

EL ANTEPROYECTO DE LEY SOBRE EL EJERCICIO DE LA CORRESPONSABILIDAD PARENTAL EN CASO DE NULIDAD, SEPARACIÓN Y DIVORCIO

Alfredo Muñoz Naranjo¹
Instituto Superior de Derecho y Economía

Resumen

El artículo analiza y critica la malograda reforma de la ley española que pretendía regular las relaciones parentales en caso de nulidad, separación y divorcio. El autor propone unas nuevas bases para una regulación futura y propugna un cambio de paradigma que consiste en pasar de una cultura del enfrentamiento en la regulación de las relaciones de pareja tras la ruptura a la de la cooperación y el acuerdo. Para ello se defiende un sistema en el que la guarda y custodia compartida de los hijos comunes sea el general y preferente. Para ayudar a los progenitores a llegar a acuerdos, la mediación se debe convertir en un instrumento imprescindible. En esta tarea los Servicios Sociales pueden jugar un importante papel tanto para acercar este recurso a los usuarios como para proporcionarlo a quienes carecen de recursos suficientes para costearlo. Los poderes públicos deben conjurarse para alcanzar este objetivo de implantar una cultura de la cooperación para resolver los problemas del cuidado y la educación de los hijos.

PALABRAS CLAVE: *Custodia compartida, cooperación, acuerdo, mediación*

Abstract

The article analyzes and criticizes the unsuccessful remodelling of the Spanish law, which was expected to regulate parental relationships in case of annulment, separation, and divorce. The author suggests new bases for a future regulation and defends a model change consisting of avoiding confrontation when regulating couple relationships after breakdown and promoting cooperation and agreement policies instead. Therefore, he defends a system in which joint guardianship and custody of the common children is given the highest and general consideration. Mediation should become an essential instrument in order to help parents reach agreements. Social Services can play an important role bringing this resource closer to users as well as providing it to those who cannot afford it. Public powers should devise plans to achieve the target of

¹ *Correspondencia:* Abogado, Profesor de Derecho Procesal en el Instituto Superior de Derecho y Economía. Mediador Familiar y Ex Juez. E-mail: alfredo.munoz.naranjo@gmail.com

Fecha de recepción del artículo: 25-11-2015.

Fecha de aceptación del artículo: 21-12-2015

setting up a cooperation culture to solve the problems involved in our children's care and education.

KEY WORDS: *Shared residence, cooperation, agreement, mediation*

Introducción

En la Legislatura que ahora se acaba, el Partido Popular se había comprometido en su programa electoral a “promover la actualización de nuestro derecho de familia para adaptarlo a las nuevas realidades sociales, favoreciendo la mediación y la corresponsabilidad de los padres, y salvaguardando los derechos e intereses del menor”. Fruto de este compromiso, el Gobierno sustentado por este partido elaboró un Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental que fue aprobado por el Consejo de Ministros el 19 de julio de 2013 (ANTEPROYECTO, 2013). Sin embargo, el día 27 de octubre de 2015 se publicó en el Boletín Oficial del Estado el Decreto de disolución de las Cortes y de convocatoria de elecciones generales para el 20 de diciembre, sin que la Ley llegara a ver la luz. El Anteproyecto llegó a ser informado por el Consejo General del Poder Judicial (2013) y por el Consejo Fiscal (2013) y el Consejo de Estado emitió su correspondiente Dictamen (2014).

Sin duda, este Anteproyecto traía innovaciones importantes que hubieran supuesto un pequeño avance pero también es cierto que era muy insuficiente. No obstante, es necesario reconocer que hubiera inaugurado una nueva etapa muy diferente a las vividas anteriormente. La importancia esencial de esta norma nonata es que traía un cambio de paradigma, un cambio de cultura que ya se venía fraguando en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo desde finales de 2009 y principios de 2010 y que, poco a poco, iba trasladándose la jurisprudencia menor. Este cambio sustancial consistía en pasar de una cultura del enfrentamiento en la regulación de las relaciones de pareja tras la ruptura a una cultura de la cooperación y del acuerdo. Para desarrollar esta idea es necesario llevar a cabo una comparación entre la regulación vigente y la que proponía la norma que pretendía su reforma.

Código Civil en su redacción vigente

El art. 92,5 del Código Civil establece:

«1. La separación, la nulidad y el divorcio no eximen a los padres de sus obligaciones para con los hijos.

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.
3. En la sentencia se acordará la privación de la patria potestad cuando en el proceso se revele causa para ello.
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 uno de los cónyuges.
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, al acordar la guarda conjunta y tras fundamentar su resolución, adoptará las cautelas procedentes para el eficaz cumplimiento del régimen de guarda establecido, procurando no separar a los hermanos.
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.
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.
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 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.
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 debidamente cualificados, relativo a la idoneidad del modo de ejercicio de la patria potestad y del régimen de custodia de los menores.»

La norma configura un régimen general de guarda y custodia en el que sólo cabe un sistema compartido en los casos de acuerdo pleno entre ambos progenitores. Sólo de manera excepcional, en los supuestos de discrepancia entre los padres en esta materia, es decir, cuando sólo uno de ellos lo ha solicitado, el juez puede acordar la guarda y custodia compartida, previo informe del Ministerio Fiscal –que no es vinculante- siempre y cuando fundamente su decisión en que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor (apartado 8). Aunque no lo diga expresamente, también será necesario oír a los menores que tengan suficiente juicio, 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. Además, el juez nunca va a tomar esta medida sin recabar el dictamen de especialistas debidamente cualificados, al menos el de los integrantes de los Equipos Técnicos Psicosociales adscritos a los juzgados, relativo a la idoneidad del modo de ejercicio de la patria potestad y del régimen de custodia de los menores.

Así pues, ante la falta de acuerdo entre los padres, la guarda y custodia compartida se contempla en la literalidad del Código Civil como una medida excepcional, lo que supone sin duda –por lo que más adelante se dirá- una invitación a mantener posturas encontradas ante el juez para evitarla por aquel progenitor que no la desea. Por esta razón, creo que nos encontramos ante una cultura jurídica del enfrentamiento. Enfrentamiento que va más allá del mero conflicto ya que éste último nace de la discrepancia, forma parte de la condición humana y no tiene por qué ser negativo. Lo que resulta negativo es la resolución del conflicto mediante el enfrentamiento y, no en pocas ocasiones, mediante la afrenta. No digamos ya cuando el enfrentamiento se torna patológico y violento.

En la práctica no constituyen excepción las oportunidades en las que se percibe con extrema claridad que buena parte de las encarnizadas peleas matrimoniales, aparentemente por la obtención de la guarda y custodia exclusiva de los hijos, enmascara una pelea económica. Los litigantes son conscientes de que el progenitor que obtiene esta guarda y custodia de los hijos menores para sí alcanza, como premio añadido, el uso y disfrute de la vivienda familiar y la administración de las pensiones alimenticias de los hijos. Así de cruda se presenta a veces la realidad.

A veces no se trata tanto de una cuestión económica como de evitar una cierta estigmatización, sobre todo en el caso de las mujeres, cuando no se les concede la atribución de la guarda y custodia. Se trata de una imagen, de una percepción social existente en nuestro país en el que el divorcio todavía es una posibilidad relativamente reciente. La legislación de un país suele ser fruto de concepciones sociales imperantes y la nuestra tiene antecedentes perversos en esta materia.

En nuestra legislación anterior a la reforma de 1981, la separación estaba basada en criterios de culpabilidad moral y penal y, consecuentemente, también eran estos los criterios de atribución de la guarda y custodia en los casos de nulidad y separación matrimonial. El artículo 105 CC establecía:

«Las causas legítimas de separación son: 1ª) El adulterio de cualquiera de los cónyuges. 2ª) Los malos tratamientos de obra, las injurias graves o el abandono del hogar. 3ª) La violencia ejercida por un cónyuge sobre el otro para obligarle a cambiar de religión. 4ª) La propuesta del marido para prostituir a su mujer. 5ª) El conato del marido o de la mujer para corromper a sus hijos o prostituir a sus hijas, y la connivencia en su corrupción o prostitución. 6ª) La condena del cónyuge a reclusión mayor».

En el art. 106 se decía: «La separación sólo puede ser pedida por el cónyuge inocente».

Tras la reforma de Ley 30/1981, 7 de julio que introdujo el divorcio, el art. 92 CC permitía atribuir la guarda y custodia a uno u otro cónyuge. Sin embargo, el art. 159 CC establecía: “Si los padres viven separados y no decidieren de común acuerdo, los hijos e hijas menores de siete años quedarán al cuidado de la madre, salvo que el Juez, por motivos especiales, proveyere de otro modo” –criterio de los años tiernos-. Esta atribución de la guarda y custodia a la madre se convirtió en la práctica habitual. La existencia de motivos especiales se refería a algún tipo de problema en la mujer que la hiciera incapaz o inhábil para ejercerla.

Así pues, venimos de una tradición en la que, en un primer momento, la ruptura de la relación y la atribución de la guarda y custodia de los hijos menores tenía que ver con la culpabilidad o la inocencia y, en un segundo momento, la norma fue la atribución de la guarda y custodia a la mujer salvo que existiera algún tipo de problema grave con ella lo que en la conciencia popular se traducía en ser incapaz o mala madre. No tengo duda de que estas creencias forman parte de nuestro imaginario colectivo y que están funcionando, en muchos casos de manera inconsciente, a la hora de luchar por custodias exclusivas.

Por estas razones en esta materia la legislación española, sin pretenderlo, es causa y está en la base de una cultura jurídica que invita a las parejas en crisis a enfrentarse encarnizadamente en el juzgado cuando ya previamente los que van a ser litigantes han llegado allí por causa de una ruptura sentimental, es decir, bien cargados de emociones negativas recíprocas.

En los Estados Unidos de Norteamérica, con más tradición divorcista que nosotros, fueron algunos movimientos feministas quienes primero abogaron por custodias compartidas al caer en la cuenta de que la custodia exclusiva de

manera generalizada otorgada a las madres era una trampa que las inhabilitaba para su desarrollo personal. En España también existen voces en algunos sectores del feminismo que reivindican posturas semejantes. En concreto, Empar Pineda, María Sanahuja, Manuela Carmena, Justa Montero, Cristina Garaizabal, Paloma Uría, Reyes Montiel, Uxue Barcos y 200 mujeres más de toda España firmaron un manifiesto el 18 de marzo de 2006 en el que se decía:

«Ciertamente, la situación de bastantes mujeres tras un divorcio puede ser muy difícil, pero no está de más señalar que, frecuentemente, es la custodia exclusiva de hijos e hijas la que dificulta que la mujer pueda rehacer su vida o mantener su actividad laboral, adquirir formación, encontrar trabajo, sin olvidar lo difícil que resulta enfrentarse en solitario a la responsabilidad de su cuidado y educación. Además, parece comprobado que hay un mayor compromiso paterno en el pago de las pensiones cuando la custodia es compartida» (Pineda et al., 2006).

Cambio Jurisprudencial

La norma vigente en esta materia es el art. 92 CC transcrito. Ahora bien, como ya se ha dicho, la Jurisprudencia del Tribunal Supremo ha propiciado un giro de 180 grados en su interpretación de modo que la guarda y custodia compartida ya no será una medida excepcional sino normal e incluso deseable. En este sentido se pueden citar las Sentencias del Tribunal Supremo de 28 de septiembre de 2009; 8 de octubre de 2009; 11 de marzo de 2010; 11 de marzo de 2010; 1 de octubre de 2010; 21 de febrero de 2011; 7 de abril de 2011; 7 de julio de 2011; 21 de julio de 2011; 9 de marzo de 2012; 25 de mayo de 2012; 10/11 de diciembre de 2012 y 29 de abril de 2013 de unificación de doctrina; 19 de julio de 2013; 25 de noviembre de 2013; 29 de noviembre de 2013; 17 de diciembre de 2013; 2 de julio de 2014; 22 de octubre de 2014; 15 de julio de 2015; 9 de septiembre de 2015; 14 de octubre de 2015 y 21 de octubre de 2015.

El empleo del adjetivo “deseable” por parte del Tribunal Supremo sugiere que a juicio de sus Magistrados se vea como preferible o como la mejor solución. Los criterios de esta reinterpretación están sistematizados en la Sentencia número 257/2013, de 29 de abril de 2013:

«Fundamento Jurídico Cuarto.- El interés casacional que ha permitido la formulación de este recurso exige casar la sentencia de la Audiencia provincial, en cuanto desestima la demanda en contra de la doctrina de esta Sala sobre la guarda y custodia compartida, pese a mantener la medida acordada, y sentar como doctrina jurisprudencial que la

interpretación de los artículos 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, que se acordará cuando concurren 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».

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante contra la que se interpuso el recurso de casación se basaba en buena parte de los argumentos contrarios a la custodia compartida que se han venido manteniendo por los tribunales: «Esta Sala (la de la Audiencia Provincial) ha expresado en numerosas ocasiones su reserva frente a las diversas modalidades de este régimen, indicando que junto a innegables virtudes como la igualdad de trato y responsabilidad de los padres, presenta inconvenientes como la menor estabilidad del status material de los hijos, la exigencia de un alto grado de dedicación por parte de los padres, la necesidad de una gran disposición de éstos a colaborar en su ejecución, etc.».

Sin embargo, el Tribunal Supremo en su sentencia desarma estos argumentos y los da la vuelta:

«El motivo se estima en lo que se refiere a los argumentos contenidos en la sentencia para denegar la medida de guarda y custodia compartida, que la Sala no comparte en absoluto, pues se justifica a partir de una posición inicialmente contraria a este régimen en la que plantea como problemas lo que son virtudes de este régimen como la exigencia de un alto grado de dedicación por parte de los padres y la necesidad de una gran disposición de éstos a colaborar en su ejecución, sin fundar la decisión en el interés del menor, al que no hace alusión alguna, y que debe tenerse necesariamente en cuenta en los litigios sobre guarda y custodia compartida (...). Lo dicho no es más que el corolario lógico de que la continuidad del cumplimiento de los deberes de los padres hacia

sus hijos, con el consiguiente mantenimiento de la potestad conjunta, resulta sin duda la mejor solución para el menor por cuanto le permite seguir relacionándose del modo más razonable con cada uno de sus progenitores, siempre que ello no sea perjudicial para el hijo, desde la idea de que no se trata de una medida excepcional, sino que al contrario, debe considerarse la más normal, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a mantener dicha relación» (Fundamento Jurídico Tercero).

El Anteproyecto

Así pues, cuando el Anteproyecto se redacta, el prelegislador ya conoce este criterio jurisprudencial y la regulación que anteriormente han hecho las cuatro Comunidades Autónomas con Derecho Civil o Foral propio.

El Código Civil de Cataluña, según la redacción dada al mismo por la Ley 25/2010, de 29 de julio, en su art. 233.10 establece:

«2. La autoridad judicial, si no existe acuerdo o si este no se ha aprobado, debe determinar la forma de ejercer la guarda, ateniéndose al carácter conjunto de las responsabilidades parentales, de acuerdo con el art. 233-8.1. Sin embargo, la autoridad judicial puede disponer que la guarda se ejerza de modo individual si conviene más al interés del hijo».

En Navarra, la Ley Foral 3/2011, de 17 de marzo, sobre custodia de los hijos en los casos de ruptura de la convivencia de los padres, en el art. 3.3 afirma:

«El Juez decidirá sobre la modalidad de custodia más conveniente para el interés de los hijos menores, teniendo en cuenta la solicitud que haya presentado cada uno de los padres, y atendiendo, además de a lo dispuesto en esta Ley Foral, a los siguientes factores (que enumera a continuación)».

El Código de Derecho Foral de Aragón, aprobado por Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, en su art. 80,2 determina:

«El Juez adoptará de forma preferente la custodia compartida en interés de los hijos menores, salvo que la custodia individual sea más conveniente, teniendo en cuenta el plan de relaciones familiares que deberá presentar cada uno de los progenitores y atendiendo, además, a los siguientes factores (que a continuación enumera)».

Por último, la Ley 5/2011, de 1 de abril, de la Generalitat Valenciana, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven, en su art. 5.2 establece:

«Como regla general, atribuirá a ambos progenitores, de manera compartida, el régimen de convivencia con los hijos e hijas menores de edad, sin que sea obstáculo para ello la oposición de uno de los progenitores o las malas relaciones entre ellos».

Así pues, Navarra deja total arbitrio al juez para que determine el régimen de guarda y custodia en cada caso mientras que las tres restantes optan por imponer un régimen de guarda y custodia compartida, como sistema preferente, en los casos de falta de acuerdo entre los progenitores.

El Anteproyecto se hace eco también de las legislaciones de Derecho Comparado tanto en Estados Unidos (Sariego, s.f.) como en Europa (González, 2014).

Sobre estos precedentes se construye el Anteproyecto de Ley que proponía la introducción de un art. 92 bis con la siguiente redacción en su apartado 1:

«El Juez podrá acordar, en interés de los hijos, que su guarda y custodia sea ejercitada por uno solo de los progenitores o por los dos, de forma compartida.

Podrá establecer, si lo considera conveniente para la protección del interés superior de los hijos, el ejercicio compartido de su guarda y custodia cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador, cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento o cuando, no mediando acuerdo, cada uno de ellos inste la custodia para ambos o para sí».

La propuesta suponía regular un sistema en el que la custodia compartida fuera una alternativa normalizada pero sin que se instaurara como régimen preferente o general, es decir, dejando a la decisión del juez determinar en cada caso el mejor sistema posible aplicando el criterio del interés del menor, sin que fuera necesaria una petición de común acuerdo de los padres, incluso en aquellos casos en que no hubiera sido solicitada por ninguno de ellos al pretender para sí una custodia exclusiva de los hijos menores. Así pues, sigue el modelo francés e italiano y el de la Ley Foral navarra. Esta posición supone un paso atrás respecto de la posición adoptada por el Tribunal Supremo en su Jurisprudencia ya que, como hemos visto anteriormente, considera la guarda y custodia compartida como “deseable” y “como la mejor solución”, es decir,

preferente. El Anteproyecto, como vemos, se quedaba a mitad de un camino en el que ya se habían dado pasos muy por delante de él.

Plan de ejercicio de la patria potestad conjunta como corresponsabilidad parental

Resulta curioso, en este quedarse a medio camino de todos los lugares, que el Anteproyecto no estableciera la preferencia del ejercicio conjunto de la guarda y custodia pero introdujera la necesidad de que el convenio regulador - debemos recordar que los progenitores podrán seguir adoptando de común acuerdo una guarda exclusiva para uno de ellos- necesariamente contuviera un denominado “plan de ejercicio de la patria potestad conjunta, como corresponsabilidad parental”, para todos los supuestos, es decir, tanto en los procedimientos de mutuo acuerdo como en los contenciosos (arts. 90 y 91 CC). Este plan, en palabras de la Exposición de Motivos del Anteproyecto pretendía ser “un instrumento para concretar la forma en que los progenitores piensan ejercer sus responsabilidades parentales, en el que se detallarán los compromisos que asumen respecto a la guarda y custodia, el cuidado y la educación de los hijos, así como en el orden económico. Sin imponer una modalidad concreta de organización, con ello se alienta a los progenitores, tanto si el proceso es de mutuo acuerdo como si es contencioso (arts. 90 y 91 del Código Civil), a organizar por sí mismos y responsablemente el cuidado de los hijos con ocasión de la ruptura, de modo que deben anticipar los criterios de resolución de los problemas más importantes que les afecten. Quiere favorecerse así la concreción de los acuerdos, la transparencia para ambas partes y el cumplimiento de los compromisos conseguidos”.

Su regulación era parte de la nueva redacción que se daba al art. 90 CC:

«1. El convenio regulador a que se refieren los artículos 81 y 86 deberá contener, al menos, los siguientes extremos:

- a) El plan de ejercicio de la patria potestad conjunta, como corresponsabilidad parental, respecto de los hijos, si los hubiera, con inclusión de los pactos sobre:

- 1º. La forma de compartir todas las decisiones que afecten a la educación, salud, bienestar, residencia habitual y otras cuestiones relevantes para los hijos.

- 2º. El cumplimiento de los deberes referentes a la guarda y custodia, el cuidado, la educación y el ocio de los mismos.

3º. Los periodos de convivencia con cada progenitor y el correlativo régimen de estancia, relación y comunicación con el no conviviente.

4º. El lugar o lugares de residencia de los hijos, determinando cuál figurará a efectos de empadronamiento.

5º. Las reglas de recogida y entrega de los hijos en los cambios de la guarda y custodia, o en el ejercicio del régimen de estancia, relación y comunicación con ellos.

b) Si se considera necesario y en la extensión que proceda, el régimen de relaciones y comunicación de los hijos con sus hermanos, abuelos u otros parientes y personas allegadas teniendo en cuenta, siempre, el interés de aquéllos.

c) La contribución, si procediera, a las cargas familiares y alimentos, tanto respecto a las necesidades ordinarias como extraordinarias, así como su periodicidad, forma de pago, bases de actualización, extinción y garantías en su caso, con especial atención a las necesidades de los menores, al tiempo de permanencia de éstos con cada uno de los padres, a la capacidad económica de los últimos, a la atribución que se haya realizado del uso de la vivienda familiar, a la contribución a las cargas familiares, en su caso, y al lugar en que se haya fijado la residencia de los hijos menores comunes.

d) La atribución, en su caso, del uso de la vivienda y ajuar familiar, cuando no se les hubiera dado un destino definitivo, el cese y la repercusión que tal atribución haya de tener, en su caso, sobre las cargas familiares, la pensión de alimentos y la pensión por desequilibrio económico.

e) La pensión que conforme al artículo 97 correspondiere satisfacer, en su caso, a uno de los cónyuges.

f) El inventario y liquidación, cuando proceda, del régimen económico del matrimonio y la división de los bienes en comunidad ordinaria indivisa, si hubiera.

g) La prevención, si así lo acordaren, de recurrir a la mediación familiar para resolver las diferencias derivadas de su aplicación, o para modificar algunos de los pactos para adaptarlos a las nuevas necesidades de los hijos o al cambio de las circunstancias de los padres.

2. Los acuerdos de los cónyuges, adoptados para regular las consecuencias de la nulidad, separación o divorcio serán aprobados por el Juez, salvo si son dañosos para los hijos o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges. Si las partes proponen un régimen de relación y comunicación de los

hijos con los hermanos, abuelos u otros parientes y personas allegadas, el Juez podrá aprobarlo previa audiencia de los interesados en la que éstos presten su consentimiento. La denegación de los acuerdos habrá de hacerse mediante resolución motivada y en este caso los cónyuges deberán someter, a la consideración del Juez, nueva propuesta para su aprobación, si procede. Desde la aprobación judicial, podrán hacerse efectivos por la vía de apremio.

3. Las medidas que el Juez adopte en defecto de acuerdo o las convenidas por los cónyuges, podrán ser modificadas judicialmente o por nuevo convenio aprobado por el Juez cuando así lo aconsejen las nuevas necesidades de los hijos o el cambio de las circunstancias de los padres.

4. El Juez podrá establecer las garantías reales o personales que requiera el cumplimiento del convenio.»

El Anteproyecto también modificaba el artículo 91 CC, que hubiera pasado a quedar redactado de la siguiente manera:

«1. En las sentencias de nulidad, separación o divorcio, o en ejecución de las mismas, el Juez, en defecto de acuerdo de los cónyuges o en caso de no aprobación del mismo, determinará, conforme a lo establecido en los artículos siguientes, las medidas que han de sustituir a las ya adoptadas con anterioridad en relación con el ejercicio de la patria potestad, la vivienda familiar, las cargas familiares y alimentos, la disolución del régimen económico y las cautelas o garantías respectivas, estableciendo las que procedan si para alguno de estos conceptos no se hubiera adoptado ninguna. A tales efectos cada uno de los progenitores podrá realizar sus peticiones en los términos establecidos en el apartado uno del artículo anterior y, en particular, mediante la presentación del plan de corresponsabilidad parental respecto de sus hijos menores, si los hubiera.»

A la vista de esta regulación, el Anteproyecto incorporaba el acierto de suprimir la denominación de “régimen de visitas” para el progenitor no custodio –hiriente y humillante para muchos padres y madres- y adoptaba el más preciso, de “periodos de convivencia”.

Mediación

La Exposición de Motivos del Anteproyecto decía textualmente: “Se incorpora expresamente la posibilidad, no la obligación, de que los progenitores, de común acuerdo o por decisión del juez, acudan en cualquier momento a la mediación familiar para resolver las discrepancias derivadas de su ruptura (...). La mediación familiar resulta así un instrumento fundamental para favorecer el

acuerdo entre los progenitores, evitar la litigiosidad y fomentar el ejercicio consensuado de la corresponsabilidad parental, tras la ruptura”.

Realmente la única innovación que presentaba la norma en este aspecto era la introducida en el art. 91.3:

«A los efectos del presente artículo, los padres podrán someter voluntariamente sus discrepancias a mediación familiar con vistas a lograr un acuerdo, con carácter previo al ejercicio de acciones judiciales o en cualquier momento con posterioridad. Asimismo, el Juez podrá igualmente proponer una solución de mediación en caso de presentación de demanda judicial si, atendiendo a las circunstancias concurrentes, estima posible que lleguen a un acuerdo».

Esta novedad tiene su traslación en el plano procesal en la modificación que se pretendía introducir en el artículo 770, 1, 6ª de la Ley de Enjuiciamiento Civil:

«Las partes de común acuerdo podrán solicitar la suspensión del proceso de conformidad con lo previsto en el artículo 19,4 de esta Ley, para someterse a mediación. Asimismo, el Juez podrá proponer una solución de mediación si, atendiendo las circunstancias concurrentes, estima posible que lleguen a un acuerdo. En tales casos, el Secretario Judicial (ahora Letrado al Servicio de la Administración de Justicia) acordará la suspensión por el tiempo necesario para tramitar la mediación. El procedimiento judicial se reanudará si lo solicita cualquiera de las partes o en caso de alcanzarse un acuerdo en la mediación, que deberá ser aprobado por el Juez, en los términos establecidos por el artículo 777».

De la misma manera pretendía una modificación de la Ley 5/2015, de mediación en asuntos civiles y mercantiles mediante la introducción de un artículo 2 bis y modificando el apartado tercero del art. 16:

«Cuando de manera voluntaria se inicie una mediación estando en curso un proceso judicial, las partes de común acuerdo podrán solicitar su suspensión de conformidad con lo dispuesto en la legislación procesal. El Juez también podrá proponer a las partes la mediación como solución, instándolas a que asistan a una sesión informativa si, atendiendo a las circunstancias concurrentes, estima posible que lleguen a un acuerdo, procediendo a la suspensión del procedimiento si aquéllas aceptan. El procedimiento judicial se reanudará si lo solicita cualquiera de las partes o en caso de alcanzarse un acuerdo en la mediación».

Resulta evidente que si lo que se pretendía era fomentar en todo momento el acuerdo con grandes y elocuentes referencias a las bondades de la mediación –“La mediación familiar resulta así un instrumento fundamental para favorecer el acuerdo entre los progenitores, evitar la litigiosidad y fomentar el ejercicio consensuado de la corresponsabilidad parental, tras la ruptura”- el Anteproyecto perdía la oportunidad de hacerlo seriamente.

Por esta razón, tal vez ahora podamos hablar de oportunidad ganada para que la mediación alcance su verdadera finalidad. Desde luego no será con normas de miras tan cortas como las de la Ley 5/2012 –mera trasposición obligatoria de la Directivas Europea pero sin el convencimiento necesario para hacer de la mediación un instrumento social verdaderamente útil- o como lo era el citado Anteproyecto. Nadie puede decir que hayan cambiado mucho las cosas después de la entrada en vigor de la Ley 5/2012. La mediación sigue siendo una gran desconocida para la mayor parte de la población. No sólo en España sino también en la mayor parte de los países de la Unión Europea. Hasta tal punto esto es así que en 2014 el Parlamento Europeo, a través de su departamento de Derechos Ciudadanos y Asuntos Constitucionales, hizo público un estudio denominado «“Rebooting” the Mediation Directive: Assessing the limited impact of its implementation and proposing measures to increase the number of mediations in the EU» que, en su resumen, decía:

«cinco años y medio desde su adopción, la Directiva sobre la Mediación (2008/52/CE) no tiene aún resuelta la “Paradoja de la Mediación en la UE”. A pesar de sus beneficios comprobados y múltiples, la mediación en asuntos civiles y mercantiles todavía se utiliza sólo en el 1 % de los casos. Este estudio, que recabó las opiniones de hasta 816 expertos de toda Europa, muestra claramente que estos decepcionantes resultados de rendimiento se deben a débiles políticas a favor de la mediación, ya sean legislativas o de promoción, en la casi totalidad de los veintiocho estados miembros. Los expertos apoyaron firmemente una serie de propuestas no legislativas que podrían promover el desarrollo de la mediación. Fundamentalmente, la opinión de la mayoría de los expertos sugiere que la introducción de una forma “mitigada” de mediación obligatoria podría ser la única manera de hacer que ésta finalmente tuviera éxito en la EU. Para ello, el estudio propone dos formas de “reiniciar” la Directiva sobre Mediación: enmendarla o, sobre la base de la actual redacción de su artículo 1, requerir a todos los Estados miembros para que se comprometan a alcanzar una sencilla “relación equilibrada” entre el número de litigios civiles y la mediación».

Así pues, este puede ser el momento para este “reinicio” de la mediación y esta vez ya verdaderamente en serio. Como bien afirma el Estudio citado posiblemente sólo será posible si se instaura un paso obligatorio por la mediación –la asistencia, al menos, a una primera sesión informativa- antes de plantear una demanda, donde las partes en conflicto puedan conocer la ventajas de alcanzar acuerdos por sí mismos con la ayuda de un profesional frente a la confrontación en el Juzgado que concluirá con una decisión judicial impuesta coactivamente.

El Anteproyecto no se planteaba dónde se haría esa mediación acordada por el Juez –será intrajudicial o extramuros del juzgado-; quiénes la harían –mediadores contratados por la Administración de Justicia o tal vez estuviera pensando en profesionales integrantes de un Cuerpo Benemérito de Mediadores Voluntarios del Estado, eso sí sin retribución alguna-. En el caso de que no los proporcionara la Administración tendría que proveerse a través de servicios de mediación privados y, por lo tanto, la pregunta habrá de ser si quienes carecen de recursos para hacer frente a sus costes no serán acreedores de acudir a la mediación y, por lo tanto, si estará reservada a personas con una buena capacidad económica. Dónde, quiénes y cuánto, son preguntas sencillas que el Anteproyecto no resolvía. Desde luego resulta muy barato aquello de predicar (o legislar) y no dar trigo.

Desde luego es la hora de hacer una apuesta decidida para implantar una mediación que sirva a su finalidad esencial, a saber, contribuir a la pacificación de los conflictos individuales y sociales y, sólo como efecto colateral, a la disminución de la litigiosidad en los Juzgados. Esta decisión política tiene que ir acompañada de medidas concretas y partidas presupuestarias bien determinadas. Desde luego la mediación habrá de ser intrajudicial y extrajudicial y, por supuesto, gratuita para aquellos que carecen de recursos económicos propios para costearla, cosa que ahora no ocurre ya que el artículo 6 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita, sólo incluye el asesoramiento sobre la mediación pero no la mediación en sí misma, ni siquiera los gastos generados en la sesión informativa. En consecuencia, sería necesaria también una reforma de esta Ley.

Por lo tanto, los servicios de mediación los debe proporcionar no sólo la Administración de Justicia sino también la Administración Autónoma o Local a través de los Servicios Sociales, que constituyen una sólida red de apoyo material y social con recursos humanos de calidad -psicológicos, jurídicos, de salud mental, etc.-.

Este paso obligatorio por la mediación podría tener un beneficio añadido como mecanismo de detección temprana de posibles casos ocultos de violencia familiar ya fueran reactivos a la ruptura ya fueran de carácter crónico. Hoy carecemos de este tipo de alertas dado que los casos de violencia únicamente

salen la luz tras un suceso, cuando se presenta una denuncia o interviene la policía a veces ya sin remedio posible.

Por otra parte, necesitamos que sea todo el ordenamiento jurídico el que conspire para hacer fácil todos los aspectos de la corresponsabilidad parental. No puede ser, como sucede hoy, que a quienes ya viven una guarda y custodia compartida, judicialmente acordada, la administración les impida disfrutar a ambos progenitores del derecho al título de familia numerosa. La ruptura del vínculo matrimonial o de la relación deja intacto el hecho de que ambos padres lo siguen siendo del número de hijos que otorga ese derecho. Otro tanto ocurre con la Agencia Tributaria que no permite una deducción por hijos y familia numerosa del 50 % a cada uno de los padres en esta situación. Hasta tal punto sucede así que la Agencia Tributaria les recomienda que se aplique la deducción íntegra cada año uno sólo de los progenitores alternativamente. Esto podría traducirse, en palabras de una afectada por esta situación, en que Hacienda les obliga a efectos tributarios a ser padres un año sí y otro no. Es decir, la Administración no contempla que los menores tengan dos domicilios –el paterno y el materno- a pesar de que un Juez así lo haya establecido en una sentencia firme.

Conclusiones

El malogrado Anteproyecto se ha convertido ahora en una nueva oportunidad para rehacerlo desde otros fundamentos menos pusilánimes. El nuevo planteamiento debe tener como punto de partida el fomento de una cultura de la cooperación y del acuerdo en las relaciones entre progenitores tras la ruptura de su relación cuando existen hijos comunes aún dependientes.

Una verdadera corresponsabilidad de ambos padres en el cuidado y educación de los hijos es una gran oportunidad para establecer una verdadera igualdad entre ellos que redundará en beneficio de padres e hijos. Sin duda supondría una liberación de tiempo y cargas para la mujer lo que le permitiría mejores posibilidades de rehacer su vida y desarrollarse personal y laboralmente.

Para lograr este objetivo considero necesario que la norma futura establezca un sistema en el que la guarda y custodia compartida de los hijos comunes sea el sistema general preferente.

La corresponsabilidad y el acuerdo suponen un enorme esfuerzo tanto en el primer momento tras la ruptura como posteriormente a lo largo de los años en los que los hijos sigan siendo dependientes de los padres. En este sentido, la mediación se debe convertir en un instrumento imprescindible. Parece muy difícil, si no imposible, instaurar un régimen general preferente de guarda y

custodia compartida sin crear unos servicios de mediación a la altura de las necesidades que vendrán. En esta tarea, los servicios sociales pueden jugar un importante papel tanto para acercar este recurso a los usuarios como para proporcionarlo a quienes carecen de recursos suficientes para costearlo.

La reforma de la ley debe estar acompañada de la previsión de hacer obligatoria, antes de presentar una demanda judicial en materia de nulidad, separación o divorcio, la asistencia al menos a una primera sesión informativa con un mediador. También deberá ser objeto de reforma la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita para que contemple los costes de la mediación so pena de hacerla inviable para quienes carecen de recursos económicos suficientes.

Los poderes públicos deben conjurarse para llevar adelante este objetivo de implantar una cultura de la cooperación para resolver los problemas del cuidado y la educación de los hijos. Será obligación de estos poderes remover los obstáculos que impidan su logro y eliminar las trabas administrativas y fiscales que ahora lo dificultan.

No cabe duda de que la Ley suele responder a las ideas y creencia de una sociedad en un tiempo determinado pero también la Ley debe tener una función esencial de hacer pedagogía social y crear las condiciones para que sea posible un individuo que sepa resolver sus problemas evitando en lo posible el enfrentamiento. A esto es lo que venimos denominando un cambio de paradigma que consiste en pasar de una cultura del enfrentamiento en la regulación de las relaciones de pareja tras la ruptura a otra basada en la cooperación y del acuerdo.

Referencias

- Consejo de Estado. (2014). Dictamen al Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de corresponsabilidad parental en el caso de nulidad, separación y divorcio y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia de 21 de abril de 2014. Recuperado de <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2014-438>
- Consejo Fiscal. (2013). Informe al Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de corresponsabilidad parental en el caso de nulidad, separación y divorcio. Recuperado de https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/INFORME_CF_CUSTODIA_COMPARTIDA_DEFINITIVO.pdf?idFile=1907c598-d5c0-4480-b6f0-10ccbe0497d1
- Consejo General del Poder Judicial. (2013). Informe al Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de corresponsabilidad parental en el caso de nulidad, separación y divorcio. Recuperado de <http://www.poderjudicial.es/cgpi/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/Actividad-del-CGPI/Informes/Informe-al-Anteproyecto-de-Ley-sobre-el-ejercicio-de-corresponsabilidad-parental-en-el-caso-de-nulidad--separacion-y-divorcio>

- González del Pozo, J.P. (2014, 1 de abril). Comentarios a la regulación de la custodia compartida en el Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental. *Revista Derecho de Familia*. Recuperado de http://www.elderecho.com/tribuna/civil/custodia_compartida-corresponsabilidad_parental_11_712555002.html
- Ministerio de Justicia (2013). Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental, aprobado por el Consejo de Ministros el 19 de julio de 2013. Recuperado de <http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/es/actividad-legislativa/normativa/anteproyectos-informados>
- Parlamento Europeo, Departamento de Derechos Ciudadanos y Asuntos Constitucionales (2014). “Rebooting” the Mediation Directive: Assessing the limited impact of its implementation and proposing measures to increase the number of mediations in the EU. Recuperado de [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2014/493042/IPOL-JURI_ET\(2014\)493042_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2014/493042/IPOL-JURI_ET(2014)493042_EN.pdf)
- Pineda, E. et al. (18 de marzo de 2006). Un feminismo que también existe. *El País*. Recuperado de http://elpais.com/diario/2006/03/18/opinion/1142636413_850215.html
- Sariego Morillo, J.L. (sin fecha). La custodia compartida en Estados Unidos. *Lexfamily*. Recuperado de <http://www.lexfamily.eu/la-custodia-compartida-en-estados-unidos-2/>