

El menor en los supuestos de crisis de convivencia

C. Esparza Olcina

Magistrado de la Audiencia Provincial de Valencia

El propósito de este trabajo es describir el conjunto de consecuencias legales que para los menores de edad producen las rupturas de la convivencia de sus progenitores, con especial referencia a los criterios que se emplean para atribuir la guardia y custodia de hijos; para ello he tenido en cuenta la práctica más común que se sigue en los órganos judiciales con competencias en materia de Derecho de familia, en uno de los cuales –la Audiencia Provincial de Valencia– llevo a cabo mi labor como Magistrado; he omitido toda referencia a preceptos legales concretos para facilitar la agilidad y comprensión del relato, que va dirigido a un público no necesariamente familiarizado con estas cuestiones.

De acuerdo con lo que dispone el Código Civil, en los denominados supuestos de “crisis matrimonial”, es decir, en los casos de nulidad (ineficacia del matrimonio por defectos de diverso tipo en su celebración), separación (declaración judicial de cese de la convivencia y de los deberes entre los cónyuges)

y divorcio (disolución del matrimonio), así como en los supuestos de cese de la convivencia extramatrimonial, es necesario resolver, en relación con los hijos, cuestiones de tipo patrimonial, como la cuantía de la pensión alimenticia que deberá abonar el progenitor a quien no se atribuya la custodia de los hijos, y por otro lado, de tipo personal, como a quién se atribuye la custodia del menor, así como el régimen de visitas que deberá ejercer el progenitor no custodio, es decir, los períodos en que podrá estar con los hijos; hemos de decir en primer lugar, que estos efectos de las rupturas de pareja se pueden regular por los propios protagonistas mediante la firma de un convenio que deberá, no obstante, ser aprobado por el Juez, para que compruebe si existe alguna disposición que lesione los derechos de los menores o de alguno de los cónyuges, (por ejemplo se establece una pensión de alimentos con una cuantía irrisoria o se priva a uno de los cónyuges de la relación con los hijos), o en caso de que no lleguen a

un acuerdo, estas previsiones se adoptarán directamente por el Juez tras el correspondiente proceso.

En nuestra sociedad es frecuente que los cónyuges no discutan a quién corresponde la guarda de los hijos, pues entienden que la madre debe obtener esta custodia, pero hay ocasiones en que sí se discute sobre esta cuestión; en caso de desacuerdo sobre esta cuestión, los criterios que se utilizan en las resoluciones judiciales que dilucidan este asunto están presididos por el principio llamado en la jerga jurídica de "favor filii", es decir, el del interés del menor, que se sobrepone al interés particular de cada uno de los dos progenitores: estos criterios, siempre hablando en plano general, son el de procurar la estabilidad de los menores, de modo que si de hecho ha asumido la guarda de los mismos uno de los dos progenitores, a falta de fuertes razones en contra, el progenitor custodio debe seguir ejerciendo esta función para no perjudicar la tranquilidad y continuidad de la vida de los hijos, que se vería posiblemente en peligro si se acordase el cambio.; será también muy importante la aptitud psicológica y dotes educativas de los padres, que podrán ponerse de manifiesto en la correspondiente prueba pericial psicológica en el seno del procedimiento judi-

cial, con todas las garantías legales inherentes al mismo, sin perjuicio de que las partes, (es decir los progenitores en cuanto litigantes en el proceso), puedan aportar los informes psicológicos y sociales que consideren oportunos y hayan encargado por su cuenta; igualmente la disponibilidad de tiempo que dedicar a los hijos será un factor que se tendrá en cuenta, así como el entorno social con que cuente cada uno de los miembros de la pareja que ha dejado de serlo, la edad de los hijos, pues se entiende que cuando sean muy pequeños es la madre la persona más necesaria si quiera sea por el hecho de la lactancia, y esta dependencia de la madre disminuye cuando el menor crece; un elemento también importante, en cuanto que es expresivo de la situación, es la propia opinión del niño, que se expresa en un acto que se denomina "exploración" y consiste en que éste manifiesta en el Juzgado cuál es su relación con los progenitores y cuáles son sus deseos e inclinaciones en relación con la custodia; esta audiencia del menor es preceptiva cuando se trate de niños con una edad superior a los doce años o se considere que tiene suficiente juicio; deberá asimismo tenerse en cuenta a la hora de decidir sobre la custodia de los menores el principio que señala la ley de que se

procurará no separar a los hermanos; este principio sin embargo, en cuanto que no pasa de ser una recomendación, no obliga en todo caso a mantener juntos a los hermanos; así, podrá optarse por separarlos, cuando alguno de los hijos esté próximo a cumplir la mayoría de edad y prefiera estar con un progenitor distinto de aquél que ejerce la guarda de sus hermanos pequeños; por supuesto podrán y deberán tenerse en cuenta datos tales como las anomalías psíquicas de los progenitores, su adicción a las drogas o al alcohol, y circunstancias similares que desaconsejen la atribución de la guarda al progenitor en quien concurren.

Hay que ser conscientes de la importancia del pronunciamiento relativo a la custodia de los menores, pues de ordinario, el progenitor que la obtenga, adquirirá el uso de la que fue vivienda conyugal, para que pueda ejercer su función de cuidado de los menores teniendo asegurado el techo, e implicará en consecuencia también el señalamiento de una pensión alimenticia que deberá pagar mensualmente el cónyuge no custodio; esta pensión mensual será la forma en que el progenitor que no tiene consigo a los menores contribuya al sostenimiento de éstos; su cuantía será proporcionada a sus ingresos y a las

necesidades de los menores, y durará hasta que el hijo cuente con ingresos propios suficientes y ya no conviva en el hogar familiar, por lo tanto, la mayoría de edad, que se alcanza a los 18 años, no supone automáticamente la extinción de la obligación alimenticia.

Por otro lado, la atribución a un progenitor de la guarda y custodia de los hijos, implicará legalmente el establecimiento de lo que se llama un "régimen de visitas", es decir, los períodos de tiempo en que podrá relacionarse con los hijos y tenerlos en su compañía, lo cual constituye un derecho y al mismo tiempo un deber para el progenitor, en cuanto que se considera un beneficio para el menor el mantener la comunicación y la relación con los dos miembros de la pareja, y no sólo con quien ha obtenido la guarda; el régimen de visitas más habitual es el de fines de semana alternos, desde la tarde del viernes o la mañana del sábado hasta la tarde del domingo, y la mitad de las vacaciones escolares de Navidad, Semana Santa y verano; cuando los niños son pequeños, suele ser también corriente establecer una tarde o dos entre semana para el progenitor no custodio, que puede suprimirse cuando los menores crezcan y acudan a actividades extra-escolares o deban atender sus estudios, o simplemente quieran estar con sus amigos.

Este llamado régimen de visitas, puede ser susceptible de limitación o modalización, a tenor de las circunstancias concurrentes en el caso: por ejemplo, si el progenitor que hace largo tiempo que no tiene ninguna comunicación con el hijo, puede ser aconsejable al principio que las visitas sean reducidas en el tiempo, unas horas al día, excluyendo la pernocta, para evitar cambios bruscos al pequeño, y cuando éste se vaya acostumbrando a la relación con el progenitor, aumentar los períodos de tiempo, incluyendo la pernocta hasta llegar a un régimen normal; también puede ser aconsejable la limitación e incluso la suspensión total del régimen en el caso de que el progenitor sufra alteraciones en su conducta, adicción a las drogas o al alcohol, que implique un peligro para el menor; en ocasiones, a la vista de las circunstancias, se opta por modalizar el régimen de visitas ordenando que se ejerza bajo la supervisión de un tercero, que puede ser un miembro de la familia, o una persona de confianza; cuando ninguno de los dos progenitores reúna las condiciones mínimas para hacerse cargo de los hijos, podrá ser adecuado encomendar su custodia a los tíos o a los abuelos, o a una entidad pública.

Últimamente se viene abriendo paso una modalidad de custodia que se ha

dado en denominar "guarda compartida", que consiste en la atribución a un progenitor de la custodia del hijo o hijos durante un determinado período de tiempo, transcurrido el cual, se atribuirá la custodia al otro progenitor por un período igual; estos períodos pueden ser semanales, mensuales, trimestrales o semestrales; esta modalidad implica el cambio de vivienda del menor, por lo que por afectar a su necesaria estabilidad y tranquilidad, esta modalidad aparecerá sólo indicada en los casos en que los dos progenitores vivan en el mismo barrio o calle, de forma que el cambio de guarda no suponga una ruptura del menor con su entorno habitual, ni presente especiales incomodidades para su asistencia al colegio; exige además una especial avenencia y colaboración de los progenitores, por lo que, más que imponerse en una sentencia, esta modalidad de custodia debe ser fruto del acuerdo de los cónyuges a través de lo que en el argot jurídico se conoce como "convenio regulador".

Es necesario subrayar que las decisiones judiciales o los acuerdos de los cónyuges en relación con la guarda y custodia de los menores no son inmutables, pues a través de lo que se conoce como procedimiento de modificación de medidas, se puede cambiar lo antes acor-

dado, cuando se den alteraciones sustanciales de las circunstancias; además la Ley prevé la posibilidad de limitar o suspender el régimen de guarda y custodia y de comunicación con el cónyuge no custodio sin necesidad de acudir al procedimiento citado cuando concurren razones de urgencia, en beneficio del menor. Por otro lado, conviene saber también que al principio del procedimiento de nulidad, separación y divorcio, y también en los procesos relativos a parejas no casadas, se dictan resoluciones judiciales provisionales, que regularán la situación hasta que se dicte la correspondiente sentencia, por lo que es posible que se acuerden determinadas medidas en estas resoluciones provisionales que luego sean sustituidas por las definitivas que se acuerden en la sentencia.

A continuación vamos a examinar algunos casos prácticos concernientes a la guarda y custodia de los menores de edad en los que puedan aplicarse los criterios ya vistos.

Caso 1

Se trata de un niño de 10 años de edad, que vive con su padre, por decisión de éste; no obstante, la madre, que ejerce la guarda de otras dos hijas del matrimonio, de 23 y 17 años de edad,

solicita la guarda del hijo menor; éste muestra en la exploración judicial su deseo de permanecer con su padre; el informe pericial psicológico, tras las oportunas entrevistas concluye que resulta más recomendable la custodia del menor por la madre porque desde que el niño vive con su padre, se han roto los vínculos afectivos con la madre y con sus hermanas, y éstas apenas pueden ver al menor por la resistencia de éste y la falta de colaboración del padre; en cambio, cuando el menor vivía con la madre, antes de hacerlo con el padre, se podía comunicar con éste sin perder por tanto el vínculo con el progenitor. Se planea el conflicto entre la voluntad del menor, y su propia estabilidad, con la ruptura del afecto con la madre y hermanas denunciada por el informe pericial, sin poder desconocerse tampoco la recomendación legal de que no se separe a los hermanos. Teniendo en cuenta la relativa fuerza de la opinión del menor, que todavía no cuenta con la edad necesaria para que su audiencia en el procedimiento sea preceptiva con arreglo al simple criterio cronológico, la necesidad de preservar la relación del pequeño con ambos progenitores, cosa que resulta más probable si la custodia se atribuye a la madre, y la conveniencia de no separar a los hermanos, quizá

sea más conveniente atribuir la custodia a la madre con el correspondiente régimen de visitas para el padre.

Caso 2

Se trata de un niño, de seis años de edad, cuya guarda desempeña la madre, pero solicita una restricción del régimen de comunicación con el padre, que podía tener consigo al pequeño los domingos alternos de 10 a 19 horas, aduciendo que el padre profesa la religión musulmana, y que existe peligro de que se lleve consigo al menor a su país; la alegación relativa a la religión del padre no puede ser aceptada, a la vista del principio de no discriminación por razón de religión establecido por la Constitución; otra cosa sería que a consecuencia de la profesión de una determinada fe religiosa se infiriera al menor un perjuicio objetivo que supusiera un perjuicio para su desarrollo, lo que debería ser puesto de manifiesto por los correspondientes informes periciales psicológicos; por otro lado, para que se accediera a la pretensión de la madre en relación al peligro de la expatriación del menor, debería aportarse algún indicio sólido de que el padre ciertamente abriga ese propósito; la circunstancia de que el padre desempeñe un trabajo estable en nuestro país puede tenerse en

cuenta como un dato contrario al peligro de sustracción del menor.

Caso 3

La madre ejerce la guarda de su hija de tres años, con el correspondiente régimen de visitas para el padre, consistente en los fines de semana alternos, desde las 18 horas del viernes a las 21 del domingo; el padre solicita el establecimiento de la guarda compartida, de forma que se cambie la guarda de la menor cada trimestre; los dos progenitores viven en poblaciones distintas, situadas a 40 kilómetros de distancia una de otra; la niña ha empezado ya a asistir a una guardería. En este caso, no resulta aconsejable el sistema de la guarda compartida, teniendo en cuenta que se solicita en vía contenciosa, por no estar conforme con él la madre de la pequeña, y además, el hecho de que los dos progenitores vivan en distintas poblaciones hace especialmente desaconsejable esta modalidad porque cada cambio trimestral de guarda supondría para la menor la ruptura con su entorno habitual.

Caso 4

El padre ejerce la guarda de su hija de siete años, y conviven también con él un hermano y dos hermanas mayores de edad o a punto de serlo; la madre solici-

ta la guarda y custodia de la pequeña; consta que durante un período en el que la menor vivió con la madre, en una población distinta de donde habita el padre y los hermanos, se produjeron reiteradas faltas de asistencia injustificadas al colegio; consta también, que la mayor de las hermanas ejerce un papel importante en la educación y el mantenimiento de la niña; ésta en la exploración se muestra dubitativa acerca de con qué progenitor quiere estar; en el presente caso, tanto el principio de no separar a los hermanos como el propio interés de la menor, que se encuentra bien cuidada por su hermana mayor, favorecen la atribución de la custodia al padre.

Como conclusión de este trabajo conviene repetir la idea de que es el beneficio del menor el principio rector y finalidad de todas las decisiones que se toman cuando se rompe la convivencia de los padres; este principio aparece expresado no sólo en la legislación ordinaria sino también en la Constitución y en los tratados internacionales, pero su concreción, en algunas ocasiones, no es nada fácil y exige al aplicador del Derecho una cuidadosa ponderación de las circunstancias concurrentes, teniendo en cuenta el carácter extremadamente sensible de las relaciones personales familiares que estamos llamados a regular.

