

BOLETÍN OFICIAL DE LAS CORTES GENERALES

X LEGISLATURA Serie D: GENERAL

23 de abril de 2012

Nº 80

Comisión de Justicia: 161/000534

A la Mesa del Congreso de los Diputados. **El Grupo Parlamentario Unión Progreso y Democracia**, a instancia de la Diputada doña Rosa María Díez González y al amparo de lo dispuesto en los art. 193 y siguientes del vigente Reglamento de la Cámara, presenta la siguiente **Proposición no de Ley**, relativa a las **modificaciones legales necesarias para el establecimiento a nivel nacional de la custodia compartida de los menores como modelo preferente** en los procedimientos de separación y divorcio, para su debate en la Comisión de Justicia.

Exposición de motivos:

Se denomina **custodia compartida** (también llamada «custodia alternativa») a la situación legal que establece que en caso de separación o divorcio matrimonial ambos progenitores se alternen en el ejercicio de los derechos y obligaciones con respecto a sus hijos menores, estableciéndose un régimen de convivencia que les permita relacionarse con ellos por períodos de tiempo igualitarios en la medida de lo posible, de forma racional y, en todo caso, tomando en consideración el interés superior del menor.

Hasta la aprobación de la Ley 15/2005 que modificó, entre otros, **el art. 92 del Código Civil** para introducir la guarda y custodia compartida, dicho sistema no estaba siquiera contemplado en nuestro ordenamiento.

A partir de ese momento se regula por vez 1ª en nuestro Derecho, pero de **una forma ciertamente restrictiva**, de tal manera que su aprobación judicial puede darse en tan solo en 2 supuestos:

(i) En primer lugar, que los padres, **de mutuo acuerdo**, lo soliciten en la propuesta de convenio regulador o **cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento** (art. 92.5). Con todo, no se acordará de forma automática por el juez, puesto que antes de ello debe recabar informe del Ministerio Fiscal, oír a los menores que tengan suficiente juicio cuando se estime necesario y valorar las alegaciones de las partes vertidas en la comparecencia, la prueba practicada y la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos para determinar su idoneidad con el régimen de guarda (art. 92.6).

(ii) En segundo lugar, que **falte el acuerdo de los padres al respecto**. En tal caso, dispone el art. 92.8: «Excepcionalmente, aun cuando no se den los supuestos del apartado 5º de este artículo, el Juez, a instancia de una de las partes, **con informe favorable del Ministerio Fiscal**, podrá acordar la guarda y custodia compartida fundamentándola en que solo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor».

Como puede comprobarse, basta con que uno de los padres manifieste su voluntad contraria a este sistema (sin necesidad de alegar razón alguna) para que en la práctica resulte descartado, pues para que, «excepcionalmente», pueda el juez decretar la custodia compartida han de concurrir 3 presupuestos:

- 1.-la solicitud de una de las partes,
- 2.-el informe favorable del Ministerio Fiscal, que es vinculante —no así el dictamen de especialistas cualificados que el juez puede solicitar de acuerdo con el art. 92. 9— y que
- 3.-sólo de esa manera quede protegido el interés del menor, a criterio del órgano judicial.

Como puede observarse, **el legislador fue ciertamente restrictivo en la introducción en nuestro ordenamiento de la custodia compartida**, a la que parece mirar con cierta desconfianza.

Los datos oficiales disponibles (INE 2010, período 2009) hablan por sí solos: en un 84,7 % de los casos son las madres las que obtienen la custodia exclusiva de los hijos, tanto por mutuo acuerdo entre los progenitores como por decisión judicial.

La custodia femenina es prácticamente automática y en los casos puntuales en que se otorga al varón (el 5,6 % en el 2009 según datos del INE) es por demérito de la mujer, siendo igualmente la excepción los supuestos en que se llega a conceder la custodia compartida (9,7 % de las rupturas).

A la vista de las anteriores cifras más bien parece que el régimen establecido en 2005 pudo resultar incluso más restrictivo que el anterior silencio del Código Civil, pues aunque antes de la reforma éste no se refería expresamente a la custodia compartida, tampoco la prohibía y en la práctica se venía concediendo cuando las circunstancias lo aconsejaban.

Las excesivas trabas o cautelas que la actual regulación pone a la adopción de la custodia compartida hace que en la inmensa mayoría de los casos las decisiones judiciales mantengan el modelo «tradicional» consistente en conceder la guarda y custodia de los menores a la madre y establecer un régimen de comunicación, estancias o visitas más o menos flexible a favor del otro progenitor. Es decir, en la praxis judicial impera un sistema de custodia individual o monoparental, frente a la custodia conjunta o también denominada compartida.

A lo anterior podemos añadir que, según se establece en el art. 92.7 del Código Civil, una denuncia por violencia o agresión sexual contra el otro cónyuge conlleva automáticamente la exclusión de la guarda o custodia conjunta, aunque finalmente tal denuncia se archive por no existir prueba o indicios de criminalidad alguna, sin perjuicio de lo cual se habrá conseguido ya que los hijos no puedan compartir el tiempo de cuidado con el progenitor denunciado hasta pasados muchos años, dado el lento funcionamiento de la justicia en muchos casos.

Frente a tal situación, cada vez son más las voces que llaman a impulsar el sistema de la custodia compartida, por considerarse que respeta mejor el principio de igualdad entre mujeres y hombres, elimina las dinámicas de ganadores y perdedores, favorece la coparentalidad y la colaboración en los aspectos afectivos, educativos y económicos, y puede servir para evitar sentimientos negativos de los menores, entre los que cabe mencionar el de abandono, el sentimiento de culpa o el de negación, entre otros.

Es más, la atribución sistemática, o incluso automática, de la guarda y custodia a las mujeres puede perjudicar gravemente a éstas, llegando incluso a calificarse de «regalo envenenado», pues en muchos casos hace que la misma acometa en solitario la educación y cuidado de los hijos, limitando con ello considerablemente su desarrollo profesional, relegándolo a niveles que no exigen tanta dedicación o menor responsabilidad, lo cual irremediablemente se traduce en salarios menores. Y dicha situación puede adquirir tintes dramáticos cuando esas mujeres llegan a edades que rondan los 60 años, con escasos o nulos ingresos, sin medios para adquirir la mitad de la vivienda que han venido ocupando (a la cual pierden el derecho de uso con la emancipación de los hijos) y con riesgo incluso de exclusión social.

La potenciación y el fortalecimiento de los sistemas de custodia compartida entre los padres es una tendencia que puede observarse en distintos países de nuestro entorno, en línea con lo establecido en **la Convención Europea sobre los Derechos del Niño**, de 20 de noviembre de 1989, que en su art. 7 reconoce *el derecho del niño a ser cuidado por ambos padres tanto como sea posible*.

En nuestro país distintas Comunidades Autónomas han sido también sensibles a este problema y, partiendo del interés superior del menor y la igualdad entre ambos cónyuges, han avanzado en distintas soluciones que buscan conceder un mayor protagonismo a la custodia compartida.

Algún día tendremos que enfrentarnos a los problemas que está generando el proceso de codificación de algunas Comunidades Autónomas tendentes a establecer un sistema jurídico civil completamente autónomo, de dudosa legitimidad constitucional y, en muchos casos, contradictorio con el del Estado y con el de otras Comunidades (susceptible de generar conflictos interregionales).

Pero en lo que ahora nos ocupa, conviene destacar que diferentes Comunidades Autónomas han legislado sobre esta materia para priorizar la custodia compartida, sin desatender por ello el interés superior del menor.

Así, por ejemplo, se estableció mediante **Ley aragonesa 2/2010**, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres, en cuyo Preámbulo se lee: «Los supuestos de ruptura de la convivencia familiar han crecido notablemente en la última década, siendo uno de los asuntos más delicados a resolver el de la guarda y custodia de los hijos comunes. Esta cuestión se encuentra actualmente regulada por el art. 92 del Código Civil español, reformado por la Ley 15/2005, de 8 de julio, que en defecto de acuerdo entre los padres configura la guarda y custodia compartida como excepcional, siendo necesario recabar asimismo informe favorable del Ministerio Fiscal. La aplicación de este precepto ha supuesto en la práctica el otorgamiento de la custodia individual de forma generalizada a la mujer.

Sin embargo, la evolución de la sociedad exige dotar de una nueva regulación al régimen de guarda y custodia que favorezca el contacto continuado de los hijos con los padres y la igualdad entre los progenitores.»

En consonancia con dicha pretensión, el art. 6.2 dispone:

«**El Juez adoptará de forma preferente la custodia compartida en interés de los hijos menores, salvo que la custodia individual sea más conveniente**, teniendo en cuenta el **plan de relaciones familiares** que deberá presentar cada uno de los progenitores y atendiendo, además, a los siguientes factores:...».

Y se especifica en el apartado 5 del mismo precepto que no será suficiente para considerar que la custodia compartida no coincide con el mejor interés del menor la objeción a la misma de uno de los progenitores.

La referida Ley aragonesa 2/2010, de 26 de mayo, de «igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres», ha resultado formalmente derogada mediante el Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba —con el título de «Código del Derecho Foral de Aragón»— el texto refundido de las Leyes civiles aragonesas, pero en la misma se integra el contenido originario de aquella Ley reguladora de la custodia sobre los hijos.

Más recientemente, tanto **Navarra como Valencia** han aprobado sus respectivas regulaciones sobre esta materia. Así, **la Ley Foral de Navarra 3/2011**, de 17 de marzo, sobre custodia de los hijos en los casos de ruptura de la convivencia de los padres, también hace mención al Código Civil en la Exposición de Motivos en los siguientes términos:

«La regulación actual contenida en el Código Civil, aunque contempla la custodia compartida, se convierte en la práctica en excepcional en los supuestos en los que no medie acuerdo de los padres, condicionándose al informe favorable del Ministerio Fiscal. La presente Ley Foral pretende corregir estos supuestos, en línea con la realidad social actual, apostando porque la decisión que se adopte sobre la custodia de los hijos menores, cuando no exista acuerdo de los padres, atienda al interés superior de los hijos y a la igualdad de los progenitores.»

De ahí que, entre las medidas de aplicación en defecto del **pacto de relaciones familiares**, establece el art. 3.2 que, en el caso de que se solicite por 1 de los padres la guarda y custodia, **el Juez podrá acordar** que sea compartida o individual, oído el Ministerio Fiscal y previos los dictámenes y audiencias que estime necesarios, añadiendo en el apartado 4 del mismo art. que: «En cualquier caso, la decisión **buscará conciliar, siempre que sea posible**, todos los intereses en juego, considerando como prioritarios los intereses de los hijos menores o incapacitados y asegurando la igualdad de los padres en sus relaciones con los hijos en todo lo que vaya en beneficio de estos.»

Por su parte, **la Ley valenciana 5/2011**, de 1 de abril, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no convivan, es todavía más contundente al situar la custodia compartida como medida judicial preferente.

Así, de conformidad con el artículo 5.2, a falta de pacto entre los progenitores, la autoridad judicial, como regla general, atribuirá a ambos progenitores de manera compartida el régimen de convivencia con los hijos e hijas menores de edad, sin que sea obstáculo para ello la oposición de uno de los progenitores o las malas relaciones entre ellos.

Por régimen de convivencia compartida se entiende, según la definición dada por el artículo 3.a): «... el sistema dirigido a regular y organizar la cohabitación de los progenitores que no convivan entre sí con sus hijos e hijas menores, y caracterizado por una distribución igualitaria y racional del tiempo de cohabitación de cada uno de los progenitores con sus hijos e hijas menores, acordado voluntariamente entre aquéllos, o en su defecto por decisión judicial».

Para terminar con la legislación autonómica sobre la materia, el día 1 de enero de 2011 entró en vigor **la Ley 25/2010, de 29 de julio, del Libro Segundo del Código Civil de Cataluña**, relativo a la persona y la familia, del cual podemos desatacar que:

(i) De conformidad con el art. 233-8.1: «La nulidad del matrimonio, el divorcio o la separación judicial no alteran las responsabilidades que los progenitores tienen hacia sus hijos de acuerdo con el art. 236-17.1. En consecuencia, estas responsabilidades mantienen el carácter compartido y, en la medida de lo posible, deben ejercerse conjuntamente.»

(ii) En el apartado 2 del mismo art. se obliga a los cónyuges a presentar sus propuestas de **plan de parentalidad** y, a falta de acuerdo o no aprobación del plan, el art. 233-10.2 dispone:

«**La autoridad judicial [...] debe determinar la forma de ejercer la guarda**, ateniéndose al carácter conjunto de las responsabilidades parentales, de acuerdo con el art. 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.**»

(iii) Entre los criterios que el art. 233-11.1 indica para determinar el régimen y la forma de ejercer la guarda, queremos señalar los enunciados con las letras 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», y c) «La actitud de cada uno de los progenitores para cooperar con el otro a fin de asegurar la máxima estabilidad a los hijos, especialmente para garantizar adecuadamente las relaciones de estos con los dos progenitores».

Dichas leyes autonómicas apuntan en nuestra opinión en la dirección correcta, pero resulta incomprensible que a estas alturas no se haya acometido todavía una regulación nacional de la materia, manteniéndose desigualdades de trato en función de la comunidad de residencia de los cónyuges, máxime cuando el Pleno del Senado aprobó el pasado 12 de julio de 2010 una moción del Grupo Popular por la que se instaba al Gobierno a realizar las modificaciones legales necesarias para que la custodia compartida de los hijos fuera considerada como «modelo preferente» en los procesos de separación o divorcio.

Por todo ello, el Grupo Parlamentario de **Unión Progreso y Democracia** presenta la siguiente **Proposición no de Ley**:

«En su virtud, el Congreso de los Diputados insta al Gobierno a que en el plazo máximo de 6 meses impulse las reformas legales necesarias a fin de aprobar una Ley Nacional de Custodia Compartida que, **modificando el art. 92 del Código Civil y cuantos otros fueren necesarios**, armonice la regulación legal de la materia en el conjunto de España mediante una nueva normativa cuyo núcleo sería la determinación de **la custodia compartida de los menores como modelo preferente** en los procedimientos de separación y divorcio.»

Palacio del Congreso de los Diputados, 9 de abril de 2012.

Rosa María Díez González, Portavoz del Grupo Parlamentario Unión Progreso y Democracia.