

## II JORNADAS DE CORRESPONSABILIDAD PARENTAL

### LA LEY VASCA DE CORRESPONSABILIDAD PARENTAL UN AVANCE DEMOCRATICO EN LA DEFENSA DEL INTERES DEL/LA MENOR EN EUSKADI

La ley que hoy nos trae aquí tiene como antecedente más cercano la IPL de 12 de abril de 2011 que se presentó ante el parlamento vasco con 85.00 firmas de ciudadanos y ciudadanas que demanda una regulación distinta ante las situaciones de ruptura de parejas.

Pero no es un hecho aislado o no surge sin más sino que existen algún que otro precedente más que evidencia un rumbo determinado en la forma de legislar en nuestro territorio. Así no podemos obviar la el 3/2005 de 18 de febrero de "atención y protección a la infancia y a la adolescencias" cuyo objetivo era atender a la infancia y adolescencia en garantía del ejercicio de sus derechos. La ley 13/2008 de 12 diciembre de apoyo a las familias que regulaba una serie de medidas de apoyo en caso de ruptura y que potenciaba sin duda la coparentalidad.

La Ley 7/2015, cuya entrada en vigor se ha producido este 10 de octubre, a nuestro juicio tiene como principal aportación consagrar un cambio de paradigma que, en realidad, viene ya produciéndose a nivel jurisprudencial, y que tiene que ver con la excepcionalidad con que la legislación vigente contempla la custodia compartida en aquellos casos en que, por la razón que sea, no exista acuerdo entre los progenitores: es decir, cuando uno la solicita, mientras que el otro pide que se le otorgue a él/ella en exclusiva, tal y como de una primera lectura podemos inferir de la redacción dada al Código Civil por la Ley 25/2005 (donde podemos pensar si bien es posible que las parejas separadas acuerden compartir la custodia de sus hijos e hijas siempre que exista acuerdo entre ambos, en caso contrario, es decir si uno de ellos se opone el régimen de custodia sería el que se ha venido aplicando hasta la fecha. Podíamos hablar de excepcionalidad del régimen de custodia compartida, si bien, como hemos apuntado la jurisprudencia afortunadamente ha ido contextualizándolo

Frente a este modelo, la ley vasca plantea que, en tales supuestos, cuando no hay acuerdo entre las partes el Juez pueda analizar la conveniencia de que ambos progenitores compartan la custodia, atendiendo a las circunstancias particulares de cada caso y priorizando la opción de la corresponsabilidad, en la medida en que no se demuestre que resulta contraindicada para los y las menores, cuyo interés debe prevalecer en todo caso. Así, su art. 9.2 establece que *"La oposición a la custodia compartida de uno de los progenitores o las malas relaciones entre ambos no serán obstáculo ni motivo suficiente para no otorgar la custodia compartida en interés del menor"*, para a continuación señalar una serie de circunstancias a las que el juez deberá atender en la decisión sobre la guarda y custodia más adecuada para los hijos e hijas.

La formulación de estas circunstancias, en tanto en cuanto se refieren a algunos aspectos del impacto de la decisión en los hijos e hijas, además de incluir su opinión, parece ir en la línea de lo postulado por el Comité de los Derechos del Niño en su Observación General nº 14, de 2013, *sobre el derecho del niño a que*

*su interés superior sea una consideración primordial* y cuyo propósito general es promover un verdadero cambio de actitud que favorezca el pleno respeto de los niños y niñas como titulares de derechos. Como ustedes saben y en palabras del Comité, el interés superior del menor es un concepto triple:

- Por una parte, un derecho sustantivo: el derecho del niño/niña a que su interés superior sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida, y la garantía de que ese derecho se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño, a un grupo de niños concretos o genérico o a los niños y niñas en general.
- En segundo lugar, es un principio jurídico interpretativo fundamental: si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño/niña.
- Y en tercer lugar, una norma de procedimiento, lo que supone que siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño/niña concreto, como es el caso, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño/niña o los niños/niñas interesados. La justificación de las decisiones debe dejar patente que se ha tenido en cuenta explícitamente ese derecho y explicar cómo se ha respetado este derecho en la decisión, es decir, qué se ha considerado que atendía al interés superior del niño, en qué criterios se ha basado la decisión y cómo se han ponderado los intereses del niño frente a otras consideraciones.

El interés superior del menor es uno de los ejes que esta institución ha venido señalando a lo largo de los años como vertebradores de su intervención sobre esta materia que no ha sido extraña para la institución. Si recuerdan, ya en 2010 se recogía en forma de Recomendación General la reflexión que el Ararteko venía planteando al Parlamento y a la sociedad vasca en general, en la que se instaba a los poderes públicos a que, cada cual en la medida de sus competencias, abordaran las modificaciones legislativas necesarias para favorecer como opción más deseable, en casos de separación y divorcio, que el cuidado de los hijos e hijas comunes fuera ejercido por ambos progenitores en régimen de corresponsabilidad parental, salvaguardando en todo caso el interés prioritario de los y las menores. Como institución de garantía de derechos, entendíamos que dos eran dos los ejes sobre los que debía vertebrar nuestra actuación:

- Por una parte, como decimos, defender el interés superior de los niños, niñas y adolescentes, teniendo en cuenta los principios y derechos promulgados en la Convención sobre los Derechos del Niño, así como las previsiones de la Carta Europea de los Derechos del Niño, cuando expone que “todo niño tiene derecho a gozar de sus padres. El padre y madre tienen una responsabilidad conjunta en cuanto a su desarrollo y educación...”; “En caso de separación de hecho, legal, divorcio o nulidad, el hijo tiene derecho a mantener contacto directo y permanente con los dos padres, teniendo ambos las mismas obligaciones (arts. 8.11º y 13º)

- Por la otra, contribuir, incorporando una perspectiva de género, a la superación de patrones sexistas en todos los órdenes.

El resultado fue esa recomendación general a los poderes públicos para que instaran cada uno en la medida de sus competencias, las modificaciones legislativas necesarias para favorecer como opción más deseable, en los casos de separación y divorcio, que el cuidado de los hijos e hijas comunes sea ejercicio por ambos progenitores en régimen de corresponsabilidad parental, salvaguardando en todo caso el interés prioritario de los y las menores.

Lo hasta ahora comentado, en todo caso, no es sino lo que la jurisprudencia ha venido señalando desde hace al menos cinco años al pronunciarse sobre el alcance y contenido de los apartados 5 y 8 del art. 92 del Código Civil. Insistiendo el TS en dos aspectos fundamentalmente:

1.-la guarda y custodia compartida no debe ser contemplada como una medida excepcional.

2.-valoración del interés del menor

Sentencias del 2009, 2013, la importantísima de 2012 por la que no hace falta el informe favorable de la fiscalía, y que se ha visto confirmado recientemente en un pronunciamiento del Tribunal Supremo de fecha 9 de septiembre de 2015. Considero particularmente relevante traerlo aquí a colación, pues afecta a una pareja de Donostia: Se trata de un matrimonio que se divorcia, y en el que la madre pide que la guarda y custodia de sus hijos/as sea exclusiva para ella, mientras que el padre pide que sea compartida. En primera instancia, el Juzgado decide que sea compartida. La mujer apela ante la Audiencia Provincial, que decide que sea exclusiva para la madre basándose en que el equipo psicosocial, como suele suceder, entiende que la custodia compartida no es viable si ambos progenitores no están a favor de compartirla, como es aquí el caso. El marido apela al Tribunal Supremo, que le da la razón. La Audiencia provincial y los propios progenitores se habían reconocido mutuamente capacidad y aptitud para desempeñar sus funciones con los tres hijos. Ambos reconocían, asimismo, el cariño que los hijos tienen por el otro, extremos que confirmaba el informe psicosocial del perito judicial. No constaba afectación psicológica de los menores. A pesar de ello, el perito judicial había concluido que convendría mantener la custodia de la madre, para evitar nuevas adaptaciones y solo estimaría la custodia compartida si hubiese acuerdo entre las partes.

Lo relevante para el Ararteko no es tanto que el TS se pronuncie en este caso a favor de la custodia compartida, sino que lo haga a partir del mismo razonamiento que desde esta institución se viene propugnando, en línea con la evolución que en este tema han experimentado, en los últimos 5 años, tanto los criterios jurisprudenciales como la actitud de la Fiscalía. Así, en los Fundamentos Jurídicos 2º y 3º de esta reciente sentencia, el TS deja sentado lo siguiente:

*La interpretación del artículo 92, 5, 6 y 7 CC debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida que se deba tomar de guarda y custodia compartida, que se acordará cuando concurran alguno de los criterios reiterados por esta Sala y recogidos como doctrina jurisprudencial en la sentencia de 29 de abril de 2013 de la siguiente forma "debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida que se deba tomar, que se acordará cuando concurran criterios tales como la práctica anterior*

*de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales; el resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada, aunque en la práctica pueda ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven. Señalando que la redacción del artículo 92 no permite concluir que se trate de una medida excepcional, sino que al contrario, habrá de considerarse normal e incluso deseable, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea".*

.....

*En cuanto al informe psicosocial declara esta Sala, como bien se reconoce en la sentencia del juzgado, que la mera discrepancia sobre el sistema de custodia compartida no puede llevar a su exclusión, máxime cuando antes del inicio del proceso judicial las partes supieron adoptar un sistema de visitas por parte del padre casi tan amplio como el de custodia compartida, a ello se une el mutuo reconocimiento de las aptitudes de la otra parte y el cariño y estabilidad psicológica de los menores.*

.....

*TERCERO .- Por lo expuesto, en la sentencia recurrida se infringe la doctrina jurisprudencial, pues no analiza la necesidad o no de la custodia compartida, sino que se limita a valorar las ventajas del mantenimiento del "status quo".*

*A la luz de estos datos se acuerda casar la sentencia recurrida por infracción del art. 92 del C. Civil y jurisprudencia que lo desarrolla, asumiendo la instancia, dado que en este caso con el sistema de custodia compartida:*

- a) Se fomenta la integración de los menores con ambos padres, evitando desequilibrios en los tiempos de presencia.*
- b) Se evita el sentimiento de pérdida.*
- c) No se cuestiona la idoneidad de los progenitores.*
- d) Se estimula la cooperación de los padres, en beneficio de los menores, que ya se ha venido desarrollando con eficiencia.*

No podemos sino valorar positivamente la ley vasca de corresponsabilidad parental, y no solo porque asume los planteamientos que se hacían desde esta institución a la que represento, sino, fundamentalmente es una ley moderna porque responde a la realidad enormemente dinámica y muestra un cambio en la implicación de los hombres con sus hijos e hijas, un cambio deseable. Porque aunque para hacer frente a todos los problemas que se plantean en los casos de ruptura de las parejas es necesario un cambio de mentalidad, remover los obstáculos que lo dificulten es deber de los poderes públicos y es por ello que el Ararteko propugnáramos que la ley, huyendo de automatismos y prejuicios, habilitando medios materiales y procedimentales para conocer previamente la realidad familiar concreta sobre la que va a decidir, estableciendo mecanismos

dinámicos y eficaces para la evaluación de las medidas relativas a la custodia y favoreciendo , en todo caso, la actuación consensuada de las parte, se decantara como opción más deseable en estos casos, porque el cuidado de los hijos e hijas comunes sea ejercido por ambos progenitores en régimen de corresponsabilidad parental, salvaguardando en todo caso el interés prioritario de los y las menores, por ello, a pesar de que como todo, esta ley sea siempre mejorable, no podemos sino congratularnos por la entrada en vigor de la misma

No podemos cerrar esta intervención sin hacer alguna referencia al Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio en materia de custodia compartida:

- .-deja fuera la regulación de las relaciones paterno-filiales de los hijos no matrimoniales

- .-establece la posibilidad de que el juez otorgue la custodia compartida aunque ninguno de los dos progenitores lo haya solicitando

- .-descarta la excepcionalidad que la guarda y custodia compartida tenía hasta el momento

- .-la custodia compartida no implica necesariamente una alternancia de la residencia de los hijos con sus progenitores en periodos iguales

- .-la custodia compartida no implica que no haya de fijarse pensión alimentaria

- .-el uso y disfrute del domicilio familiar no será necesariamente atribuido a ambos progenitores por periodos coincidentes con la convivencia de los hijos (limitación temporal del uso de la vivienda)

- .-regula la situaciones de existencia de sentencia firme en casos de atentado contra el otro cónyuge o los hijos, aunque no se excluye el régimen de estancia, relación o comunicación y aunque no se dice de forma expresa el caso de sentencia firme por delito de violencia de género parece inferirse que será igual su tratamiento.

- .-modifica acertadamente la terminología

Como puede observarse está en consonancia en gran parte con la ley vasca. Esperemos y esperamos que los nuevos tiempos sociales que se abren paso en las distintas leyes siga por este camino, y no solo en el tema que nos atañe sino en muchos otros, dando por superados roles, estilos y comportamientos de sociedades pasadas. Que la sociedad del siglo XXI este presente también en las leyes.

Mila esker

Julia Hernández Valles