

La custodia compartida en Cataluña

Begoña Cuenca Alcaine. Aa- divorcios.com. Septiembre 2014

En España la posibilidad de acordar custodia compartida de los hijos era admitida jurisprudencial-mente mucho antes de la Ley 15/2005 y así lo constatan varias Sentencias del Tribunal Constitucional de los años 1984, 1996 y 2001.

Admitido lo anterior, **la realidad y la práctica señalaban que la custodia compartida era muy excepcional en procedimientos contenciosos de [separación o divorcio](#)** y que en la mayoría de los casos cuando se aplicaba eran casos de ruptura de mutuo acuerdo.

Sin embargo, **a partir de su admisión o regulación legal en el año 2005 ha sido el Tribunal Supremo el que ha perfilado su real contenido.**

La gran novedad de la reforma del 2005 consistió en **dotar de regulación legal expresa** a esta figura, aunque fuese una **regulación parcial, muy restrictiva y podríamos decir que escasa e insuficiente**. En definitiva, se desconfiaba y se distanciaba la Ley de la realidad social existente en aquel entonces.

La reforma del **año 2005 modificó el art. 92 del Código Civil**, reconociendo explícitamente y a nivel de derecho positivo la **posibilidad de fijar sistemas de custodia compartida de los hijos, pero no modificó la regulación de las previsiones legales concernientes a prestaciones alimenticias, derechos de visitas y atribución del uso de la vivienda familiar**.

Lo anterior impedía en la gran mayoría de los casos el que se pudieran instaurar reales sistemas de custodia compartida.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 8 Octubre de 2009 enumera criterios para facilitar el interés del menor para la atribución de la custodia compartida y siguiendo el criterio de esta Sentencia, el Código Civil contiene una cláusula abierta que **obliga al Juez a adoptar esta modalidad siempre que sea beneficiosa para el interés del menor**.

En esta misma línea se mueve la resolución del Tribunal Supremo de 11 de Mayo del 2010.

Sin embargo, **en nuestro Ordenamiento Jurídico, resulta muy difícil concretar en que consiste ese interés superior del menor**, al contrario de lo que sucede en otras legislaciones en donde existe una lista de criterios para su fijación.

LA CUSTODIA COMPARTIDA EN CATALUÑA

Poco después de la entrada en vigor de la **Ley Aragonesa sobre Custodia Compartida**, Cataluña aprobó la **ley 25/2010 de 29 de Julio**, por la que se modifica el libro II del Código Civil relativo a la persona y a la familia, la cual entrará en vigor el 1 de Enero de 2011.

En el Código Civil de Cataluña que derogó el anterior Código de Familia, **no aparece la denominación de guarda y custodia compartida sino solo custodia y el término guarda casi desaparece**.

El Legislador en la Exposición de Motivos prevé 2 novedades en relación con **la responsabilidad de los padres hacia sus hijos**:

la 1ª es que **toda propuesta de los progenitores debe incorporarse en el Plan de Parentabilidad** al que define como un **instrumento jurídico** que concreta la manera en que **ambos progenitores piensan ejercer las responsabilidades parentales**.

En este **instrumento deberán detallarse los compromisos que asumen** respecto de la guarda, educación y cuidado de los hijos. Tanto si el proceso es contencioso o de mutuo acuerdo **se potencia la posibilidad de organizar por sí mismos de manera responsable el cuidado de los hijos con ocasión del divorcio**.

La 2ª novedad es que se abandona el principio general por el que toda ruptura de convivencia entre los padres significaba automáticamente el que los hijos deberían separarse de uno de sus progenitores. La nueva ley pretende **potenciar el mantenimiento de las responsabilidades parentales compartidas y eliminar la dinámica de ganadores y perdedores**.

Sin embargo, en la práctica y pese a todas buenas intenciones del legislador **la Ley no salió como se preveía y con todo lo que lo que debió estar contenido en la misma.**

El libro IIº del **Código Catalán fomenta las reglas de parentabilidad y la práctica de la Mediación** como instrumento jurídico para garantizar la estabilidad futura de las relaciones tras el divorcio.

Finalmente, se establece la manera en que en casos de crisis matrimonial se pueda hacer efectivo el derecho de los hijos menores a mantener relaciones con sus abuelos y con otros hermanos de distintos padres.

EL DENOMINADO INTERES DEL MENOR

El **interés supremo del menor** puede jugar tanto a favor como en contra del otorgamiento de una guarda compartida y aunque el Legislador lo sigue teniendo en cuenta, se sirve para ello de la normativa internacional como pueden ser **la Convención Internacional sobre los Derecho del Niño de 1989 o el Reglamento Comunitario 2201/20012.**

En **el Código Civil Catalán**, el interés superior del menor es una constante facilitando la posibilidad de que los esposos suscriban un **Convenio Regulador que regule las relaciones entre todos los miembros de la familia y las Medidas Definitivas que rijan en el futuro tras la ruptura.**

Pero cuando existen hijos, el Convenio Regulador deberá contener **un Plan de Parentabilidad** de acuerdo a lo establecido en el art.233.9.

Lo esencial de la Ley Catalana, es que eleva el interés de los hijos por encima de los de los padres, a los que fuerza a un ejercicio igualitario de sus papeles parentales abandonando en cierta medida el sistema principal que existía en las rupturas de fijación de custodias individuales a favor de la madre con derecho a meras visitas estrictas del padre.

EL PLAN DE PARENTALIDAD EN CATALUÑA

El Código Civil Catalán acuerda la **posibilidad de que los esposos acuerden un Convenio Regulador que regule las relaciones de toda la familia**, asimismo todas las medidas por las que se regirán en el futuro, ahora bien, si existe descendencia el Convenio Regulador deberá contener un Plan de Parentalidad de acuerdo a lo que se establece en el art.233.9.

La responsabilidad parental que se establece en el art.236-17.1 se mantendrá con carácter compartido en los casos de Separación o Nulidad.

¿QUE ES EL PLAN DE PARENTALIDAD?

El art. 233.9 establece que los padres deben concretar la manera de como llevaran a efecto los deberes y derechos derivados de su responsabilidad parental, y en ese plano de obligaciones se deben hacer constar los compromisos que asumen respecto a la guarda, educación y cuidado de los hijos.

La Ley ha dejado a los padres la **posibilidad de que ambos pacten de común acuerdo el sistema más adecuado para su caso**, toda vez que exige que las propuestas del plan deben constar cuanto menos de los siguientes aspectos:

- 1.- El lugar o lugares en donde vivirán los hijos habitualmente
- 2.- Reglas que permitan determinar a quien corresponde la guarda del menor en cada momento
- 3.- Las tareas de las que se hace responsable cada progenitor con respecto a las actividades cotidianas de los hijos
- 4.- Manera en que se debe realizar el cambio de la guarda de los menores
- 5.- Como se repartirán los costes que generen los hijos.
- 6.- Régimen de relación y comunicación de los hijos durante los periodos en los que un padre no los tenga consigo mismo.
- 7.- Régimen de estancia de los hijos con cada uno de los progenitores en periodos de vacaciones y en fechas especialmente señaladas para ellos, sus progenitores o familia.
- 8.- El tipo de educación y actividades extraescolares, formación o esparcimiento.
- 9.- Manera de cumplir con el deber de compartir información de todo lo relativo a educación, salud y bienestar de los hijos.
- 10.- Forma de tomar decisiones relativas al cambio de domicilio de los menores.

Así pues cuando se trate de **redactar un Convenio de Mutuo Acuerdo** y **también en los supuestos contenciosos** se deberán exponer y contener todos estos extremos, los cuales en su mayoría no plantearán excesivos problemas y **la misión del Juez será la de incluir de manera clara todos estos puntos en su Resolución Judicial**, lo cual evitará a posteriori todos los incidentes litigiosos que a menudo se plantean en Ejecución de Sentencia.

La propuesta de este plan, deberá aportarse por los progenitores tanto en los supuestos de mutuo acuerdo, como en los contenciosos. Cuando ambos cónyuges están de acuerdo en todo, se presentará un solo **Plan de Parentalidad integrado en el Convenio Regulador**, mientras que los supuestos contenciosos, cada uno de los progenitores deberá presentar su propia propuesta, siendo **la Autoridad Judicial la que determine la forma en la que debe ejercitarse la guarda**.

EL EJERCICIO DE LA GUARDA EN CATALUÑA

El articulado del Código Civil Catalán comienza diciendo que **la guarda se deberá ejercer en la forma convenida por los cónyuges en su Plan de Parentalidad** y añade que **la Autoridad Judicial**, si no hay acuerdo o este no se ha aprobado por ser perjudicial para los menores, **deberá determinar la manera de ejercer la misma ateniéndose a conjunto de responsabilidades parentales**.

En este punto lo único que el legislador hace es matizar y concretar lo que la Jurisprudencia venía desarrollando y completando, como pueden ser por ejemplo que la manera de ejercer la guarda no altera la práctica de los alimentos a los menores, **si bien se deberá tener en cuenta y ponderar el tiempo de permanencia de estos con cada progenitor y los gastos que cada uno de ellos haya asumido directamente**.

CRITERIOS DETERMINANTES DE LA MANERA DE EJERCER LA GUARDA DE MENORES

Para **determinar el régimen y la manera de ejercer la guarda** de los hijos en común se deberán tener en cuenta las **propuestas del Plan de Parentalidad** y una serie de circunstancias que enumera el artículo 233.10 y 11, entre ellos cabe destacar:

1. La vinculación afectiva de los hijos y cada uno de los progenitores, así como con otras personas que convivan en los hogares respectivos
2. La actitud de los progenitores para garantizar el bienestar de los hijos y la posibilidad procurarles un entorno adecuado según su edad
3. La **actitud de cada progenitor para cooperar con el otro con el fin** de asegurar la mayor estabilidad de los hijos y en particular para garantizar las relaciones de los menores con sus dos progenitores.
4. El **tiempo que cada uno de los padre hubiera dedicado a cada hijo** antes de la ruptura y las tareas que ejercía para procurarles un bienestar.
5. La **opinión expresada por los hijos**, ya que la voluntad de los menores a determinada edad y en ciertas circunstancias debería ser un elemento básico en el que descansará la obligación de la guarda compartida.
6. **Acuerdos previstos en Convenios Reguladores en previsión de ruptura de la relación de pareja**. Es evidente que de no haber razones de peso sí que deben tenerse en consideración, salvo cuando choquen con normas de orden público o sean contrarias a la moral existente a nuestra Sociedad.
7. La **situación de los domicilios de los progenitores y las actividades de los hijos de ambos**.

Todas estas circunstancias y condicionantes ya habían sido tenidos en cuenta y valorados con anterioridad por la mayoría de los Equipos Psico-Sociales adscritos a los Juzgados de Familia.

OTROS PRINCIPIOS QUE INSPIRAN EL CODIGO CIVIL CATALAN

• PRINCIPIO DE NO SEPARACION DE LOS HERMANOS

Contemplado en el art. 233.11.2º estableciendo el mandato de que en la atribución de la guarda no se podrán separar los hermanos, salvo circunstancias que lo justifiquen, coincidiendo en este punto el

legislador catalán y aragonés al establecerlo de forma rotunda y taxativa, superando la mera recomendación contenido en el art. 92.5 del C.C

- **CAUSAS TASADAS DE INAPLICACION DE LA GUARDA Y CUSTODIA**

Reguladas en el art. 233.11.3 establece los motivos por los que no procede atribuir la guarda a algún progenitor. De acuerdo con este artículo, no basta con estar inmerso en un proceso penal como establece el Código Penal español, ni tampoco suficiente que haya una resolución judicial en la que se recojan indicios de la comisión de actos prohibidos, sino que **el Legislador Catalán dando un paso más, exige la firmeza de la Sentencia.**

- **REGULACION DE LA ATRIBUCION DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR**

El Código Civil Catalán regula esta situación en los art. 233-20 al 233-25, de forma pormenorizada la atribución o distribución del uso de la vivienda familiar, estableciendo que en los casos de crisis de convivencia entre los progenitores, que si la guarda de los hijos queda compartida **será el Juez el que atribuya la vivienda al cónyuge más necesitado de protección.**

- **MEDIACION COMO METODO DE RESOLUCION ALTERNATIVA DE CONFLICTOS**

Como última característica de la regulación de la guarda compartida, el Código Civil de Cataluña establece en el art.233-6 **la posibilidad de que los cónyuges sometan sus discrepancias a Mediación** para llegar a un acuerdo total o parcial, salvo en los supuestos de violencia machista o de género. La Mediación se podrá llevar a cabo antes de iniciar el proceso o bien en cualquier fase del mismo, contemplándose igualmente la posibilidad de que el Juez remita a los cónyuges a una sesión informativa si ve factible y posible el que se llegue a un acuerdo

LAS RELACIONES PERSONALES DE HERMANOS Y ABUELOS EN CATALUÑA

La Ley Catalana incide en que no se deben separar los hermanos salvo que las circunstancias lo justifiquen, aunque el legislador no ha establecido estas circunstancias y debe ser el criterio de los Tribunales el que llene el vacío legal, debiéndose valorar por el Juzgador en cada caso concreto.

El art.213.12 contempla igualmente la posibilidad de que los esposos propongan un régimen de relaciones personales con los abuelos y hermanos mayores que no convivan en el mismo domicilio. Tal propuesta deberá ser solicitada de manera razonada en el momento de redacción de la demanda inicial o de contestación por la parte contraria.

Aunque procesalmente la Ley no indica en qué momento se hará esta Audiencia ya que es necesario que los hermanos o abuelos den su conformidad, lo normal será que en los casos de mutuo acuerdo sea en el momento de la ratificación judicial de los cónyuges y en los supuestos contenciosos como nada se indica al respecto, el espacio temporal previsto será el de práctica de la prueba.

¿CUANDO CABE LA INTERVENCION DEL MINISTERIO FISCAL?

Según la Ley de Enjuiciamiento Civil, resulta preceptiva su intervención **en todos los procesos en los que esté involucrado un menor de edad.** Lo normal es que sean Fiscales especializados en la materia y en cuanto **al carácter vinculante o no del informe respecto de la decisión judicial hay que señalar que ya venía siendo unánime la opinión de que no lo era, ya que el Juez dispone de amplias facultades discrecionales para adoptar el sistema de guarda que considere mejor de acuerdo con el interés superior del menor.**

En la actualidad tal problema no existe, ya que la custodia compartida puede ser adoptada en contra del criterio del Ministerio Fiscal al haber sido declarada inconstitucional la norma que lo preveía.

Los Tribunales Catalanes antes de la entrada en vigor del Código de Familia ya aplicaban el criterio de que resulta plenamente improcedente la aplicación en Cataluña de las prescripciones del art. 92 del Código Civil siguiendo el criterio de la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Cataluña en Sentencia de 5 de Septiembre de 2008.

En Cataluña no se consideraba ni siquiera necesario en el marco del Código de Familia el informe preceptivo del Ministerio Fiscal para que pudiera acordarse una custodia compartida solicitada por solo uno de los progenitores.

Con la aprobación del libro IIº del Código Civil de Cataluña, el problema queda más que resuelto, ya **que se ha impuesto de forma normativa la Doctrina Jurisprudencial señalada anteriormente, de forma que la decisión para la otorgación de la custodia compartida siempre corresponderá al Juez** con independencia de que exista o no informe favorable del Ministerio Público.

CONCLUSIONES

1. La legislación catalana sobre familia permite constatar **cierta preferencia del legislador hacia el sistema de guarda compartida** al establecer que las responsabilidades de los progenitores para con sus hijos tienen un carácter compartido y deben ejercitarse conjuntamente **en la medida de lo posible**.
2. **La guarda compartida no se atribuye automáticamente** ya que el Juez en caso de desacuerdo de los padres debe determinar la forma de ejercerse la misma pudiendo establecer la Autoridad judicial que se ejerza de manera individual si esto es más beneficioso para el hijo.
3. **Se establece el Plan de Parentalidad** en el cual se debe concretar la manera en cómo se llevarán a efecto los **derechos y deberes de la responsabilidad parental**, constituyendo este instrumento jurídico un conjunto de obligaciones en el que se hace contar los compromisos que asumen ambos cónyuges respecto de la guarda, cuidado y bienestar de los hijos.
4. En cuanto a la guarda el Legislador Catalán ha matizado y concretado algunos puntos que ya la jurisprudencia de los Tribunales en esta Autonomía habían venido interpretando en los últimos años.
5. Se establecen criterios para determinar el régimen y la manera de ejercer la guarda de los menores, criterios que no existen en el Código Civil español, pero que sin embargo venían siendo tenidos en cuenta por los Gabinetes Psicosociales adscritos a los Juzgados de Familia.

La novedad del sistema catalán consiste en el establecimiento como derecho positivo de estos criterios, y por tanto como norma legal aplicable a las situaciones de ruptura matrimonial.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CUSTODIA COMPARTIDA Y PROTECCION DE MENORES. Cuadernos de DERECHO Judicial. II-2009. Consejo General del Poder Judicial. Escuela Judicial.

EL DERECHO PRIVADO EN CONTEXTOS DE CRISIS. Cuadernos de Derecho Judicial, I, 2009. Consejo General del Poder Judicial.

CASTILLA BAREA, Margarita (Universidad de Cadiz). Notas sobre la guarda y custodia de los hijos a propósito de la ley aragonesa Ley de Igualdad de las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres (Aranzadi Civil 7/2010)

FORCADA MIRANDA, Francisco Javier, "Standun est chartae. Perspectiva jurisprudencial y Tribunal Superior de Justicia, Informe Anual del Justicia de Aragón Volumen III, año 1993, donde se reseñan los trabajos realizados por los participantes en el 3º Curso monográfico de Derecho Aragonés, (Boletín Oficial de las Cortes de Aragón, nº121 fascículo 2º, Año xii, legislatura III, de 27 de abril de 1994)

CUSTODIA COMPARTIDA Y PROTECCION DE MENORES, Cuadernos de Derecho Judicial, II, 2009. Consejo General del Poder Judicial