

La Custodia Compartida de los hijos y de las hijas en casos de nulidad, separación y divorcio

MARINA ORTÍZ IBÁÑEZ
Abogada

1 INTRODUCCIÓN

Uno de los temas más apasionantes del Derecho de Familia, es sin duda el de la custodia de los hijos e hijas comunes del matrimonio en caso de nulidad, separación o divorcio, siendo a la vez, el más importante en cuanto a su regulación postmatrimonial, pues no hay que olvidar que el interés del menor o de la menor está por encima de cualquier otro aspecto a establecer en estos casos.

El objetivo de este trabajo se centra en tratar de investigar, cuál puede llegar a ser el sistema de custodia más adecuado, sin olvidarnos de que generalizar puede ser arriesgado, ya que las especiales circunstancias de cada caso concreto deben ser cuidadosamente contempladas.

Muchos han sido los cambios experimentados en las familias españolas desde que se publicó la llamada “Ley del divorcio” en 1981, y por ello no parece razonable continuar limitándonos a las soluciones que se le dieron en un principio al tema de la custodia. En la familia tradicional, los roles del marido y la mujer estaban perfectamente definidos y diferenciados: ella se ocupaba de las tareas domésticas y de la educación de los hijos e hijas, y él era el que trabajaba fuera, aportando a la casa los medios de subsistencia y sin atender ninguna actividad doméstica. Hoy en

día, esos roles se han desdibujado sustancialmente y la familia actual tiene un perfil muy distinto: la mujer se ha incorporado al mundo laboral, la educación de los hijos y de las hijas es asumida y compartida por los dos miembros de la pareja, y el hombre colabora cada vez más en las tareas del hogar. Tanto el hombre como la mujer actuales están más preparados para desempeñar un rol polivalente de trabajo fuera del hogar, realización de las tareas domésticas e implicación directa en la educación de los hijos y de las hijas.

Nos encontramos, pues, ante un cambio de la estructura familiar tradicional que nos ha traído un reparto de funciones y responsabilidades más igualitario entre padre y madre.

Además, la familia nuclear tradicional ya no es un modelo social “único”, existiendo actualmente una proporción significativa de familias con estructura diferente. Tal es el caso de los hogares monoparentales, que si hace años correspondían casi exclusivamente a viudos/as con hijos e hijas o mujeres solteras, hoy están constituidos en buena parte por las madres y los padres separados o divorciados con sus hijos e hijas.

La existencia de esta diversidad familiar afecta sin lugar a dudas a las relaciones entre padres, madres y sus hijos e hijos

y por ello en la medida de lo posible es necesario que éstas se estructuren convenientemente para que resulten positivas.

Con este breve estudio de la custodia compartida, apoyado en mi larga experiencia profesional como matrimonialista, pretendo introducir posibles soluciones alternativas al tema de la custodia postmatrimonial de las hijas o hijos, teniendo como objetivo el beneficio de éstos, aunque también el de los propios padres y madres. Es de sobras conocido lo duro y difícil que resulta para un padre o madre hacerse cargo en solitario de la educación y el cuidado de los hijos e hijas. Por otra parte, estas tareas son un derecho y una obligación de ambos padres, por lo que una distribución equitativa de las mismas entre ambos progenitores, no sólo posibilitaría a los dos el ejercicio del derecho correspondiente, sino que eliminaría para cualquiera de ellos el peso ingrato de una carga llevada en solitario.

2 DETERMINACIÓN DEL RÉGIMEN DE CUSTODIA: POR CONVENIO REGULADOR O POR MEDIDAS JUDICIALES

Cuando se produce la ruptura matrimonial y con ello la familiar, los cónyuges acudirán a un proceso de nulidad, separación o divorcio, cuyas



Sentencias determinarán, con respecto a los hijos o hijas sometidos a la patria potestad, con cuál de los cónyuges habrán de quedar.

La autonomía de la voluntad que reconoce el Código Civil a los cónyuges (artículos 81, 86, 90, 103 y concordantes) y que queda plasmada en el convenio regulador que se presenta con la demanda cuando es de mutuo acuerdo, hace que éstos puedan decidir con respecto a sus hijos y a sus hijas, con cuál de ellos quedarán, así como el régimen de visitas del no custodio, la pensión por alimentos de aquéllos, y cuantos otros acuerdos estimen pertinentes, siempre teniendo en cuenta la intervención del Ministerio Fiscal en aras de la protección del menor o de la menor.

El Juez o la Jueza deberá aprobar los acuerdos que le proponen las partes,

salvo si son dañosos para los hijos e hijas o gravemente perjudiciales para los cónyuges, y a falta de acuerdo de éstos, será quien determine lo pertinente sobre todos aquellos aspectos.

Es práctica habitual, derivada quizás de una reiterada tendencia jurisprudencial, tanto si el procedimiento es de mutuo acuerdo como si se trata de uno contencioso, adjudicar la guarda y custodia de los hijos e hijas a uno sólo de los cónyuges, generalmente a la madre, dejando al no custodio el derecho a un régimen de visitas, consistente la mayor parte de las veces en los fines de semana alternos, y la mitad de las vacaciones de Verano, Navidad y Semana Santa ¹.

Esto supone que aproximadamente el hijo o la hija pasará con el custodio 271 días al año, frente a los 98 días que estará con el no custodio.



3 DISTINTAS FORMAS DE ESTABLECER LA CUSTODIA DE LOS HIJOS Y DE LAS HIJAS MENORES. CUSTODIA UNIPERSONAL Y CUSTODIA COMPARTIDA

Entiendo que debería replantearse el tema de la custodia, sustituyendo la custodia unipersonal por otras alternativas mejor adaptadas a los intereses del menor y que pudiesen también paliar los “indeseados” efectos que en ocasiones produce un sistema de guarda y custodia como aquél.

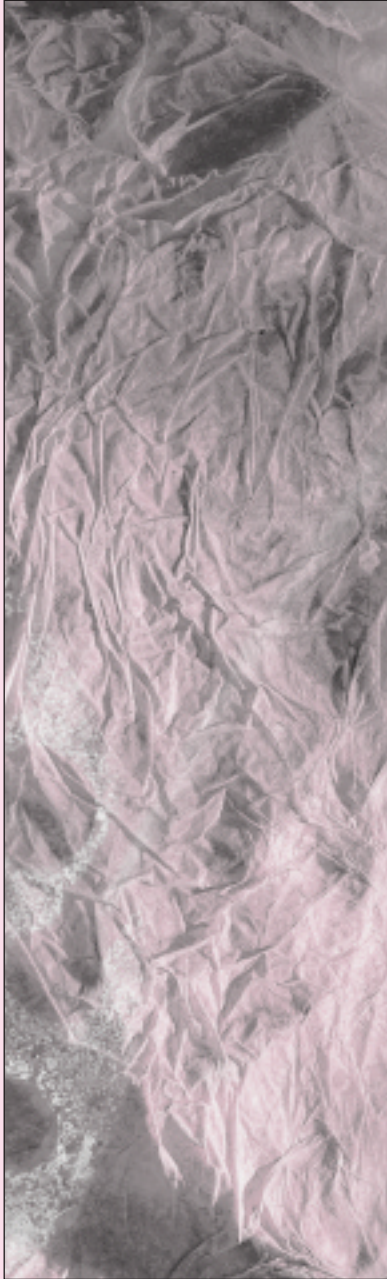
Es principio de Derecho Natural que padre, madre e hijos o hijas puedan estar juntos; pero las circunstancias de la separación o divorcio son tan especiales que hacen que este derecho se reduzca a muy poco tiempo para el cónyuge no custodio, puesto que en suma quien lo disfruta es aquél a quien corresponde por Sentencia tener a los hijos o hijas consigo, quedando muy reducido el tiempo que le corresponde al que no los tiene habitualmente.

Por ello podría entenderse más correcto para el normal desarrollo de los menores que la custodia fuese compartida; es decir, que padre y madre tuviesen a sus hijos e hijas en su compañía con total equiparación de tiempos.

Con la custodia compartida se asume conjuntamente, aún a pesar de haber un divorcio, la autoridad y la responsabilidad en relación con todos los aspectos relevantes de la vida del niño o de la niña, respetando su derecho fundamental a seguir contando con un padre y una madre.

La custodia compartida no supone, como vulgarmente se piensa, que los hijos y las hijas tengan que deambular entre la casa de su padre y la de su madre en cortos períodos de tiempo, sino más bien la adopción de una fórmula que garantice que, al cabo del año, habrán pasado aproximadamente la misma cantidad de tiempo con uno y otro progenitor.

Con esta medida se conseguiría que los hijos y las hijas disfrutasen de lo positivo de la relación con ambos progenitores y no con uno solo de ellos.



4 INTERÉS PRIORITARIO DEL MENOR Y DE LA MENOR

Habitualmente, la relación del menor y de la menor con su padre y su madre separados o divorciados es muy “asimétrica”. Mientras que con el custodio comparte la vida “habitual”, con el no custodio está únicamente en días de fiesta y vacaciones. De esta forma el papel de “educador” o “educadora” suele recaer exclusivamente sobre el custodio, mientras que el otro progenitor, frecuentemente preocupado por el peligro de perder el afecto de sus hijos o de sus hijas, suele limitarse a intentar satisfacer los caprichos que puedan demandar.

No resulta difícil adivinar los graves perjuicios que con este sistema se pueden causar a los hijos y a las hijas, sobre todo en las etapas de su vida en las que la unidad de criterios en su sistema educativo es tan fundamental.

Si en lugar de plantear un sistema de custodia única, se llegase a aceptar la custodia compartida, los hijos y las hijas tendrían una educación más completa, pues estarían con padre y madre en tiempos similares.

5 REGULACIÓN JURÍDICA ACTUAL

Nuestro Código Civil no recoge la custodia compartida como tal, pero tampoco la prohíbe, y aunque los jueces habitualmente no la aplican, sí que ha habido algún caso en el que se ha acordado. Como ejemplo cabe citar una Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia de Mataró en la que, para fundamentar la atribución de la custodia compartida la justifica basándose en “...el libre desarrollo de la personalidad, pleno desarrollo que se consagra, asimismo, como objeto de la educación cuya garantía y respeto debe informar la práctica judicial conforme al punto 3.º del art. 53 de la Constitución española”².

6 PROS Y CONTRAS DE LA CUSTODIA COMPARTIDA

Muchas han sido, a lo largo de todos estos años, las voces de aquellas perso-

nas afectadas que han luchado y luchan, con escasez de medios, por conseguir un cambio en la legislación en este sentido y por llegar a la custodia compartida en beneficio de sus hijos e hijas.

En EE.UU., país en donde ya en 1986 un 23% de los y las menores de 18 años eran hijos o hijas de divorciados, la custodia compartida como forma en la que ambos progenitores comparten la tenencia legal y física de los hijos e hijas, está teniendo cada vez más auge, configurándose poco a poco como la mejor solución para aquellos que buscan un divorcio no traumático en lo emocional.

La psicóloga Raquel Peña Gutiérrez refiere que la tenencia conjunta exige que la más alta prioridad de la vida de un padre o una madre sean sus hijos e hijas.

Según esta psicóloga autora del estudio “Familia post-divorcio. Funciones Parentales”³ las investigaciones realizadas en familias divorciadas en las que se ha seguido una custodia compartida ponen en evidencia que los hijos y las hijas conservan un alto índice de autoestima, no vivenciando sentimientos de abandono o indiferencia por parte de los progenitores.

Al planteamiento de la custodia compartida se le han achacado entre otros defectos, que el menor tendría dos hogares diferentes y que su vida se vería afectada por cierta duplicidad de entornos, amigos, vecinos, etc.

Ciertamente, no hay que olvidar que estamos tratando de situaciones “anómalas de raíz” en las que no existe una familia estructurada conviviendo en un mismo hogar. Es necesario asumir, pues, que el objetivo será minimizar los perjuicios de esta situación.

Resumiendo mi opinión, la convivencia del menor o de la menor con sus dos progenitores en igualdad de tiempos y condiciones contribuiría positivamente a la solución de los problemas que afectan a los hijos e hijas de padres separados o divorciados, y a la propia pareja, tras la ruptura matrimonial.

1 En las causas judiciales de separación y divorcio la custodia de los hijos y de las hijas se asigna en un 90% a la madre, según se cita en un artículo de PÉREZ DEL CAMPO NORIEGA, A. M. presidenta de la Unión de Asociaciones familiares publicado en “*infancia y sociedad*”. Ministerio de Asuntos Sociales. Dirección General del Menor y la Familia. Madrid 1995, pág. 68.

2 Según artículo de MAGRO SERVET, V. Magistrado, publicado en el diario “*La Verdad*” con fecha 18 de julio de 1996.

3 Publicado en *Cuadernos de derecho judicial* del Consejo General del Poder Judicial. Madrid, pág. 258 y ss.