada en vigor de la citada ley, han iniciado procedimientos de separación o divorcio y al calor de la recién reformada norma se han decantado por solicitar el régimen de custodia compartida, de forma amistosa en caso de una solicitud conjunta por parte de ambos progenitores, o en discrepancia cuando se ha tratado de una petición unilateral.

Lo cierto, y esto no es tan sabido, es que **la preferencia legal para el citado régimen de custodia no se impone de forma automática por la ley ni por los jueces**, como algunos piensan, incluso algunos letrados así lo plantean a sus clientes no muy acertadamente, sino que, bien al contrario, principalmente **se ha de verificar una serie de criterios tasados en la propia ley y será el juez el que valore las circunstancias concretas del caso a la luz de dichos criterios** de forma global para determinar un régimen u otro en cada caso, siendo que, por otra parte, se ha de atender al resto de circunstancias particulares que rodean a cada supuesto y que por su especial importancia o gravedad pueden motivar que el juez rechace el régimen de custodia compartida.

En 1º lugar, es conveniente aclarar que **una custodia compartida no consiste en una mera repartición igualitaria del tiempo con el hijo/a común, sino principalmente una co-responsabilidad de ambos progenitores para mejor desarrollo del menor**, basada en la colaboración, en la creación de patrones educativos comunes y **una fluida comunicación entre madre y padre**, conforme establece la más reciente jurisprudencia:

“Como ha puesto de manifiesto la psicología especializada, **no tiene nada que ver la custodia compartida, basada en la coparentalidad responsable, con la custodia por periodos repartidos o con sistemas de distribución alterna de la guarda de los menores**, puesto que la actividad de compartir requiere una especial predisposición psicológica en ambos progenitores, que se asemeja más a un estado mental, fruto del esfuerzo conjunto por favorecer a los hijos comunes pese a la ruptura de la relación de pareja, que a una situación jurídica, puesto que implica un grado de consenso, de respeto y de colaboración, que **excluye en la práctica la posibilidad de poder ser impuesta**

coactivamente por los tribunales." "Una cuestión es la **ampliación del régimen de visitas** para tener un contacto fluido con los 2 padres, de tal modo que ambos se preocupen más del hijo y éste pueda relacionarse más con aquéllos, y otra es **el establecimiento de un régimen de guarda y custodia compartida, que comporta acuerdo entre ambas partes y el establecimiento de una serie de garantías para su funcionamiento.**

Lo que se propone al postular que cada semana permanezcan los menores bajo la guarda y custodia de uno de los progenitores, no constituye, propiamente hablando, una guarda y custodia compartida, sino **una guarda y custodia alternativa, que desde siempre se ha manifestado como absolutamente desaconsejable para el armónico desarrollo de la personalidad del menor,** que requiere de la estabilidad y la continuidad de unos mismos hábitos y criterios en su vida cotidiana a lo largo de todo su proceso socio-formativo. Dicho de otra manera, con mayor rigor y fundamento **se expresan los técnicos recomendando que no se introduzca en este momento evolutivo de los menores ningún cambio en la guarda que viene siendo ejercitada por la madre de una manera regular y constante."**

En todo caso, es preciso señalar que no es este un alegato ni a favor ni en contra de la custodia compartida sino a favor de aquel **régimen de custodia que sea mejor para el hijo/a común** y para las partes, y por ello entendemos, al igual que la mejor y más reciente jurisprudencia, que antes que aplicar por automatismo dicho régimen "preferente", **se ha de valorar con sumo cuidado si las circunstancias así lo aconsejan y siempre que sea lo mejor para el menor así como para ambos progenitores.** Entendemos que se ha de abogar por el estudio profundo y exhaustivo de las circunstancias de cada caso ya sea para defender o rechazar la aplicación de dicha modalidad de custodia en cada asunto a fin de que nuestros clientes sepan si su reclamación de custodia compartida o la de la otra parte es viable o no.

Lo cierto es que el espíritu de **la ley 25/10 de 29 de Julio** que queda reflejado en su exposición de motivos **deja claro que la citada preferencia no lo es en términos absolutos, sino que puede quedar relativizada a la luz de las circunstancias concretas que se han de observar y valorar detenidamente en cada caso.** Es decir, bajo ningún concepto la ley establece un "café para todos", y "como se ha aprobado una ley, ahora se me va a aplicar la custodia compartida con solo solicitarlo".

Muy lejos queda el referido espíritu de la ley de este erróneo silogismo, pues bien al contrario, la exposición de motivos reza:

"Eso no impide, sin embargo, que **la autoridad judicial deba decidir de acuerdo con las circunstancias de cada caso y en función del interés concreto de los hijos.** Es por ello que el libro II^o proporciona una serie de criterios que deben ponderarse conjuntamente para determinar el régimen y la forma de ejercer la guarda."

En otro de sus apartados la exposición de motivos de la ley citada alude a que:

"También **se ha tenido en cuenta que el papel de la madre es cualitativamente más necesario para los menores que el del padre cuando las dinámicas familiares han sido construidas sobre modelos tradicionales,** tanto en la idiosincrasia de Cataluña como en la realidad de otras culturas que se han incorporado a la sociedad catalana. Por este motivo, se destacan **como criterios para determinar la guarda individual la vinculación especial de los hijos con uno de los progenitores y la dedicación a los hijos que la madre o el padre hayan tenido antes de la ruptura.**

Por su parte el artículo del vigente Código Civil de Catalunya relativo **al Ejercicio de la guarda,** reza: "2. **La autoridad judicial,** si no existe acuerdo o si este no se ha aprobado, debe determinar la forma de ejercer la guarda, **ateniéndose al carácter conjunto de las responsabilidades parentales,** de acuerdo con el 233-8.1. Sin embargo, **la autoridad judicial puede disponer que la guarda se ejerza de modo individual si conviene más al interés del hijo."**

Por todo ello, **es evidente y ha de quedar claro que la custodia compartida no es régimen que se establece de forma automática con su sola solicitud.**

Dicho esto y antes de entrar a valorar los criterios tasados en la ley que se han de verificar por parte del juez a fin de determinar si procede la custodia compartida o no, es preciso señalar que más que requisitos cuyo efectivo cumplimiento devendría en una aplicación automática del referido régimen preferente, lo que **la ley establece son criterios que se han de tener en cuenta y cuyo análisis y valoración conjunta por parte del juez** en relación con las circunstancias del supuesto particular debe desembocar en una decisión sobre el régimen más adecuado a aplicar en cada caso. Es decir, no basta con que se cumpla un determinado "requisito" o la mayoría de ellos, sino que se han de estudiar las circunstancias del supuesto concreto en relación a los criterios tasados en la ley. A saber, algunos de los criterios que establece la ley son los siguientes: Se ha de atender a la vinculación afectiva entre los hijos y cada uno de los progenitores, así como las relaciones con las demás personas que conviven en los respectivos hogares. De hecho uno de los criterios a los que el propio legislador da mayor prioridad o preeminencia es al **criterio de continuidad**, como se desprende claramente de la exposición de motivos de la Ley al referirse a la forma en **cómo se ha organizado la familia en la distribución de las funciones de cuidado de los hijos**.

Se ha de tener en cuenta también **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, y es que al plantearse un posible régimen de guarda y custodia compartida resulta imprescindible tener en cuenta en primer término la propia capacidad o aptitud de cada uno de los progenitores para asumir las obligaciones derivadas del régimen de guarda y custodia compartida.

Habrán de ser ponderadas igualmente las circunstancias de cada caso, tales como **la edad de los hijos**, el horario laboral o profesional de los progenitores, la proximidad del domicilio de éstos para que no afecte las relaciones escolares, de amistad o de actividades extraescolares del menor, **la disponibilidad de los padres de una residencia adecuada para tener consigo a los hijos**, el tiempo libre o de vacaciones, la opinión de los menores al respecto -si tienen suficiente madurez-, u otras similares.

Si bien es cierto que se ha de tener en cuenta la opinión expresada por los hijos, **el interés del hijo no puede valorarse solamente por los deseos expresados por éste**.

Y finalmente se han de **valorar los acuerdos en previsión de la ruptura o adoptados fuera de convenio** antes de iniciarse el procedimiento, es decir, al contenido de los acuerdos que se adoptaron si fuere el caso entre los progenitores anteriormente al procedimiento de solicitud de custodia compartida.

Asimismo también **se han de estudiar por el juez otras circunstancias específicas del caso concreto** que aunque no tengan relación con los citados criterios pueden desaconsejar, siempre de forma razonada y fundamentada, el establecimiento de una custodia compartida.

No son pocas las sentencias recientes que han rechazado la aplicación del régimen de custodia compartida desde la aprobación de la ley de reforma del código de familia de Catalunya que nos ocupa. Este mismo despacho cuenta con algunas sentencias en su haber, bien representando a la madre o bien al padre, en las que **por diversas fundamentaciones jurídicas se nos ha dado la razón en cuanto a que no procedía dicha custodia compartida**

- En algunos casos debido a que **existía un previo convenio regulador pactado de mutuo acuerdo** por las partes que aconsejaba que se mantuviera el régimen de custodia en él acordado a favor de uno solo de los progenitores, y ello debido a que prevalecía la voluntad manifiesta expresada por ambas partes en dicho convenio y por ello resultaba incongruente cambiar ahora el régimen en base únicamente a la mera reforma de la ley.

- En otros casos en que la sentencia que estableció el régimen de custodia exclusiva fue dictada en **un procedimiento contencioso y una de las partes solicitó con posterioridad en sede de modificación de medidas la aplicación del "preferente" régimen de custodia compartida previsto por la nueva ley**, hemos conseguido acreditar que **no había habido un cambio sustancial en las circunstancias del caso concreto en el tiempo transcurrido** desde la sentencia que aprobaba el referido convenio y la

solicitud del nuevo régimen de custodia, y por ende, a pesar de la preferencia legal de la custodia compartida, no procedía una modificación de las medidas impuestas originalmente, consiguiendo, así, sentencias favorables a mantener la custodia exclusiva.

- En otros supuestos, porque **a pesar de la voluntad de los menores, incluso, mayores de 12 años, el juez no ha considerado definitiva dicha voluntad** a efectos de otorgar la custodia compartida ya que o bien los demás criterios no se cumplían, o bien dicha voluntad estaba en cierta medida viciada.
- En otros, porque **el conjunto de las circunstancias del caso concreto sencillamente desaconsejaban** la aplicación de la custodia compartida.

Por otra parte, es justo decir, que, en otros tantos casos, con argumentos contrarios, también es posible conseguir la custodia compartida, pues al fin y al cabo **en un pleito siempre se trata de analizar detalladamente las circunstancias concretas del asunto y presentar las que respalden la cuota de razón de la parte que se defiende**, y es que insistimos en que, en definitiva, lo que venimos a exponer en este artículo, no es que la custodia compartida no sea un régimen de custodia adecuado o legítimo en términos absolutos, pues en muchos casos lo es, sino que lo que planteamos es que no lo es siempre y por defecto, y **se ha de atender a las circunstancias de cada caso**.

Por último, y en otro orden de cosas, creemos conveniente desmentir otra creencia errónea que existe respecto a la custodia compartida, ya que existe la creencia de que con dicha modalidad de custodia no **se habrá de pasar pensión de alimentos a los hijos** ni una pensión compensatoria al otro progenitor, pero esto no es siempre cierto, pues **el juez ha de atender siempre al interés más necesitado de protección**, que, en 1º lugar, es el del menor, pero además ha de atender también a si el otro progenitor se encuentra en una situación de necesidad.

Es por ello que, a pesar de que se establezca la custodia compartida, el juez puede determinar que uno de los progenitores deba abonar al otro una pensión de alimentos, si éste último no puede hacerse cargo de su parte de alimentos para el hijo/a común, temporal o indefinidamente, p.e. en casos de incapacidad o enfermedad crónica, y al mismo tiempo, puede determinar también la procedencia de una pensión compensatoria a favor del otro progenitor si las circunstancias así lo aconsejan.

En definitiva, como hemos subrayado insistentemente en este artículo, **se han de analizar todas las circunstancias en juego de forma minuciosa** y en su conjunto para determinar si procede una custodia compartida o no, así como la viabilidad de su reclamación en un procedimiento judicial, a favor o en contra, siempre con las miras puestas en encontrar la forma de custodia más adecuada al caso, y asimismo sabemos que la dimensión humana del proceso de ruptura conyugal como la de todos los procedimientos judiciales relativos a dicha ruptura se han de tratar con exquisita delicadeza y es esa la clave para una solución favorable a los hijos y a todas las partes en general.