

EL DECEPCIONANTE «ANTEPROYECTO DE LEY SOBRE CORRESPONSABILIDAD PARENTAL»



Son muchos los que llevan años –por no decir décadas– luchando por algo tan sencillo y noble como que los niños, cuando sus padres se divorcian, se puedan relacionar con ambos progenitores por

igual, es decir, por la custodia compartida.

Un grupo de 16 personas –las cuales representaban a más de 50 asociaciones en favor de la custodia compartida– fueron recibidas el pasado lunes día 19 de enero de 2015 en el Ministerio de Justicia. En dicha reunión se les entregó el *«Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar en los casos de nulidad, separación o divorcio»*.

Si me lo permiten, yo lo llamaré **el decepcionante** *«Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar en los casos de nulidad, separación o divorcio»*. Se trata de un texto legal de 18 folios, formado por 2 artículos, el primero de ellos nominado *«Modificación del Código Civil»* mientras que el segundo recibe el nombre de *«Modificación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil»*.

El artículo primero, *«Modificación del Código Civil»*, modifica 23 artículos del Código Civil –concretamente los artículos 83, 90, 91, 92, 93, 94, 95, 96, 97, 100, 102, 103, 142, 152, 156,

159, 163, 170, 756, 1394, 1396, 1415 y 1417– e introduce un nuevo artículo en el precitado texto legal –concretamente el artículo 92.bis–.

Pues bien, a la custodia compartida se dedica principalmente el apartado cinco del artículo primero, el cual añade el artículo 92.bis al Código Civil. Y ahora, estimados lectores, **entenderán por qué califico como «decepcionante» dicho anteproyecto de ley.** La redacción del artículo 92.bis es la siguiente –las palabras en negrita están resaltadas por mí–:

*«1. El Juez **podrá** acordar, en interés de los hijos menores, que su guarda y custodia sea ejercida de forma compartida por los progenitores o por uno sólo de ellos, determinando los periodos de convivencia con cada uno.*

2. El Juez, para decidir cualquier cuestión relativa a la guarda y custodia de los hijos o a su régimen de estancia, relación y comunicación, deberá prestar especial atención y valorar conjuntamente, en todo caso, la edad, opinión y arraigo social, escolar y familiar de los menores; la relación que los progenitores mantengan entre si y la vinculación con sus hijos; la dedicación de los progenitores al cuidado de los hijos durante la convivencia; el cumplimiento de sus deberes en relación con ellos; la aptitud, voluntad e implicación de cada uno de ellos para asumir sus deberes, respetar los derechos del otro, y cooperar entre si para garantizar la relación de los hijos con ambos progenitores; la posibilidad de conciliación de la vida familiar y laboral de éstos; la ubicación de sus residencias habituales; los apoyos con los que cuenten; el número de hijos, y cualquier otra circunstancia concurrente en los progenitores y en los hijos que considere relevante para el régimen de convivencia. Además, procurará que los hermanos se mantengan juntos.

3. El ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos podrá establecerse en los siguientes casos:

a) Mediante **acuerdo entre los progenitores**.

b) Cuando no medie acuerdo, **a instancia de uno de ellos**, si el otro progenitor también insta la guarda y custodia para sí.

c) Excepcionalmente, **aunque ninguno de los progenitores solicite su ejercicio compartido**, el Juez motivadamente y previo informe del Ministerio Fiscal podrá acordarlo si sólo de esta forma se protege el interés superior de los hijos y exista mutuo respeto entre los progenitores que permita la adopción de actitudes y conductas que beneficien al menor.

4. El Juez, asimismo, deberá pronunciarse sobre el régimen de estancia, relación y comunicación de los hijos menores con el progenitor que no tenga atribuida su guarda y custodia o durante el periodo que no convivan con cada uno, determinando el tiempo, modo y lugar para su ejercicio.

Igualmente podrá determinar, en la extensión que proceda, un régimen para que los hijos se relacionen y comuniquen con sus hermanos, abuelos u otros parientes y personas allegadas conforme al artículo 160, previa audiencia y prestación del consentimiento por estas personas y por los progenitores de los menores, teniendo siempre presente el interés superior de éstos. El consentimiento de los hermanos menores de edad no será necesario.

5. En todo caso, antes de acordar el régimen de guarda y custodia, así como el de estancia, relación y comunicación con el progenitor no conviviente o con sus hermanos, abuelos u otros parientes u personas allegadas, el Juez deberá recabar informe del Ministerio Fiscal, oír a los menores que tengan suficiente juicio cuando lo estime necesario y conveniente en atención a su edad, madurez y circunstancias, de oficio o a petición del Ministerio Fiscal, de las partes o miembros del Equipo Técnico Judicial, o del propio menor, y valorará las alegaciones de las partes vertidas en la comparecencia o vista y la prueba practicada en ella para determinar su idoneidad.

Así mismo, el Juez, de oficio o a instancia de parte, podrá recabar dictamen del Equipo Técnico Judicial o de peritos debidamente cualificados, relativo a la idoneidad del modo de ejercicio de la patria potestad, del régimen de guarda y custodia de los hijos y sobre la estancia, relación y comunicación de éstos con el progenitor no conviviente u otras personas.

**6.
No
proce-
derá
atribuir
la
guarda**



da y custodia de los hijos, ni individual ni compartida, ni un régimen de estancia, relación y comunicación respecto de ellos, al progenitor que haya sido condenado penalmente por sentencia firme, por un delito de violencia doméstica o de género por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual, la intimidad, el derecho a la propia imagen o al honor del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos hasta la extinción de la responsabilidad penal. Excepcionalmente, de manera motivada y previo informe del Equipo Técnico Judicial, el Juez podrá establecer, si lo considera conveniente para la protección del interés superior de los hijos, en atención a los criterios anteriores y, singularmente, a la entidad y gravedad del delito cometido, a la naturaleza y duración de la pena fijada, y a la reincidencia y peligrosidad del progenitor, un régimen de estancia, relación y comunicación respecto de ellos. Extinguida la responsabilidad penal, el Juez, a instancia de parte, deberá valorar si procede la modificación de las medidas adoptadas atendiendo a los criterios anteriores.

No se atribuirá al progenitor la guarda y custodia, ni individual ni compartida, cuando esté incurso en un proceso penal iniciado por la presunta comisión de un delito de violencia doméstica o de género por efectuar cualquiera de los atentados antes referidos, y se haya dictado una resolución judicial motivada en la que se constaten indicios fundados y racionales de criminalidad. La Sentencia absolutoria, el sobreseimiento libre o el archivo definitivo dictado en el referido proceso penal será causa de revisión del régimen de guarda y custodia a petición de parte.

En caso de indicios fundados de violencia entre los progenitores o de éstos respecto a sus hijos se deducirá testimonio al Tribunal competente del orden penal. La existencia de tales indicios tendrá una consideración preferente para resolver sobre la guarda y custodia de los hijos o, en su caso, el régimen de estancia, relación y comunicación, con independencia de la calificación penal que pudiera darse a los mismos.

7. Cuando ambos progenitores estuvieren incluidos en alguno de los supuestos del apartado anterior, el Juez podrá atribuir la guarda y custodia de los hijos a los progenitores, ya sea individual o de manera compartida, si considera que es lo más conveniente para la protección del interés superior de los hijos, tras valorar los criterios del apartado 2 y, además, la entidad y gravedad de los hechos, la naturaleza y duración de la pena fijada para el delito y la reincidencia y peligrosidad de los progenitores. En caso contrario, se atribuirá la guarda y custodia al familiar o allegado de los hijos que, por sus relaciones y vinculación con ellos, considere más idóneo. En defecto de todos ellos o cuando no fueren idóneos para su ejercicio, se atribuirá a la Entidad Pública que, en el territorio concreto, tenga asignada la función de protección de los menores. En estos casos, el Juez deberá pronunciarse sobre la forma en la que los progenitores ejercerán, en su caso, la patria potestad y el régimen de estancia, relación y

comunicación con sus hijos, así como sobre las facultades tutelares que se conceden a los guardadores.

8. El Juez adoptará las cautelas procedentes para el eficaz cumplimiento del régimen establecido de guarda y custodia de los hijos, y el de estancia, relación y comunicación de éstos con cada uno de sus progenitores o con otras personas.

Si el Juez estableciera la guarda y custodia de los hijos o un régimen de estancia, relación y comunicación respecto de ellos a favor de los progenitores que estuvieran incluidos en alguno de los supuestos de los apartados anteriores, adoptará las medidas necesarias para garantizar la seguridad, integridad y recuperación de los hijos y del otro progenitor, y realizará un seguimiento periódico de su evolución. Tras la extinción de la responsabilidad penal del delito cometido o cuando se hubiere considerado que el delito está prescrito se adoptarán las mismas medidas cautelares.

9. Las medidas establecidas sobre el ejercicio de la patria potestad, la guarda y custodia y el régimen de estancia, relación y comunicación se podrán modificar, limitar o suspender si se dieran nuevas circunstancias o se modificaren las inicialmente consideradas, o se incumplieren grave o reiteradamente los deberes impuestos a los progenitores y así lo aconseje el interés superior de los hijos».



De la lectura de dicho artículo, la primera conclusión que se puede extraer es que **a la custodia compartida no se le da un carácter preferente** como, por ejemplo, sucede en la «Ley 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones

familiares ante la ruptura de convivencia de los padres» aprobada por el Gobierno de Aragón.

SE DEJA TODO EN MANOS DE LOS JUECES. Así se dice que «1. El Juez *podrá acordar*», por lo tanto, por mucho que se apruebe este anteproyecto, **en la práctica, a mi entender, no hay ningún cambio, ya que ahora los Jueces también pueden acordar la custodia compartida, de hecho no hay ningún precepto legal que se lo prohíba o impida.**

En el punto 3. del artículo 92.bis se enumeran los 3 supuestos en los que se «podrá» acordar el ejercicio compartido de la guarda y custodia:

El primer supuesto es «**a) Mediante acuerdo entre los progenitores**», lo cual, **no supone ninguna novedad**, ya que hoy en día los progenitores en los casos de mutuo acuerdo pueden acordar lo que quieran siempre que, obviamente, lo que acuerden no sea perjudicial para los menores.

El segundo supuesto es «**b) Cuando no medie acuerdo, a instancia de uno de ellos, si el otro progenitor también insta la guarda y custodia para sí.**», lo cual, tampoco supone ninguna novedad, es más, es algo frecuente que un progenitor pida la compartida y otro la exclusiva, y que el Juez acuerde una u otra, según su leal parecer y entender; por lo tanto **este supuesto tampoco introduce ninguna novedad.**

Y por último nos encontramos con el tercer supuesto, en el que se establece que «**c) Excepcionalmente, aunque ninguno de los progenitores solicite su ejercicio compartido, el Juez motivadamente y previo informe del Ministerio Fiscal podrá acordarlo si sólo de esta forma se protege el interés superior de los hijos y exista mutuo respeto entre los progenitores que permita la adopción de actitudes y conductas que beneficien al menor.**», lo cual, dicho sea con todos los respetos, en mi opinión, es un despropósito, si no díganme, **¿qué sentido tiene imponer la custodia compartida a dos progenitores cuando**

ninguno de ellos la quiere? Ninguno –es crear un conflicto donde no lo hay–.

Lo más grave de este último supuesto es que ya en el año 2014 el Consejo de Estado se opuso a que la guarda y custodia compartida se pudiera acordar cuando ninguno de los progenitores la quiere, por lo tanto, es un despropósito que en el Anteproyecto se siga contemplando.

Sin embargo, la verdadera «carga de profundidad» **CONTRA LA CUSTODIA COMPARTIDA** se contiene en el punto 6, donde se establecen 3 supuestos en los que no procederá la atribución de la guarda y custodia de los hijos ni individual ni compartida:

A) El primer supuesto

es el recogido en el párrafo primero donde se establece que: «No procederá atribuir la guarda y custodia de los hijos, ni individual ni compartida, ni un régimen de estancia, relación y comunicación



respecto de ellos, al progenitor que haya sido **condenado penalmente por sentencia firme**, por un delito de violencia doméstica o de género por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual, la intimidad, el derecho a la propia imagen o al honor del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos hasta la extinción de la responsabilidad penal.», es decir, no procederá atribuir la guarda y custodia individual ni compartida cuando un progenitor esté condenado penalmente por sentencia firme por alguno de los delitos recogidos en dicho artículo –supuesto que puede ser considerado razonable–.

B) El segundo supuesto es el recogido en el párrafo segundo donde se establece que *«No se atribuirá al progenitor la guarda y custodia, ni individual ni compartida, cuando **esté incurso en un proceso penal** iniciado por la presunta comisión de un delito de violencia doméstica o de género por efectuar cualquiera de los atentados antes referidos, y se haya dictado una resolución judicial motivada en la que se constaten indicios fundados y racionales de criminalidad.»*, es decir, **no procederá atribuir la guarda y custodia individual ni compartida cuando un progenitor esté incurso en un proceso penal y se haya dictado una resolución judicial motivada**. Y llegados a este punto la pregunta es: ¿qué es lo que se necesita para estar incurso o imputado en un proceso penal? Pues como todos ustedes saben, **una denuncia** y, como resolución, considero que el mero Auto de admisión a trámite e incoación de diligencias previas será suficiente.

Por lo tanto, una práctica lamentablemente frecuente –**formular denuncias por violencia de género o, peor aún, por abusos sexuales a menores, cuando un progenitor solicita la guarda y custodia exclusiva o compartida**–, con este precepto se va a ver potenciada.

Pero lo que es más grave, a mi parecer, es que **una vez más un texto legal pisotea el derecho a la presunción de inocencia consagrado en el artículo 24.2 de la Constitución Española**.

Sin embargo, ahí no queda todo. En ese mismo párrafo, en su inciso final, se recoge que *«La Sentencia absolutoria, el sobreseimiento libre o el archivo definitivo dictado en el referido proceso penal será causa de revisión del régimen de guarda y custodia a petición de parte.»*, lo cual, tiene 3 consecuencias muy graves:

1.ª Cualquier persona que sea denunciada por cualquiera de los delitos mencionados, automáticamente no se le atribuirá la guarda y custodia exclusiva ni compartida.

2.ª Si la denuncia por la que el denunciado se vio inmerso en el procedimiento penal se archiva –por ejemplo, porque es falsa–, o se celebra juicio y sale absuelto, no tendrá derecho a nada. Si quiere algo –por ejemplo, la custodia compartida– lo tendrá que pedir.

3.ª El/la falso/a denunciante, no sufrirá ninguna consecuencia por haber formulado una denuncia –aunque sea falsa– para que su ex pareja no consiga la guarda y custodia compartida o exclusiva.



Lamentablemente se está perdiendo una oportunidad de oro para cortar de raíz un problema tan grave como es el de las denuncias falsas. En mi opinión, sería «suficiente» con que la ley estableciera la retirada automática de la guarda y custodia a aquella persona que formulase una denuncia contra su ex pareja con

la finalidad de que no le sea otorgada la custodia exclusiva ni compartida.

C) **Tercer supuesto** viene a demostrar que las cosas siempre son susceptibles de empeorar, ya que por si los dos supuestos anteriores no fueran suficientes se recoge un tercero que es el siguiente: «En caso de **indicios fundados de violencia** entre los progenitores o de éstos respecto a sus hijos se deducirá testimonio al Tribunal competente del orden penal. La existencia de tales indicios tendrá una consideración preferente para resolver sobre la guarda y custodia de los hijos o, en su caso, el régimen de estancia, relación y comunicación, con independencia de la calificación penal que

podiera darse a los mismos.», es decir, aunque no haya denuncia, si el Juez de familia aprecia que hay indicios fundados de violencia, el juzgador podrá atribuir la custodia a quien considere oportuno; por lo tanto, ya no hace falta ni denunciar, solamente con insinuar en el procedimiento de familia que hay violencia entre los progenitores o de estos respecto a sus hijos será suficiente.

Obviamente, ***este tercer supuesto lo que va a traer es más arbitrariedad y discrecionalidad en los procedimientos de familia***, ya que bastará con que el Juez considere que hay indicios fundados de violencia –aunque no medie ninguna denuncia– para que tenga las manos libres para actuar a «su antojo».

Pero después de establecer estos 3 supuestos en el punto 6 del artículo 92.bis, en el punto 7 llegamos al esperpento valleinclanesco, tan típicamente español, y así el legislador establece que *«Cuando ambos progenitores estuvieren incluidos en alguno de los supuestos del apartado anterior, el Juez podrá atribuir la guarda y custodia de los hijos a los progenitores, ya sea individual o de manera compartida...»*, es decir, **si un progenitor está condenado o incurso en una causa penal, no se le podrá atribuir la custodia exclusiva ni compartida; sin embargo, si son los dos progenitores los que están condenados penalmente o inmersos en una causa penal, se les podrá atribuir la custodia de forma exclusiva o compartida.** Lo cual, es «muy coherente», ¿no creen, estimados lectores?

Por desgracia, una legislatura más, **se va a perder la oportunidad de hacer una ley en condiciones que vele por el «Interés Superior del Menor» tan mentado en este anteproyecto, pero tan olvidado en la práctica.**

En mi opinión, si esto es lo que propone el Gobierno, lo mejor será que se queden las cosas como están, porque en el supuesto de que se apruebe este texto las cosas no van a mejorar, van a

empeorar.

Lo que está claro, para mí, es que no tienen que cambiar las leyes, lo que tienen que cambiar son las personas, empezando por los legisladores y siguiendo por aquellos que intervienen en la aplicación de las normas, principalmente jueces, fiscales, psicólogos y, por qué no decirlo, abogados. Porque si cambian las leyes pero no cambian las personas, de nada sirve, ya que esas personas cuando les convenga encontrarán la forma de interpretar la ley para conseguir el resultado opuesto al buscado por el legislador.

Precisamente de eso, de dar la vuelta a la ley para conseguir el resultado opuesto al buscado por el legislador, en Aragón sabemos mucho, solo hay que ver cómo en contra de lo dispuesto en la «*Ley 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres*» aprobada por el Gobierno de Aragón, el Tribunal Superior de Justicia de Aragón ha dado en más de una ocasión la custodia compartida a maltratadoras condenadas por sentencia firme.

Siempre se ha dicho que **las leyes** suelen ir detrás de la realidad social; sin embargo mi impresión es que **en los últimos tiempos parecen ir contra la realidad social: no se legisla para los ciudadanos –mucho menos para los niños– sino en contra de los ciudadanos y, lo que es peor, en perjuicio de los niños.**



¿Hasta cuándo? Eso depende de todos nosotros y, siendo 2015 un año electoral, no nos olvidemos de este anteproyecto cuando

vayamos a votar...

Más información en:

<http://noticias.juridicas.com/actual/4164-el-consejo-de-estado-se-opone-a-que-la-guardia-y-custodia-compartida-sea-la-regla-cuando-ninguno-de-los-progenitores-la-solicita.html>