

PROPUESTA De MODIFICACIÓN LEY 15/2005 del DIVORCIO por la CUSTODIA COMPARTIDA AUTOMATICA.

1.- Principios Fundamentales de la Propuesta

Las rupturas matrimoniales están explosionando en el 2006, con 114.752 rupturas en los 9 primeros meses del 2006, que, proyectadas a final de año, hará superar las 160.000 rupturas y supondrá 1 ruptura cada 3,3 minutos y 439 rupturas al día.

El incremento de las rupturas es de tal envergadura, que antes del 2.010, se realizarán tantos matrimonios como rupturas.

Una filosofía distinta sobre la regulación de las consecuencias tras la ruptura conyugal, con la intención de superar el esquema clásico de que:

" a la mujer se le atribuye la guarda y custodia de los hijos y el uso de la vivienda y que al hombre se le impone el pago de una pensión y un régimen de visitas a los hijos de fines de semana alternos " .

"Si estamos reclamando la igualdad y la paridad en todos los ámbitos de la sociedad, es razonable que también lo hagamos de puertas para adentro del hogar y eso pasa por favorecer una mayor implicación de los hombres en el trabajo doméstico y en el cuidado de los hijos" .

En la Ley 15/2005: *" (...) Por último, esta reforma legislativa también ha de ocuparse de determinadas cuestiones que afectan al ejercicio de la patria potestad y la guarda y custodia de los hijos menores o incapacitados, cuyo objeto es procurar la mejor realización de su beneficio e interés, y hacer que ambos progenitores perciban que su responsabilidad para con ellos continúa, a pesar de la separación o el divorcio, y que la nueva situación les exige, incluso, un mayor grado de diligencia en el ejercicio de la potestad.*

Se pretende reforzar con esta ley la libertad de decisión de los padres respecto del ejercicio de la patria potestad.

En este sentido, se prevé expresamente que puedan acordar en el convenio regulador que el ejercicio se atribuya exclusivamente a uno de ellos, o bien a ambos de forma compartida. También el Juez, en los procesos incoados a instancia de uno solo de los cónyuges, y en atención a lo solicitado por las partes, puede adoptar una decisión con ese contenido.

Con el fin de reducir las consecuencias derivadas de una separación y divorcio para todos los miembros de la familia, mantener la comunicación y el diálogo, y en especial garantizar la protección del interés superior del menor, se establece la mediación como un recurso voluntario alternativo de solución de los litigios familiares por vía de mutuo acuerdo con la intervención de un mediador, imparcial y neutral.

En el antiguo modelo de la separación-sanción, la culpabilidad del cónyuge justificaba que éste quedase alejado de la prole.

Al amparo de la Ley 30/1981, de 7 de julio, de modo objetivamente incomprensible, se ha desarrollado una práctica coherente con el modelo pretérito, que materialmente ha impedido en muchos casos que, tras la separación o el divorcio, los hijos continúen teniendo una relación fluida con ambos progenitores.

La consecuencia de esta práctica ha sido que los hijos sufran innecesariamente un perjuicio que puede evitarse.

Así pues, cualquier medida que imponga trabas o dificultades a la relación de un progenitor con sus descendientes debe encontrarse amparada en serios motivos, y ha de tener por justificación su protección ante un mal cierto, o la mejor realización de su beneficio e interés. Consiguientemente, los padres deberán decidir si la guarda y custodia se ejercerá sólo por uno de ellos o bien por ambos de forma compartida. En todo caso, determinarán, en beneficio del menor, cómo éste se relacionará del mejor modo con el progenitor que no conviva con él, y procurarán la realización del principio de corresponsabilidad en el ejercicio de la potestad.

Por un error en la votación del Congreso de las enmiendas del Senado al proyecto de Ley por parte del Grupo Socialista propició el rechazo de la que se acaba de señalar y, consiguientemente, que el texto publicado en el BOE haya sido el que salió del Congreso en el primer debate, sin más variación que la mención en el párrafo sexto a que el juez, para otorgar el ejercicio compartido de la guarda y custodia haya de valorar, además de las relaciones que mantengan los padres entre sí, las que mantengan con sus hijos.

Puesto que nada ha cambiado en las normas sobre relaciones paterno-filiales, la regla general en el Código civil en caso de que los padres vivan separados entre sí sigue siendo la del ejercicio de la guarda y custodia por parte del padre o madre con quien el hijo conviva, tal y como se deriva de lo arts. 156 y 159, ambos del Cc. y de la formulación conjunta del art. 92 Cc.

Con carácter general, lo mejor para el desarrollo integral de los hijos es el mantenimiento de las relaciones con ambos progenitores (o padres adoptivos) de la manera más plena e intensa posible.

El argumento de la estabilidad.



Plz. de los Pinazos, 10. Entre-Planta Dcha
28021 Madrid
Telf.: 649 116 241
Fax: 91 797 67 11
www.padresdivorciados.es
usedimad@gmail.com
<http://padresdivorciados.blogspot.com>

En realidad, ningún detractor de la custodia compartida ha conseguido demostrar que, para el niño, sea perjudicial vivir con ambos padres. Hasta ahora, el más frecuente –y casi único– argumento esgrimido a favor de la custodia materna exclusiva ha sido la necesidad de estabilidad, es decir, el deseo de evitar al niño los supuestos trastornos resultantes del cambio periódico de domicilio.

Para una sociedad en la que los niños, ya desde los primeros meses de su vida, reparten su tiempo entre la guardería y el hogar, es una pobre argumentación esa supuesta inestabilidad que conllevaría el desplazamiento entre los hogares materno y paterno.

Pero sobre todo, no se ha tenido en cuenta el hecho evidente de que lo importante para el niño no es la estabilidad material, sino la estabilidad emocional y la sensación de seguridad que le proporciona el contacto asiduo con ambos padres.

Los defensores de este falso argumento a favor de la estabilidad suelen olvidar también que, en los casos de custodia exclusiva, son frecuentes los cambios injustificados de residencia por parte del progenitor custodio, a veces con un fin meramente punitivo del otro progenitor, que apartan al niño de su entorno, su colegio y su comunidad y reducen drásticamente o imposibilitan el contacto con el progenitor no custodio.

Ese tipo de cambios realmente desestabilizadores no tendrán cabida en un régimen de “custodia compartida”, ya que ninguno de los padres tendrá la “propiedad” del niño ni el derecho a llevarlo de un lado para otro a su antojo, sin el consentimiento previo del otro progenitor y la ratificación del juez.

Antes bien, prevalecerá el arraigo y el interés del niño, y los cambios de residencia de los padres y sus desplazamientos para ejercer su deber y su derecho de convivencia con el menor correrán por cuenta del progenitor que se desplace y no deberán repercutir en la estabilidad del niño.

Si el ejercicio conjunto y compartido es la regla cuando los padres viven juntos, debe procurarse que también lo sea cuando los padres viven separados, salvo que el interés del hijo aconseje otra cosa.

Confirma esta primera idea sobre la falta de decisión del legislador de 2005 la incomprensible omisión por su parte de cualquier referencia al art. 96 del Cc., destinado a regular uno de los temas más polémicos en cualquier procedimiento de separación o divorcio: la vivienda familiar.

Asociación para la Defensa de los Padres Separados
C/ Carrera de San Jerónimo, 18-2º-5
28014 Madrid
Registro Autonómico de Asociaciones ciudadanas: 16.931
Registro de Asociaciones Ayuntamiento de Madrid: 02041
Telf: 91 532 69 21

CIF: G-81695025
e-mail: usedimad@gmail.com

Por razones difíciles de explicar y fáciles de adivinar, este precepto ha sido totalmente soslayado en la reforma de la separación y el divorcio, manteniendo un tenor literal que, con aparente fin protector del miembro más débil de la pareja, contiene una norma absolutamente obsoleta en el ámbito comparado y, muchas veces profundamente injusta: la de otorgar el uso de la vivienda familiar tras la crisis, no a su titular, sino a los hijos y a aquel de los cónyuges en cuya compañía queden.

Se sigue pensando, pues que la convivencia será las más de las veces con uno y no con el otro.

LA COPARENTALIDAD .

Curiosamente, uno de los efectos formales más perceptibles que tendrá la instauración de la denominada "custodia compartida" será la desaparición de la propia expresión como fórmula para designar el régimen que se establezca, tanto por las connotaciones negativas ya asociadas a la palabra "custodia" como por su impropiedad para designar una modalidad en la que ningún progenitor será, en principio, "custodio" de sus hijos.

En la nueva legislación francesa sobre divorcio no ha habido cabida para el antiguo término "custodia" (*garde*), que carecería de significado en una situación en que se prevén para ambos padres los mismos derechos y responsabilidades que tenían antes de la separación.

Simplemente, se reconoce a ambos padres la "autoridad parental" (*autorité parentale*) y el derecho y el deber de ejercer la "coparentalidad" (*coparentalité*).

Por su parte, las legislaciones anglosajonas más progresistas, aunque suelen mantener, a causa de las peculiaridades de la terminología jurídica inglesa, la expresión "custodia conjunta" (*joint custody*), han ido introduciendo cada vez con mayor frecuencia expresiones que podrían traducirse por "coparentalidad" (*shared parenting*) o "función parental" (*parenting*).

Lo significativo del fenómeno es que, a diferencia de tantos términos que surgen en sustitución de palabras desprestigiadas para designar de modo distinto a la misma realidad, esta nueva terminología ha nacido para diferenciar una realidad nueva que se abre paso de modo imparable en los países más avanzados de nuestro entorno sociológico.

Hemos llegado al momento histórico en que es preciso romper el viejo molde de la custodia exclusiva o monoparental y sustituirlo por mecanismos más aptos para dar respuesta a las necesidades de las familias separadas y atender el interés superior del niño.

La Coparentalidad es un derecho común a todos los niños, con independencia de que sus padres vivan juntos o estén divorciados.

		SIÓN DE ORCIO		
--	--	------------------	--	--



El tiempo de convivencia.

Por consiguiente, otro de los mitos que hay que desterrar es la creencia en que la coparentalidad (o custodia compartida) significa necesariamente un reparto al 50 por ciento de los períodos de convivencia del niño con cada uno de los padres. Más bien, convendría interpretar la coparentalidad como un reparto al 50 por ciento de los derechos y obligaciones de ambos padres.

En principio, **la fórmula de coparentalidad más idónea es la que permita al niño un mayor disfrute de la presencia y los cuidados de ambos padres**, y ése debería ser el criterio judicial que, en último término, prevaleciese en caso de desacuerdo entre los padres.

Pero es evidente que **cada situación familiar es distinta** y que los padres están en mejores condiciones que nadie para establecer el régimen de custodia que consideren más conveniente para sus hijos en función de sus respectivas circunstancias personales. Al juez corresponderá, en último término, ratificar o no el acuerdo establecido por los padres según lo considere o no idóneo para el bienestar del niño.

Uno de los tópicos más generalizados y, sin embargo, desmentido por múltiples estudios e investigaciones, es lo que podríamos denominar "principio de la corta edad" (*tender years doctrine*), que preconiza la irremplazabilidad de la madre en el cuidado de los niños en los años más tiernos de la infancia (en general, de 0 a 7 años), considerando superflua o secundaria la figura paterna. Más adelante pueden consultarse las referencias a diversos estudios que demuestran lo erróneo de tal creencia.

En cambio, **el peculiar sentido del tiempo de los niños pequeños hacen necesarios los contactos más cortos, pero más frecuentes con cada uno de sus progenitores**.

Los niños de más corta edad tienen menos desarrollada la memoria a largo plazo, por lo que el contacto frecuente con cada uno de los padres es importante para prevenir retrocesos en las relaciones.

El contacto asiduo es particularmente importante durante los primeros años de la vida para reforzar la relación con ambos padres, por lo que el régimen de convivencia exigirá intercambios más frecuentes. Con el paso de los años, la alternancia de los períodos de convivencia puede adoptar un ritmo más espaciado.

Otro factor que deberá tenerse en cuenta es la **distancia geográfica**.

Cuando los padres viven cerca uno del otro y a poca distancia del colegio, cualquier modalidad de coparentalidad es, en principio, viable.

Cuando uno de los padres fija su residencia en un lugar distante, el reparto del tiempo de convivencia deberá ajustarse en consecuencia, con períodos de alternancia más largos y cambios menos frecuentes, básicamente adaptados al calendario escolar y a los periodos vacacionales, es decir Custodia compartida Anual o por curso escolar.

Las **obligaciones laborales** de los padres condicionarán también la distribución de los períodos de convivencia. Por ejemplo, si el trabajo de uno de los padres exige viajes frecuentes entre semana u horarios nocturnos, sus períodos de convivencia con el hijo deberán orientarse básicamente hacia los fines de semana, puentes y vacaciones.

Un modelo orientativo de la alternancia de esos períodos de convivencia con cada uno de los padres, flexible y adaptable a las circunstancias de cada caso, podría ser el siguiente, propuesto por la institución estadounidense Children's Rights Council [Consejo de los Derechos del Niño]:

1	Presencia del contacto con ambos padres
Menos de 1 año	Parte de cada día (mañana o tarde)
1 a 2 años	Alternos
2 a 5 años	Más de dos días seguidos sin ver a cada uno de los padres
5 a 9 años	Presencia semanal, con medio día (mañana o tarde) de convivencia con el progenitor no conviviente durante esa semana
9 años o más	Presencia semanal

2.- CAUSAS para la MODIFICACIÓN: ¿Porque modificar la ley 15/2005 ?

- 1.- Se ha convertido mediante una aplicación mediatizada por la inercia cultural de la sociedad y los jueces, en una NORMA injusta y generadora de graves desajustes y tensiones.
- 2.- Sin análisis previo, se ve a la mujer como el más perjudicado en las situaciones de conflicto matrimonial;
Sistemáticamente los jueces otorgan la Custodia de los hijos a las madres y fijan un "régimen de visitas" de fines de semana alternos para el padre; como consecuencia el ejercicio de la Patria Potestad es una pura entelequia. (Artº 156 Código Civil).
- 3.- Otra consecuencia indeseable es el divorcio práctico entre el "padre no custodio-hijos", en contra de lo que se propugna como filosofía inspiradora de la Ley 15/2005.
- 4.- Por ser una vulneración flagrante de los Artºs 9-2, 14, 27-3, 39-4, 53 de la CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA y el 66 y concordantes del Código Civil que se convierten en papel mojado.
- 5.- Dar la Custodia Compartida sin informe previo del fiscal.
- 6.- La actual Ley de Divorcio (Ley 15/2005) permite que las sentencias eximan a uno de los progenitores de todas sus obligaciones, excepto las económicas.
- 7.- Reivindicamos el seguir ejerciendo como Padres y Madres. Nos divorciamos de nuestras parejas; no queremos que nos separen de nuestros hijos.
Los Hijos deben de seguir teniendo un Padre y una Madre.

Asociación para la Defensa de los Padres Separados
C/ Carrera de San Jerónimo, 18-2º-5
28014 Madrid
Registro Autonómico de Asociaciones ciudadanas: 16.931
Registro de Asociaciones Ayuntamiento de Madrid: 02041
Telf: 91 532 69 21

CIF: G-81695025
e-mail: usedimad@gmail.com

8.- El divorcio debe ser igualmente sencillo, introduciendo únicamente las cautelas necesarias para la protección de las víctimas inocentes -los HIJOS- pero sin olvidar que las primeras víctimas son los propios actores, que deben presuponerse inocentes también.

9.- Debe de contemplarse aspectos no definidos en la actualidad, como el seguimiento de las sentencias en orden a asegurar su cumplimiento, llegando a privar de la custodia al progenitor que incumpla, y dotar a los jueces de mecanismos ágiles para corregir desviaciones.

No se puede ignorar otra fuente de conflictos: la aplicación y seguimiento de las Sentencias en el apartado de tiempos de convivencia: Debe restituirse el tiempo de convivencia con los hijos cuando haya sido hurtado injustamente

10- Los dictámenes psicológicos deben realizarse con total escrupulosidad, teniendo en cuenta que lo fundamental es que los niños sigan teniendo Padre y Madre, ayudándoles a asumir la nueva situación, con plenas garantías de imparcialidad y por Gabinetes Psicosociales especializados en temas de Familia.

11.- La opción por potenciar el convenio y el acuerdo, unida a la eliminación de las causas de los procesos, hace posible que puedan tener cabida en los juicios rápidos civiles (disposición adicional 5ª de la LEC).

3.- ¿ Que es la CUSTODIA COMPARTIDA ?

El término “CUSTODIA COMPARTIDA” responde a una fórmula expresiva y directamente traducida de otros modelos normativos, pero carece de un significado técnico preciso en nuestro Derecho.

Con ella se alude en realidad al modo de ejercicio conjunto o compartido de una patria potestad sobre un menor (o un mayor incapacitado) cuya titularidad tienen ambos padres, si bien es cierto que el Código civil recogía ya el término “guarda” al que parte de la literatura jurídica y de los tribunales le otorgan autonomía, estimando que con él se alude a la convivencia con el hijo y a la toma de las decisiones cotidianas.

Considerando que el ejercicio de la patria potestad en sentido estricto, que puede ser compartido aún siendo la guarda unilateral, afecta a las decisiones más importantes y trascendentales (así, por ejemplo, STS 630/1994 de 25 de junio [RJ 1994\6502], y más recientemente, SAP Baleares 358/2004 (sección 5ª), de 17 de septiembre [JUR 2004\287192]), en la doctrina reciente sustenta esta duplicidad C. GUILARTE MARTÍN-CALERO, *Comentarios a la reforma de la separación y el divorcio. Ley 15/2005, de 8 de julio*, V. GUILARTE GUTIÉRREZ (dir.), Valladolid, Lex Nova, 2005, pp. 135 y 141.

En nuestra opinión se trata de situaciones de ejercicio, simétrico o asimétrico, según sea o no igualitario el reparto de las funciones, de la patria potestad, si bien no vemos

inconveniente en reservar el término “guarda”, “custodia” o incluso ambos, para aludir a aquellos aspectos de dicho ejercicio más relacionados con el control diario del desarrollo personal del niño (custodia legal) y/o la convivencia (custodia física).

Supone la designación del miembro de la pareja sobre el que recaerá el cuidado diario y directo de los hijos menores, encargándose de su educación y control cotidianos, y en definitiva, permitiendo al progenitor que la obtenga desarrollar un mayor grado de afectividad y relación personal con sus descendientes.

En la práctica, y como consecuencia indisolublemente unida a lo anterior, el cónyuge *beneficiario* de la custodia, lo será también en lo que a la atribución de la vivienda familiar se refiere, a lo que habrá que sumar el carácter de acreedor de la pensión de alimentos.

Si hay algo en común a estos veinticinco años de historia jurisprudencial, es el teórico criterio inspirador de todas y cada una de las resoluciones: **el beneficio del menor, favor filii o bonum minoris**.

Beneficios e inconvenientes de la Aplicación de la Coparentalidad:

De los resultados obtenidos de las experiencias en otros países, así como de la opinión de distintos expertos en esta materia, se desprenden las principales ventajas e inconvenientes que comporta la custodia compartida.

Respecto a la custodia monoparental o exclusiva, **la Coparentalidad conlleva beneficios** tanto para el menor como para la relación entre los progenitores:

- **Se preserva mejor la continuidad de la vida familiar del niño.** Las distintas experiencias en custodia compartida han demostrado que se reduce el fracaso escolar, así como las posibles carencias de afectividad.
- **La presencia de las dos figuras, paterna y materna,** en la educación facilita una distribución de las tareas de crianza, la participación en la toma de decisiones y la superación del cliché machista de “padre proveedor” y “madre cuidadora”. Esto favorece, por una parte, la integración social y laboral de las mujeres y, por otra, estimula en los hombres valores considerados tradicionalmente femeninos.
- **Los niños desarrollan una mentalidad y actitud** distinta ante la ruptura de sus padres, al no culpabilizarse por ella y seguir manteniendo la relación con los dos. Los expertos aseguran que la custodia compartida exige que el niño tenga que adaptarse a dos maneras de entender la vida.

- **La relación de los ex cónyuges resulta menos conflictiva**, ya que han debido establecer un acuerdo previo, y desaparecen muchos de los aspectos que más enfrentamiento provocan: la utilización del piso conyugal, el pago de pensiones compensatorias, el impedimento de régimen de visitas, etc. Y, lo que aún es más importante, se deja de utilizar a los hijos como arma arrojadiza o de presión en el reparto de bienes. Como consecuencia, el número de litigios por separación o divorcio descendería, como demuestran las experiencias en otros países.
- **El padre se siente más implicado e integrado** en la educación y desarrollo de sus hijos, al permitirle mantener sus lazos de afectividad y una relación constante. Este hecho supone una ventaja añadida, ya que reduce el impago de pensiones.

Entre **los inconvenientes** que se suelen adjudicar a la custodia compartida, destacan:

- ***El continuo cambio de domicilio*** cuando se opta por la alternancia entre la vivienda materna y paterna. Los detractores de la custodia compartida arguyen que el hecho de que el menor esté haciendo maletas continuamente y vaya de un sitio para otro perjudica a su estabilidad emocional.
- **Existe una mayor exigencia y necesidad de entendimiento** entre los ex cónyuges, para establecer el acuerdo, que en algunas situaciones resulta muy complicado, debido al profundo deterioro de la relación de pareja.

Aunque son muy diversas las modalidades de alternancia en la convivencia con cada uno de los padres, conviene siempre tener presente que **el ritmo de alternancia deberá ser más frecuente cuanto menor sea la edad del niño**.

En general, a falta de un acuerdo distinto entre los padres, podemos considerar que la alternancia semanal prevista en la ley francesa es la fórmula más idónea de convivencia, siempre que se intensifiquen los contactos del progenitor no conviviente en proporción inversa a la edad del niño.

No obstante, como mera hipótesis de trabajo, proponemos algunas modalidades de custodia compartida que ya han demostrado su viabilidad en los países y contextos en que se han aplicado.

Algunas requerirán mayores niveles de colaboración entre los padres que otras, pero cualquiera de ellas conducirá, en circunstancias similares, a resultados preferibles a los de la custodia exclusiva.

Estas serían algunas de esas **posibles** modalidades de custodia compartida (insistimos, expuestas únicamente a título indicativo):

- **La fórmula que los padres establezcan de mutuo acuerdo en función de su situación personal y la del niño** y que, salvo casos excepcionales, el juez considerará como más idónea. (Por ejemplo, y a reserva del pacto económico que los padres establezcan entre



Plz. de los Pinazos, 10. Entre-Planta Dcha
28021 Madrid
Telf.: 649 116 241
Fax: 91 797 67 11
www.padresdivorciados.es
usedimad@gmail.com
<http://padresdivorciados.blogspot.com>

ellos, el niño puede pernoctar con el progenitor que reciba el usufructo de la vivienda familiar y pasar las tardes, desde la salida del colegio hasta después de cenar, con el otro. Etc.)

- Modalidades de **alternancia con un ritmo inferior al semanal**, o incluso diario, en caso de niños de muy corta edad. O de tres días y medio con cada progenitor, según la edad del niño.
- **Alternancia semanal**. En principio, la fórmula más sencilla para niños mayores de cinco años (edad aproximativa). Es la fórmula considerada más idónea por la nueva legislación francesa.
- **Alternancia quincenal**. El niño convive quince días seguidos con cada uno de sus padres y pasa con el otro los fines de semana completos y una o dos tardes entre semana.
- **Alternancia mensual**. El niño convive un mes con cada uno de sus padres y pasa con el otro los fines de semana completos y una o dos tardes entre semana.
- **Alternancia semestral**. El niño convive desde el comienzo del curso hasta después de Navidad con uno y desde enero hasta final de curso con el otro.
- **Alternancia anual o por curso escolar**. Se suele establecer cuando los domicilios están distantes entre sí, una ciudad, país o continente. Cada curso con un progenitor. Esta modalidad está muy extendida en EE.UU y Europa. También se puede hacer en la misma ciudad.
- **Los niños pasan con uno de los padres los días lectivos y con el otro los no lectivos y periodos vacacionales**. El reparto resultante sería, aproximadamente, del 50 por ciento para cada progenitor, pero habría que intercalar periodos de convivencia para el "progenitor de días lectivos" durante las vacaciones estivales (por ejemplo, una semana al mes). Aunque esta fórmula se aleja del espíritu de la custodia compartida, es una posible solución para los casos en que los domicilios de los padres estén muy distantes entre sí.
- **Alternancia de los padres**. Los niños permanecen siempre en el domicilio familiar y son los padres quienes rotan en la utilización de ese domicilio.

Sin duda, esta modalidad requiere un gran espíritu de colaboración por parte de ambos padres, pero puede tener innegables ventajas económicas, sobre todo cuando la prole es numerosa y la residencia alterna con ambos padres requiere el

Asociación para la Defensa de los Padres Separados
C/ Carrera de San Jerónimo, 18-2º-5
28014 Madrid
Registro Autonómico de Asociaciones ciudadanas: 16.931
Registro de Asociaciones Ayuntamiento de Madrid: 02041
Telf: 91 532 69 21

CIF: G-81695025
e-mail: usedimad@gmail.com

mantenimiento de dos domicilios suficientemente grandes.

Por lo que a **la edad de los hijos se refiere**, la jurisprudencia más reciente establece que los más pequeños continúan quedando bajo la custodia materna, criterio imperativo en los supuestos de menores lactantes.

Este tipo de medidas pueden ser entendidas como una violación del principio de igualdad de sexo establecido en el artículo 14 de nuestra Constitución.

Situación que estudios de investigación recientes rechazan, ya que valoran por igual, tanto el contacto materno como paterno en los primeros años de vida, debido a la diversidad de situaciones que se producen con la llegada de un nuevo ser a la Familia.

No obstante, se esta dando en la practica habitual, la fijación de un amplio marco de visitas, estancias y comunicaciones encaminados al mantenimiento de los vínculos paternos - salvo que medien circunstancias objetivas que lo desaconsejen -.

4.- Análisis Art. 92 CC

Las nuevas normas establecen que **es prioritario** elegir la custodia compartida para ambos padres y la patria potestad tiene que ejercitarse conjuntamente, con la intervención del juez, si no hay acuerdo entre las partes.

Ambos cónyuges tienen que velar para el sustento de los hijos en manera proporcional a sus ingresos, al mismo tiempo el juez tiene la facultad de decidir sobre la pensión compensatoria.

En el caso de separación de los padres, el hijo tiene derecho a mantener **una relación equilibrada y continuativa** con cada uno de ellos, tiene derecho a recibir el cuidado, la educación y la instrucción por parte de ambos y de mantener relaciones significativas con los parientes de ambas familias (del padre y de la madre).

Podemos ver que **la Ley Italiana**, en Materia de Separación/Divorcio (Art. 155 y siguientes del Cc.) faculta al Juez a que:

- 1.- Se otorgue la custodia del menor a ambos padres o establece a quien de los dos le sea otorgada.
- 2.- Determina los tiempos y el régimen de visitas de cada padre.
- 3.- Fijando además la medida con la cual cada progenitor tiene que contribuir al mantenimiento del sustentamiento del hijo de ambos, a su cuidado, a su instrucción y su educación.
- 4.- El juez, además, tiene que tener en cuenta, siempre tutelando el interés de los hijos, de los posibles acuerdos entre los padres. Adopta todas las medidas relativas a los hijos.



Plz. de los Pinazos, 10. Entre-Planta Dcha
28021 Madrid
Telf.: 649 116 241
Fax: 91 797 67 11
www.padresdivorciados.es
usedimad@gmail.com
<http://padresdivorciados.blogspot.com>

En España, la actual legislación: Ley 15/2005:

Le corresponde, en exclusiva al juez, que deberá solicitar informe al Ministerio Fiscal y decidir previa audiencia de los hijos y en interés exclusivo de éstos para llevar a cabo una guarda y custodia compartida o alternativa con éxito:

1.- Padre y Madre han de ser capaces de ponerse de acuerdo en las pautas de conducta a adoptar. *Situación de Mutuo Acuerdo.*

2.- En *los procesos Contenciosos*, el juez deberán analizar, cada caso individual, teniendo en cuenta:

- a.- la edad de los menores, y
- b.- el rol y la función que han desempeñado padre y madre durante el matrimonio.
- c.- A su vez, el juez tendrá en cuenta la proximidad geográfica entre el domicilio del padre y el de la madre.

Nuestro planteamiento sobre este tema sería:

Antes de otorgar la custodia compartida, el juez tendrá en cuenta ciertos requisitos evidentes, como:

- 1.- los deseos e interés de los hijos,**
- 2.- Los Posibles acuerdos entre los padres**
- 3.- la disponibilidad de los progenitores,**
- 4.- la ubicación de sus domicilios,**
- 5.- sus horarios o los medios económicos.**

Y sin el Informe, vinculante, del Ministerio Fiscal.

En la exposición de motivos de la ley 15/2005, se establece que se prevé expresamente que los padres puedan acordar en el convenio regulador que el ejercicio se atribuya exclusivamente a uno de ellos, o bien a ambos de forma compartida.

También el juez, en los procesos incoados a instancia de uno solo de los cónyuges, y en atención a lo solicitado por las partes, puede adoptar una decisión con este contenido, siempre teniendo en cuenta el principio del "*favor filii*").

Precisamente por ello, pensamos que si de verdad ahora se trataba de alterar las reglas de ejercicio de la patria potestad cuando los padres no conviven entre sí -estén o hayan estado o no casados, lo que desde la lógica de la igualdad de los hijos debe resultar indiferente- los preceptos que **se hubieran debido modificar eran los relativos al ejercicio de la patria**

Asociación para la Defensa de los Padres Separados

C/ Carrera de San Jerónimo, 18-2º-5

28014 Madrid

Registro Autonómico de Asociaciones ciudadanas: 16.931

Registro de Asociaciones Ayuntamiento de Madrid: 02041

Telf: 91 532 69 21

CIF: G-81695025
e-mail: usedimad@gmail.com

potestad y, muy especialmente, los Art. 156 y 159 del Cc. los cuales, sin embargo, no han sido tocados por la reforma que comentamos.

Pues bien, la elección de esa equivocada sede normativa y la falta de coordinación con las normas generales en materia de patria potestad trae como primera consecuencia la siguiente pregunta:

¿Han de ser aplicadas o no las disposiciones contenidas en el art. 92 Cc. cuando la controversia sobre el ejercicio de la patria potestad no se produzca en el seno de un procedimiento de separación o divorcio, sino entre los padres de un hijo no casados entre sí?

La nueva situación legal parte pues de unas normas generales sobre ejercicio de la patria potestad que sigue siendo idéntica a la introducida por la Ley 13/1981 y que, en lo que ahora nos interesa, dicen así:

Art. 156 Cc.:

“La patria potestad se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores o por uno sólo con el consentimiento expreso o tácito del otro [...].

[...] Si los padres viven separados, la patria potestad se ejercerá por aquel con quien el hijo conviva. *Sin embargo*, el Juez, a solicitud fundada del otro progenitor, podrá, en interés del hijo, atribuir al solicitante la patria potestad para que la ejerza conjuntamente con el otro *progenitor o distribuir entre el padre y la madre las funciones inherentes a su ejercicio”.*

Art. 159 Cc.:

“Si los padres viven separados y no decidieren de común acuerdo, el Juez decidirá, siempre en beneficio de los hijos, al cuidado de qué progenitor quedarán los hijos menores de edad. El Juez oirá, antes de tomar esta medida, a los hijos que tuvieran suficiente juicio y, en todo caso, a los fueran mayores de doce años”.

Es de resaltar que las normas de la Ley 30/1981 en materia de separación y divorcio que aludían a las relaciones posteriores a la crisis matrimonial entre padres e hijos no discrepaban de lo indicado, pues el art. 96 Cc., en defecto de acuerdo atribuía el uso de la vivienda conyugal y de los objetos de uso ordinario de la misma a los hijos y al cónyuge en cuya compañía quedasen, lo que hacía pensar que la situación ordinaria era la convivencia con uno sólo de ellos, mientras que conforme al art. 92 Cc., en su penúltimo párrafo y en su versión anterior:

“Podrá también acordarse, cuando así convenga a los hijos, que la patria potestad sea ejercida total o parcialmente por uno de los cónyuges o que el cuidado de ellos corresponda a uno u otro procurando no separar a los hermanos”

lo cual de nuevo nos llevaba a una situación ordinaria de ejercicio unilateral, pero no excluía cualquier otra modalidad.



Plz. de los Pinazos, 10. Entre-Planta Dcha
28021 Madrid
Telf.: 649 116 241
Fax: 91 797 67 11
www.padresdivorciados.es
usedimad@gmail.com
<http://padresdivorciados.blogspot.com>

Lo que se debió valorar, en un momento en que el legislador está obligado a velar porque las leyes que aprueba no contengan elementos directa o indirectamente discriminatorios, fue el cambio del término "patria potestad" por otro neutral desde la perspectiva de género, pues no cabe duda que, a pesar de su carácter tradicional o precisamente por él, evoca al padre y no a la madre. *Lege ferenda* debe producirse su sustitución por otro más adecuado, como el de "autoridad parental" o "responsabilidad parental" al modo que se ha hecho en el Derecho comunitario (*vid*

http://europa.eu.int/comm/justice_home/fsj/civil/parents/fsj_civil_recognition_parents_en.htm, fecha de consulta, 25 de abril de 2006), en otros países de nuestro entorno, o incluso en algunas Comunidades Autónomas.

LA MODIFICACIÓN DEL ART. 92 CC. EN LA LEY 15/2005.

EL LIMITADO ALCANCE DE LA REFORMA.

La Custodia Compartida ha sido el tema estrella en la tramitación parlamentaria de la Ley 15/2005, a pesar de que tanto por su ubicación, como por su significado normativo real, su verdadera importancia haya sido, al menos desde un punto de vista estrictamente técnico, muy relativa.

En realidad la modificación en este punto se ha limitado a dar una nueva redacción al art. 92 del Cc., sin que haya sido alterado no sólo, como ya se expuso, los artículos 156 y 159 del Cc., sino ni siquiera el art. 96 Cc. relativo al uso de la vivienda en caso de crisis matrimonial, omisión esta última que, como se verá más adelante, va a producir más de un quebradero de cabeza a los aplicadores del Derecho.

Poco tiene que ver este planteamiento con la admisión generalizada de un régimen de Autoridad Parental compartida e igualitaria como el que se ha producido en los últimos años en el Derecho comparado que nos es más cercano y con los planteamientos de los tratados internacionales que velan por los derechos de los niños, muestra de lo cual son los Art. 7, 9 y 18 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño firmada en Nueva York el 26 de junio de 1990.

En estas condiciones no debe extrañar, que siguiendo los criterios imperantes en la moderna psicología y psiquiatría familiar, los ordenamientos de los países más avanzados hayan ido estableciendo progresivamente un régimen de Custodia Compartida o ejercicio conjunto e igualitario, también en el plano personal, de la Patria Potestad, lo que suele ser reconocido en el ámbito comparado con el término "*joint custody*".

Asociación para la Defensa de los Padres Separados
C/ Carrera de San Jerónimo, 18-2º-5
28014 Madrid
Registro Autonómico de Asociaciones ciudadanas: 16.931
Registro de Asociaciones Ayuntamiento de Madrid: 02041
Telf: 91 532 69 21

CIF: G-81695025
e-mail: usedimad@gmail.com

Así, por ejemplo, la mayor parte de los Estados de Estados Unidos han ido evolucionando desde un sistema de custodia unilateral, imperante en los años setenta, a la progresiva implantación, a partir de los ochenta, de la custodia compartida, incluso, en muchos casos, aunque los padres no estén de acuerdo.

Por su parte, en los estudios del Ministerio de Justicia alemán que condujeron a la reforma de las relaciones entre padres e hijos (*Reform zum Kindschaftsrecht*) de 1997, por la que se estableció la Autoridad Parental Compartida, tanto en los aspectos personales, como patrimoniales, se puso de relieve que entre padres separados esta modalidad era más adecuada que la unilateral para reducir la tensión entre los padres, limitar los efectos negativos del divorcio para los hijos y favorecer el contacto futuro entre los hijos y ambos padres.

Un criterio similar mantiene Ley de 4 de marzo de 2002 sobre ejercicio de la Autoridad Parental, que dio el paso definitivo en el establecimiento de la Autoridad Parental conjunta de los padres separados, al suprimir toda referencia a una residencia habitual del hijo, pudiendo establecerse incluso sin el acuerdo entre los padres, una residencia alternada del hijo.

Estas dos últimas apreciaciones resultan hasta cierto punto superfluas, pues tanto la una como la otra responden a principios generales de nuestro Derecho, dimanantes del art. 39 de la CE y de las obligaciones internacionales contraídas por el Estado español y están reiteradamente expresadas en nuestro Derecho interno.

Que un error en la votación del Congreso de las enmiendas del Senado al proyecto de Ley por parte del Grupo Socialista propició el rechazo de la que se acaba de señalar y, consiguientemente, que el texto publicado en el BOE haya sido el que salió del Congreso en el primer debate, sin más variación que la mención en el párrafo sexto a que el juez, para otorgar el ejercicio compartido de la guarda y custodia haya de valorar, además de las relaciones que mantengan los padres entre sí, las que mantengan con sus hijos.

Analizaremos el Art. 92 del Cc., en profundidad:

1. La separación, la nulidad y el divorcio no eximen a los padres de sus obligaciones para con los hijos. Sin comentarios
2. El Juez, cuando deba adoptar cualquier medida sobre la custodia, el cuidado y la educación de los hijos menores, velará por el cumplimiento de su derecho a ser oídos. Sin comentarios al respecto.
3. En la sentencia se acordará la privación de la Patria Potestad cuando en el proceso se revele causa para ello. Sin comentarios.
4. Los padres podrán acordar en el convenio regulador o el Juez podrá decidir, en beneficio de los hijos, que la patria potestad sea ejercida total o parcialmente por unos de los cónyuges.



Plz. de los Pinazos, 10. Entre-Planta Dcha
28021 Madrid
Telf.: 649 116 241
Fax: 91 797 67 11
www.padresdivorciados.es
usedimad@gmail.com
<http://padresdivorciados.blogspot.com>

Hasta la fecha, no se hacía referencia al convenio, ya que correspondía a un supuesto en que no existía acuerdo. Dependerá de cada caso en particular, de las circunstancias que rodea a cada caso.

5. Se acordará el Ejercicio Compartido de la Guarda y Custodia de los hijos cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador o cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento.

El juez acordará de forma automática la Guarda y Custodia Compartida de los hijos, a ambos padres o establece a quien de los dos le sea otorgada según cada caso.

El Juez, al acordar la Guarda Conjunta y tras fundamentar su resolución, adoptará las cautelas procedentes para el eficaz cumplimiento el régimen de Guarda establecido, procurando no separar a los hermanos.

El uso del tiempo del verbo aplicado a la resolución del juez – se acordará- representa que la acción judicial es imperativa, y por tanto, si lo piden ambos, el juez la acordará, sin excepciones, sin establecer condición ni requisito complementario alguno.

Cuando uno de los progenitores intente sabotear la custodia compartida sin motivo que lo justifique ,automáticamente la custodia pasará al progenitor mas generoso.

6. En todo caso, antes de acordar el Régimen de Guarda y Custodia, el Juez deberá recabar informe del Ministerio Fiscal, y oír a los menores que tengan suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, partes o miembros del Equipo Técnico Judicial, o del propio menor, valorar las alegaciones de las partes vertidas en la comparecencia y la prueba practicada en ella, y la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos para determinar su idoneidad con el régimen de guarda.

El Juez “deberá oír”, con lo cual se desvirtúa la consideración de un derecho de los menores, para mantenerlo en una obligación de todos, incluidos los mayores de 12 años.

Se establece que “ en todo caso”, - por tanto, es de aplicación en los mutuos acuerdos y en los contenciosos- antes de acordar el régimen de guarda y custodia, el Juez deberá recabar informe del Ministerio Fiscal, - art 749 LEC- ,oír a los mayores de 12 años y, si lo considere preciso, a los menores que tengan suficiente juicio, valorar las alegaciones de las partes vertidas en la comparecencia y la prueba practicada en ella.

¿En qué comparecencia?

Si es un contencioso, habrá una vista (art 770 y 774 LEC).

Asociación para la Defensa de los Padres Separados
C/ Carrera de San Jerónimo,18-2º-5
28014 Madrid
Registro Autonómico de Asociaciones ciudadanas:16.931
Registro de Asociaciones Ayuntamiento de Madrid: 02041
Telf: 91 532 69 21

CIF: G-81695025
e-mail:usedimad@gmail.com

Si es un mutuo acuerdo, habrá una diligencia de ratificación de la petición de separación o divorcio (art 777.3 LEC).

El juez también debe valorar la relación que los padres mantengan entre sí para determinar su idoneidad con el régimen de guarda, pero no menciona que haya de tener en cuenta sus condiciones personales, laborales, psíquicas y morales, sus posibilidades de prestar los cuidados exigidos por los hijos.

¿ No tendrá que valorarlas?

¿ Pero si uno de los Progenitores no quiere mantener ningún tipo de relación con el otro para quedarse con los menores en litigio?.

7. No procederá la guarda conjunta cuando cualquiera de los padres esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos.

Tampoco procederá cuando el Juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica.

Aún en caso de acuerdo entre los padres, el juez no puede establecer un régimen de Custodia Compartida en una serie de casos previstos, los cuales básicamente se refieren a la situación en que uno de ellos “esté incurso” en un procedimiento penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos, así como en los casos en los que existan indicios fundados, derivados de las alegaciones de las partes y de las pruebas practicadas, de violencia doméstica.

Este párrafo séptimo no sufrió variaciones desde el inicial Proyecto de Ley, lo que no deja de ser curioso si se tiene en cuenta su absoluta falta de rigor técnico y las muchas dudas interpretativas que puede acarrear. Para empezar no existe ningún concepto jurídico-penal que pueda denominarse “estar incurso en un procedimiento”.

Se debió aludir a “estar condenado” o, la que más parece haber sido la probable voluntad del legislador, “estar imputado”, puesto que texto menciona el procedimiento, pero no la necesidad de sentencia.

También sorprende que sea suficiente el inicio de un proceso, sin ni siquiera indicios fundados – que se exigen en los casos de otras violencias domésticas- de la existencia de estas conductas para que se produzcan efectos jurídicos, con violación flagrante de la presunción de inocencia. Plantea dudas respecto a su legitimidad, ya que a quien aún no ha sido condenado y puede resultar absuelto se le está imponiendo un pena indirecta restringiendo el contacto con sus hijos, lo cual no parece muy conforme con el principio de presunción de inocencia.

Porque no se precisa una condena en firme para impedir la guarda conjunta, lo que vuelve a suscitar las dudas sobre el respeto al principio de presunción de inocencia, además de que en este caso ni siquiera se pide la imputación (si es que eso es “estar incurso”), bastando para



Plz. de los Pinazos, 10. Entre-Planta Dcha
28021 Madrid
Telf.: 649 116 241
Fax: 91 797 67 11
www.padresdivorciados.es
usedimad@gmail.com
<http://padresdivorciados.blogspot.com>

impedir esta modalidad de guarda, con la existencia de meros "indicios", término que tampoco ofrece garantías suficientes de certeza y seguridad jurídicas.

Finalmente en este punto séptimo, es asimismo problemática la alusión concreta a la violencia doméstica.

Sin dejar de reconocer los peligros que la violencia en el seno de la familia puede acarrear y, consecuentemente, la necesidad de proteger a los miembros más vulnerables, el tenor literal del precepto ahora analizado suscita bastantes reparos.

8. Excepcionalmente, aun cuando no se den los supuestos del apartado cinco 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 sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor.

La situación sobreexcepcional contenida en este párrafo octavo del art. 92 del Cc., constituyó el verdadero caballo de batalla de la tramitación parlamentaria: el posible establecimiento de un régimen de guarda y custodia compartida aún en caso de desacuerdo de los padres.

Según la dicción definitiva del precepto, el juez para decretar esta modalidad de guarda sin acuerdo de los padres precisa que uno de ellos la inste y que el Ministerio Fiscal emita informe favorable.

De esta suerte, aún cuando estime que es lo mejor para la salvaguarda del interés del menor, el juez no podrá establecerla si ninguno de los padres lo solicita –por ejemplo, porque cada uno la pide para sí- y/o si el Fiscal no lo estima oportuno en su informe, lo cual sorprendentemente traslada el derecho de veto al que aludíamos en relación con uno de los padres en el párrafo quinto, al Ministerio Público.

Al establecer que excepcionalmente, aun cuando no se den los supuestos del apartado 5 de este artículo – referido al acuerdo de los progenitores- el Juez, "*con informe favorable del Ministerio Fiscal, podrá acordar la guarda y custodia compartida fundamentándola en que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor*".

No es la mejor forma, sino la única forma. Tal caso, no va a darse nunca, ni habrá juez que afirme que esa posibilidad es la única de proteger a un menor. Si así fuera, se debe partir de que sí se atribuyera la custodia a uno de los padres, el hijo quedaría desprotegido totalmente y únicamente si se concede a los dos quedaría protegido.

Así pues, si estando con uno de los dos padres, el juez estima que el hijo no está protegido y otorgara la custodia alternativa, habría inexorablemente que declarar su desprotección y ponerlo bajo la tutela de la Entidad pública.

Por otra parte, al exigirse el informe favorable del Ministerio Fiscal para acordar esta forma de guarda, se está elevando su función a la condición de decisoria y limitativa de la discrecionalidad judicial..

A nuestro entender, ambas cosas son inconvenientes y refuerzan además la idea de la prevención con la que nuestro legislador ve la modalidad de custodia más justa y extendida en los Derechos modernos.

Constituye, por lo demás, un curioso paso atrás del legislador de 2005 en lo que ya era Derecho vigente con anterioridad a la comentada reforma: la imposición, incluso de oficio, de la custodia compartida cuando ello fuese según el criterio judicial lo más adecuado para el interés del menor.

Además de contradecir la doctrina del Tribunal Constitucional, esta nueva regulación contenida en el art. 92.8º Cc. contradice los principios generales del sistema de protección del menor y ocasiona alguna antinomia en el seno del propio Código civil.

En relación con lo primero, porque el principio general básico en esta materia ha de ser el de la protección del interés del menor el cual, como señala el art. 2º de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero:

“primará [...] sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir”.

Lo segundo porque en nuestro sistema ha sido el Juez, y no el Fiscal ni los padres, el supremo garante del mencionado interés y ello sigue siendo así en normas vigentes que no han sido modificadas por la Ley 15/2005 y cuya coherencia con el párrafo octavo del art. 92 Cc. no resulta óptima.

El propio artículo 92 Cc. en su párrafo 4º establece tras la reforma de la Ley 15/2005 que:
“Los padres podrán acordar en el convenio regulador o el Juez podrá decidir, en beneficio de los hijos, que la patria potestad sea ejercida total o parcialmente por uno de los cónyuges”.

Lo que literalmente autoriza al juez a decretar tanto un ejercicio unilateral, como uno conjunto y compartido.

Piénsese además en el art. 158.4º del Cc., que en sede de relaciones paterno-filiales autoriza al juez para dictar en cualquier proceso civil o penal -por tanto también en uno de nulidad, separación o divorcio- o en cualquier procedimiento de jurisdicción voluntaria:

“[...] las demás disposiciones que considere oportunas, a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios”



Plz. de los Pinazos, 10. Entre-Planta Dcha
28021 Madrid
Telf.: 649 116 241
Fax: 91 797 67 11
www.padresdivorciados.es
usedimad@gmail.com
<http://padresdivorciados.blogspot.com>

Pues bien, este precepto ha servido de fundamento para que el juez otorgase potestades de guarda a los abuelos en detrimento de los padres, lo que nos induce a pensar que, con mayor razón, es fundamento más que suficiente para que el juez –incluso de oficio– otorgue también guardas compartidas entre los progenitores, aún en el caso de falta de acuerdo entre ellos.

De ser así resultará que ambos preceptos, art. 92.8º Cc. y 158.4º Cc., contienen mandatos que pueden llegar a ser contradictorios.

Sirva a título de ejemplo, además de las cuestiones relativas al “reparto” del uso de la vivienda, los problemas derivados de las eventuales pensiones alimenticias o de la concreción de la responsabilidad civil dimanante del art. 1903 en su párrafo segundo del Cc.

Este último precepto tampoco ha sido tocado por la reforma de 2005, lo que nos invita a pensar si en los supuestos de la llamada custodia compartida los hijos se hallan en cualquier situación y a esos efectos bajo la guarda de ambos padres –quienes serían siempre solidariamente responsables– o habrá de considerarse la situación fáctica de guarda en el momento en el que el menor ha cometido el ilícito civil, y declarar responsables al guardador (compartido) que en ese momento de hecho ostente la “tenencia” del menor.

El legislador de 2005 debió ser más valiente y abordar de modo directo las normas relativas al ejercicio de la patria potestad, a fin de garantizar que, puesto que, como regla general, relación paritaria y simétrica con ambos padres protege mejor el interés del menor que cualquier tipo de relación privilegiada con uno de ellos, **LA NORMA JURÍDICA GENERAL FUERA LA COTITULARIDAD Y EL COEJERCICIO** de todas las funciones tuitivas, tanto si los padres viven juntos, como si están separados.

Lejos de tomar esa opción, la Ley 15/2005 se ha conformado con mantener como criterio de normalidad el ejercicio unilateral de la potestad de guarda, limitándose a hacer posible la conjunta cuando ambos padres estén de acuerdo en esa modalidad, lo que otorga al disconforme un derecho de veto inadmisibles desde la perspectiva del interés del menor.

Es cierto que, con carácter absolutamente excepcional, se admite la posibilidad de que a instancia de uno de los progenitores (o padres adoptivos) el juez acuerde la guarda y custodia compartida, previo informe favorable del Ministerio Fiscal, lo cual constituye una novedad perturbadora en nuestro sistema y de dudoso encaje en el seno del propio Código.

9. El Juez, antes de adoptar alguna de las decisiones a que se refieren los apartados anteriores, de oficio o a instancia de parte, podrá recabar dictamen de especialistas

Asociación para la Defensa de los Padres Separados
C/ Carrera de San Jerónimo, 18-2º-5
28014 Madrid
Registro Autonómico de Asociaciones ciudadanas: 16.931
Registro de Asociaciones Ayuntamiento de Madrid: 02041
Telf: 91 532 69 21

CIF: G-81695025
e-mail: usedimad@gmail.com

debidamente cualificados, relativo a la idoneidad del modo de ejercicio de la patria potestad y del régimen de custodia de los menores.»

La novedad es la introducción del adjetivo “ debidamente cualificados”.

Es opinión generalizada que se echa de menos la regulación de los equipos psicosociales adscritos – o que deben ser adscritos- a los juzgados de familia y la regulación de la forma de practicar este medio de prueba.

5.- Propuestas de Modificación.

- **Modificación de la Ley 15/2005** en su Art. 92 del Cc.
- **La Patria Potestad** debe ser ejercida conjuntamente como principio y sólo se privará de su ejercicio al o a los progenitores cuando concurren causas suficientes.
- **La Guarda y Custodia de los hijos** será como norma compartida por ambos progenitores como premisa imprescindible para la participación igualitaria en la Formación Integral de sus hijos y el ejercicio efectivo de la Patria Potestad conjunta. Sólo se privará de ella cuando concurren causas suficientes o se produzca renuncia expresa.
- **Presentar un Plan de Parentalidad:** Se trata de una propuesta por escrito que deberán presentar los cónyuges al juez de manera conjunta o separada en todos los casos de ruptura y en la que detallarán:
 - 1.- cómo se relacionarán con los hijos cuando no estén con ellos,
 - 2.- cómo ejercerán sus responsabilidades,
 - 3.- cómo adoptarán las decisiones que afecten a su cuidado y educación y,
 - 4.- en definitiva, qué labores ejercerán cada uno y qué tiempo dedicarán.
- **Liquidación de la sociedad de gananciales** (cuando ése sea el régimen económico del matrimonio) en el mismo acto del divorcio o separación para evitar fuentes de conflicto posteriores.
- **La Desvinculación de la Vivienda** (aspecto económico) del proceso de Separación/Divorcio (aspecto Emocional).
- **La Desjudicialización de las rupturas de pareja.** La eliminación de la obligatoriedad de la asistencia de abogado y representación mediante procurador. Sería suficiente con añadir un nuevo apartado al art. 4 de las Disposiciones Comunes (Disposiciones Básicas del Enjuiciamiento Civil).

- Es imprescindible que se **simplifiquen los trámites** con la natural consecuencia de su abaratamiento, tanto económico como moral. No siendo preceptiva la asistencia de procurador ni la de abogado para contraer matrimonio, a pesar de las consecuencias legales, sociales y económicas que ocasiona la firma de un contrato matrimonial, no se ve la necesidad de su imposición en los pleitos de divorcio. Debería ser suficiente la asistencia jurídica opcional teniendo las partes suficiente capacidad para representarse a sí mismos al igual que en el acto de contraer matrimonio.
- **Tampoco tiene sentido** que el propio juez sea el que instruya y juzgue, o vuelva a juzgar en enésimas ocasiones, hasta incluso cuestiones ya juzgadas...
- **La excesiva litigiosidad**, además de consecuencias prácticas negativas como el "atasco" en los juzgados, o gravar una economía familiar ya dañada por la especial situación con gastos muy importantes para abonar minutas de abogados, procuradores, psicólogos, trabajadores sociales, detectives, etc. favorece el desarrollo de una espiral de rencor terriblemente dañina para los actores y que salpica a todos los que los rodean y, en demasiadas ocasiones conduce a la instrumentalización y manipulación de los niños.
Es trivial que la reforma procesal debe ir paralela a la de la propia Ley.
- Se **perseguirán las denuncias falsa de oficio** y se retirará la custodia a quien intente obstruir, sabotear, alejar a cualquier progenitor de su hijo o a quien utilice a sus hijos para sacar ventaja en la separación, **es decir, provoque el SINDROME DE ALIENACIÓN PARENTAL. (S.A.P.)**
- La Urgentísima, necesidad de que se **regulen los Equipos Técnicos Psicosociales**, se determinen protocolos, etc. (En la actualidad son ilegales, son "un fantasma").
- **La creación de un organismo** que haga el seguimiento del grado de cumplimiento de las sentencias de divorcio en lo que respecta a la comunicación y estancias de los hijos con el progenitor no custodio.
- **Creación de Gabinetes de Mediación Familiar** con carácter de servicio público y categoría de organismo consultivo obligado que proporcione asesoría legal y asistencia psicológica y social a las parejas y a los hijos en caso de desavenencias para antes, durante y después de los procesos de divorcio.
- Otro asunto más: la urgentísima necesidad de **regular al cambio de Domicilio**: lo relativo a que la madre o el padre, aunque raramente, pongan tierra por medio para alejar a los hijos del otro Progenitor y boicotear la comunicación, estancias e intentar dificultar el

acceso del progenitor a sus hijos, etc. prevaleciendo siempre la voluntad de la madre custodia, aplicando cosas tales como el precepto constitucional de que uno puede fijar su domicilio donde la plazca.....

No es admisible que se produzca constantemente el secuestro de menores.

- **Se creara una Institución** a la cual los progenitores no custodios, y los custodios en caso de custodia compartida, pudieran dirigirse para poder **fiscalizar** el destino y uso, que se le da de las Pensiones por Alimentos, que supuestamente debe ser para la manutención de los menores y las Compensatorias. Ésta es la única manera de acabar con la sensación (permítaseme que sea grosero) de que se está pagando un impuesto revolucionario por haber tenido un momento de placer.....

- Para **acabar con la Precariedad, el Empobrecimiento** que supone en muchísimos casos el divorcio tanto para los menores como para los adultos: sobre la necesidad urgente de un Fondo de garantías de pensiones (a punto de aprobarse por parte del Gobierno), viviendas de alquiler de renta baja para padres separados, casas de acogida, etc.

- Otro asunto es **la absoluta arbitrariedad** con la que se mueven los jueces y fiscales, el que sea casi imposible que una Audiencia Provincial revoque una sentencia de primera instancia.

También de lo preocupante que es que cada Audiencia Provincial sea de facto un reino de taifas; tal es así que hay sentencias de audiencias provinciales que son absolutamente contradictorias con las de otras provincias.....

¡Un desbarajuste y un disparate judicial!.

6.- Pensión Compensatoria.

Artículo 97 del Cc.:

El cónyuge al que la separación o el divorcio produzca un desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio, tendrá derecho a una compensación que podrá consistir en una pensión temporal o por tiempo indefinido, o en una prestación única, según se determine en el convenio regulador o en la sentencia.

A falta de acuerdo de los cónyuges, el Juez, en sentencia, determinará su importe teniendo en cuenta las siguientes circunstancias:

- 1.^a Los acuerdos a que hubieran llegado los cónyuges.
- 2.^a La edad y el estado de salud.
- 3.^a La cualificación profesional y las probabilidades de acceso a un empleo.
- 4.^a La dedicación pasada y futura a la familia.
- 5.^a La colaboración con su trabajo en las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge.
- 6.^a La duración del matrimonio y de la convivencia conyugal.

7.^a La pérdida eventual de un derecho de pensión.

8.^a El caudal y los medios económicos y las necesidades de uno y otro cónyuge.

9.^a Cualquier otra circunstancia relevante.

En la resolución judicial se fijarán las bases para actualizar la pensión y las garantías para su efectividad.

¿ Cuando cabe la pensión compensatoria ?.

Para que nazca este derecho, debe darse un desequilibrio económico entre los cónyuges con motivo de la separación o divorcio.

En la demanda, se debe hacer constar cual era la situación económica en el momento en que se produjo la ruptura matrimonial y cual era la situación posterior.

El desequilibrio debe situarse en el MOMENTO de la ruptura y debe suponer un descenso en el nivel de vida gozado en el matrimonio, y no se basa sólo en un elemento económico sino también puede ser afectivo o moral.

Si se impone el pago de dicha pensión no puede en ningún caso suponer el enriquecimiento de uno a costa del empobrecimiento del otro, porque trata de igualar la situación de ambos cónyuges pero no tiene un carácter indemnizatorio ni por los daños causados a la familia ni los perjuicios morales por infidelidad, malos tratos u otras cuestiones.

Por lo que se refiere a la duración del cobro de la misma, dependerá en cada caso teniendo en cuenta la situación personal, familiar, laboral y social del que pretenda percibirla y del que deba pagarla.

Los parámetros que , en conclusión, tienen en cuenta los jueces para su concesión son:

- 1- Duración del matrimonio.
- 2- Edad, tanto en el momento de contraer matrimonio como en el de cesar el vínculo, del cónyuge que aspire a ser beneficiario de la pensión compensatoria.
- 3- La incidencia del matrimonio en la eventual ruptura o no continuidad de actividades educativas o laborales previas al mismo.
- 4- El grado de aptitud técnica o laboral de uno y otro cónyuge.
- 5- La edad y número de hijos del matrimonio que hubieran quedado al cuidado de uno u otro.
- 6- La mayor o menor intensidad del apoyo familiar que reciba el que aspira a ser titular

Asociación para la Defensa de los Padres Separados

C/ Carrera de San Jerónimo,18-2º-5

28014 Madrid

Registro Autonómico de Asociaciones ciudadanas:16.931

Registro de Asociaciones Ayuntamiento de Madrid: 02041

Telf: 91 532 69 21

CIF: G-81695025

e-mail:usedimad@gmail.com

de la misma.

7-En términos generales , las posibilidades y necesidades de cada cónyuge.

7.- Legislación Aplicable.

Artículo 3 Convención sobre los Derechos del Niño:

1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.

Artículo 14 Constitución Española:

Los españoles son iguales ante la Ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.

Artículo 39 Constitución Española:

1. Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia.

2. Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales estos ante la Ley con independencia de su filiación y de la madre, cualquiera que sea su estado civil. La Ley posibilitará la investigación de la paternidad.

3. Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda.

4. Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos.

Artículo 1. LEY ORGÁNICA 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

Objeto de la Ley: Las mujeres y los hombres son iguales en dignidad humana, e iguales en derechos y deberes.

Esta Ley tiene por objeto hacer efectivo el derecho de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, en particular mediante la eliminación de la discriminación de la mujer, sea cual fuere su circunstancia o condición, en cualesquiera de los ámbitos de la vida y, singularmente, en las esferas política, civil, laboral, económica, social y cultural para, en el desarrollo de los art. 9.2 y 14 de la Constitución, alcanzar una sociedad más democrática, más justa y más solidaria.

En Madrid, 05 de Septiembre de 2007



Plz. de los Pinazos, 10. Entre-Planta Dcha
28021 Madrid
Telf.: 649 116 241
Fax: 91 797 67 11

www.padresdivorciados.es

usedimad@gmail.com

<http://padresdivorciados.blogspot.com>

Asociación para la Defensa de los Padres Separados de Madrid

R.G.A.CM. Sección Iª nº 16.931

NIF G-81695025

TFN: 91 532 69 21 --- 649 116 241

e-mail: usedimad@gmail.com

<http://padresdivorciados.blogspot.com>

www.usedimad.com

Asociación para la Defensa de los Padres Separados

C/ Carrera de San Jerónimo, 18-2º-5

28014 Madrid

Registro Autonómico de Asociaciones ciudadanas: 16.931

Registro de Asociaciones Ayuntamiento de Madrid: 02041

Telf: 91 532 69 21

CIF: G-81695025

e-mail: usedimad@gmail.com