



**FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL**

**INFORME DEL CONSEJO FISCAL AL ANTEPROYECTO DE LEY SOBRE EL
EJERCICIO DE LA CORRESPONSABILIDAD PARENTAL EN CASO DE
NULIDAD, SEPARACIÓN Y DIVORCIO**

1. INTRODUCCIÓN 2. PROCEDENCIA DE LA EMISIÓN DE INFORME POR PARTE DEL CONSEJO FISCAL 3. ESTRUCTURA 4. MENCIONES AL FISCAL 5. CONSIDERACIONES PREVIAS 6. OBSERVACIONES DE DERECHO COMPARADO 7. ANÁLISIS DE LA EXPOSICIÓN DE MOTIVOS 8. EL INTERÉS DEL MENOR COMO CLAVE DE BÓVEDA DE LA REGULACIÓN 9. ANÁLISIS DE LAS MODIFICACIONES AL CÓDIGO CIVIL 9.1 El contenido del convenio regulador 9.2 Mediación 9.3 Audiencia de los hijos menores 9.4 Atribución de la guarda y custodia 9.5 La regulación de la guarda y custodia compartida 9.6 Guardia y custodia y violencia de género/familiar 9.7 La contribución a las cargas familiares 9.8 Atribución del domicilio familiar 9.9 La pensión compensatoria 9.10 Medidas provisionales 9.11 Concepto de alimentos 9.12 Cese de la obligación de alimentar 9.13 El ejercicio de la patria potestad 9.14 Conflictos de intereses 9.15 Privación de la patria potestad 10. MODIFICACIONES EN LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL 10.1 La demanda de separación, nulidad y divorcio 10.2 Regulación procesal de la audiencia a los menores 10.3 Regulación procesal de la mediación 10.4 Medidas provisionales y definitivas 10.5 Modificación de las medidas definitivas 10.6 Ejecución forzosa 10.7 Liquidación del régimen económico matrimonial. 11. REFORMAS EN LA LEY DEL REGISTRO CIVIL 12. MODIFICACIONES EN LA LEY DE MEDIACIÓN 13. DISPOSICIONES ADICIONALES 14. DISPOSICIONES TRANSITORIAS 15. DISPOSICIÓN DEROGATORIA ÚNICA 16. LA INTERVENCIÓN DEL FISCAL EN LOS PROCESOS CONTENCIOSOS 17.CONCLUSIONES

1. INTRODUCCIÓN

Por medio de comunicación del Secretario de Estado de Justicia de fecha 31 de julio de 2013 se remite el Anteproyecto de Ley *sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio* con objeto de que sea emitido el informe del Consejo Fiscal en el plazo improrrogable de treinta días.

2. PROCEDENCIA DE LA EMISIÓN DE INFORME POR PARTE DEL CONSEJO FISCAL



**FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL**

A tenor del artículo 14.4 j) de la Ley 50/1981 de 30 de diciembre, *reguladora del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal* (en adelante, EOMF), corresponde al Consejo Fiscal informar los proyectos de ley o normas reglamentarias que afecten a la estructura, organización y funciones del Ministerio Fiscal.

El Anteproyecto—como no podía ser de otra manera - prevé la intervención del Fiscal en los procedimientos matrimoniales en los que hay hijos menores. Se contempla que antes de acordar el régimen de guarda y custodia, así como el de estancia, relación y comunicación con el progenitor no conviviente el Juez recabe informe del Ministerio Fiscal (art. 92 bis apartado tercero); en el art. 770.1.4ª LEC se prevé la audiencia a los hijos a petición del Fiscal; en el art 771.2 LEC se dispone la citación a una comparecencia al Ministerio Fiscal para intentar un acuerdo de las partes; en el art. 775 LEC se legitima al Fiscal para instar la modificación de medidas; en el art 777.5 LEC se dispone que se recabará informe del Ministerio Fiscal sobre los términos del convenio relativos a los hijos; el art. 777.8 párrafo segundo LEC legitima en exclusiva al Fiscal para recurrir en interés de los hijos menores o con la capacidad completada judicialmente la sentencia o el auto que aprueben en su totalidad la propuesta de convenio; los proyectados artículos 38 de la Ley de 8 de junio de 1957, de Registro Civil y 40 de la Ley 20/2011, de 22 de julio, *de Registro Civil* legitiman al Fiscal para pedir la anotación de la admisión de la demanda de separación, divorcio o nulidad y de la dirigida a obtener la eficacia civil de las resoluciones o decisiones eclesiásticas en la que se inste la disolución y liquidación del régimen económico matrimonial; la Disposición transitoria segunda, en fin, legitima al Fiscal para promover la revisión judicial de medidas adoptadas conforme a la legislación anterior.

Está, por tanto, claramente justificada la necesidad de emisión de informe por el Consejo Fiscal.



**FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL**

3. ESTRUCTURA

El Anteproyecto consta de un artículo primero, que dividido en dieciocho apartados se dedica a las modificaciones del Código Civil; de un artículo segundo dividido en once apartados en el que se contienen las modificaciones de la Ley 1/2000, de 7 de enero, *de Enjuiciamiento Civil*; de un artículo tercero en el que se modifica el artículo 38 de la Ley de 8 de junio de 1957, *de Registro Civil*; de un artículo cuarto por el que se modifica el artículo 40 de la Ley 20/2011, de 22 de julio, *de Registro Civil* y de un artículo quinto, por el que se modifica la Ley 5/2012, de 6 de julio, *de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles*.

Además el Anteproyecto se integra por una disposición adicional primera, sobre igualdad de género, una Disposición adicional segunda, sobre acceso a las viviendas sociales, una Disposición transitoria primera, relativa a los procesos pendientes, una Disposición transitoria segunda, sobre revisión judicial de medidas adoptadas conforme a la legislación anterior y una Disposición derogatoria única, así como una Disposición final primera sobre el título competencial por el que se dicta la nueva normativa y una Disposición final segunda sobre la entrada en vigor.

4. MENCIONES AL FISCAL

A lo largo del articulado se incluyen referencias al Ministerio Fiscal, al “fiscal” y al “Fiscal”. Así el Anteproyecto utiliza la minúscula en el en el art. 770.1.4ª LEC y la mayúscula en el art 777.5 LEC. Debe optarse por mencionarlo en mayúsculas o en minúsculas. Lo que no es correcto es utilizar indistintamente mayúsculas y minúsculas en un mismo texto legal.

Entendemos preferible la mención en mayúscula, que es la opción seguida por la Fiscalía General del Estado en sus escritos oficiales. Desde luego, debe optarse inequívocamente por la mayúscula cuando ésta - como se hace en el



**FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL**

Anteproyecto- es la opción elegida para referirse al Letrado, al Procurador, al Secretario y al Juez.

5. CONSIDERACIONES PREVIAS

El Código Civil español no incorpora un concepto de "patria potestad", si bien puede definirse, a través de una interpretación sistemática de los arts. 154, 156 y 162 como el conjunto de facultades y obligaciones que el ordenamiento jurídico concede a los progenitores a fin de poder desempeñar las funciones de cuidado, atención y educación de sus hijos.

Aunque tampoco existe un concepto legal de guarda y custodia, el TS la ha identificado con la función de los padres de velar por los hijos y tenerlos en su compañía (vid. STS 19 de octubre de 1983).

Cuando se produce la ruptura y cesación de convivencia de los progenitores uno de los derechos-deberes que configuran la patria potestad –tener a los hijos en su compañía- se disocia del conjunto de las funciones que se engloban dentro del término patria potestad, configurando la "guarda y custodia".

Salvo expresa decisión judicial en contrario, la titularidad y el ejercicio de la patria potestad corresponde a ambos progenitores pese a la ruptura de la convivencia. Es perfectamente compatible la atribución a uno de los progenitores de la custodia de los hijos menores y el mantenimiento compartido del ejercicio de la patria potestad. El ordenamiento quiere evitar que el progenitor custodio adopte de forma unilateral las decisiones más relevantes en la vida del menor, las que se integran en el ejercicio de la patria potestad, promoviendo que sean ambos progenitores quienes tomen de una forma compartida las decisiones trascendentes –residencia, educación, tratamientos médicos- que afecten a los hijos comunes.



**FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL**

La fijación de la custodia lleva consigo básicamente la determinación de aquel de los progenitores que va a convivir y a compartir con el menor las situaciones cotidianas relativas a su educación y control. Su ejercicio, a diferencia del de la patria potestad que se refiere a cuestiones de mayor trascendencia, se desenvuelve en un quehacer cotidiano y doméstico. En la práctica, cuando se debate acerca de la custodia de los hijos, lo que se está planteando es la cuestión de la residencia: con quién se queda a vivir el hijo y quien de los progenitores es el que va a ejercer la tarea cotidiana de educación y control del menor (vid. SAP Barcelona de 20 de noviembre de 2003).

La concepción tradicional dominante mantenía que si los progenitores vivían separados, la guarda y custodia necesariamente debía residenciarse en el padre o en la madre o en tercera persona, pero nunca podía compartirse.

Esta concepción rígida ha ido progresivamente superándose.

Puede definirse la guarda y custodia compartida como el régimen de guarda en el que se establece un reparto equitativo de tiempos en la convivencia de los progenitores con sus hijos en los supuestos de crisis matrimonial o ruptura de parejas de hecho, bien a través de una alternancia en la convivencia, bien mediante una ampliación de los tiempos de estancia con uno y otro progenitor.

El art. 3 de la Ley 5/2011, de 1 de abril, de la Generalitat valenciana aporta otra definición: *por régimen de convivencia compartida debe entenderse el sistema dirigido a regular y organizar la cohabitación de los progenitores que no convivan entre sí con sus hijos e hijas menores, y caracterizado por una distribución igualitaria y racional del tiempo de cohabitación de cada uno de los progenitores con sus hijos e hijas menores, acordado voluntariamente, o en su defecto por decisión judicial.*



**FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL**

Los estudios que se han realizado sobre esta modalidad de guarda han evolucionado desde una oposición frontal a su admisión condicionada a la concurrencia de unas condiciones familiares y materiales idóneas.

Desde el punto de vista terminológico se ha impugnado su denominación, pues la expresión “custodia compartida” parece apropiada en la medida en que se comparte la custodia cuando los cónyuges viven juntos. Tras la crisis conyugal se ha considerado preferible hablar de custodia alternativa o de custodia sucesiva. Son numerosas las resoluciones que optan por la denominación custodia compartida alternativa (SSAP Madrid de 17 de Enero de 2007, 13 de Febrero de 2007, 21 de marzo de 2007, 14 de Septiembre de 2007; 24 de Octubre de 2007; SAP Valencia de 15 de Enero de 2007). Debe, no obstante reconocerse que la denominación “guarda y custodia compartida” ha arraigado y, por tanto, entendemos que la opción del Anteproyecto (guarda compartida y guarda individual –art. 92 bis apartados 1 y 5) es correcta.

El fundamento teórico de la guarda y custodia compartida descansa en el principio de que el cese de la convivencia de los progenitores no debe, siempre que sea posible, afectar a los vínculos familiares con los hijos, debiendo mantenerse al máximo posible los deberes, responsabilidades y facultades de cada uno de los padres con respecto a los mismos. El desarrollo integral del menor una vez sobrevinida la crisis conyugal se consigue a través de un periódico y habitual contacto con ambos progenitores. Emocionalmente es muy importante para un niño de una pareja que ya no convive sentir que tanto la casa de su padre como la de su madre son su propia casa, y que cada uno de sus progenitores interviene en todos los momentos de su vida; de descanso, de colegio, de vacaciones, etc. Estas son afirmaciones sobre las que hay consenso en la psicología infantil.

La SAP Barcelona secc. 18ª de 20 de febrero de 2007 realiza una sistematización de los argumentos de valor pedagógico a favor del régimen compartido: a) Evitar



**FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL**

en los menores determinados sentimientos negativos: miedo al abandono, sentimiento de culpa, sentimiento de negación...b) Fomentar una actitud más abierta hacia las separaciones c) Evitar situaciones de manipulación consciente o inconsciente por parte de los padres d) Posibilitar a los progenitores seguir ejerciendo sus derechos y obligaciones y participar así en el desarrollo de sus hijos e) No se cuestiona la idoneidad de ninguno de los progenitores f) Equiparar el tiempo de los cónyuges para su vida profesional y personal. g) Evitar situaciones de dependencia de los padres respecto de los hijos h) Cooperar en la adopción de acuerdos.

La doctrina ha considerado mayoritariamente que la regulación de la guarda y custodia compartida no debe ser de detalle, sino que habría de limitarse a establecer un marco amplio y flexible, en el que tengan cabida todas las posibles modalidades de custodia ajustadas a las diferentes situaciones que pueden envolver la situación del menor, y que permitan al Juzgador resolver en cada caso concreto atendiendo a su interés y buscando la estructura familiar más acorde para la consecución de su desarrollo y evolución integral, enumerando las situaciones en las que claramente debe descartarse su adopción.

Para optar por el régimen de la guarda y custodia compartida así como para determinar su concreta configuración debe atenderse a las circunstancias concurrentes que, por regla general, son diferentes en cada caso. Parece claro igualmente que este régimen sólo puede aplicarse entre quienes son capaces de postergar su desencuentro personal en aras al beneficio del hijo o de la hija común, siempre que además las circunstancias objetivas lo permitan (vid. en este sentido, SAP Las Palmas nº 327/2004, de 15 de abril).

Ya el Proyecto de Ley de Modificación del Código Civil en materia de Separación y Divorcio (BOCG de 1 de diciembre de 2004. Serie A) proponía dar una nueva



**FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL**

redacción al artículo 92 CC, a fin de contemplar la posibilidad de optar por la custodia compartida.

La Ley 15/2005 de 8 de Julio de modificación del Código Civil introdujo en nuestro Derecho la guarda y custodia compartida, bien que tímidamente, subordinada al acuerdo de los progenitores, exigencia que sólo excepcionalmente podía relajarse.

La Fiscalía General del Estado tuvo ocasión de pronunciarse puntualmente sobre la custodia compartida en la Instrucción 1/2006, de 7 de marzo, *sobre la guarda y custodia compartida y el empadronamiento de los hijos menores*.

En estos últimos años la guarda y custodia compartida ha sufrido una importante evolución, hasta el punto que se han venido a sentar recientemente con valor de doctrina jurisprudencial los presupuestos para concederla.

Pese a las modificaciones legales y jurisprudenciales, en la actualidad sigue siendo abrumadoramente mayoritario el sistema de atribución exclusiva de la custodia a uno de los progenitores, sistema construido en torno a la idea de que después de la separación y el divorcio no es posible que el hijo pueda seguir manteniendo un contacto habitual y cotidiano con ambos padres. Este sistema desemboca en un buen número de casos en una estructura familiar rígida en la que sólo es posible una relación diaria y cotidiana con uno de los progenitores. A ello hay que añadir que el otorgamiento de la custodia arrastra otras medidas, tales como la atribución de la vivienda familiar y la designación del deudor de la pensión de alimentos. En la inmensa mayoría de los caso el progenitor que asume la guarda, obtiene también la atribución de la vivienda familiar y la percepción y administración de la pensión de alimentos para el sostenimiento de los hijos comunes.

Debe, en base a estas observaciones generales, partirse de la legitimidad de la opción del Prelegislador por, como expresa en su Exposición de Motivos, introducir un sistema en el que “desaparezcan las rigideces y las preferencias por la custodia



**FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL**

monoparental del actual artículo, pero sin establecer la custodia y guarda compartida como preferente o general, debiendo ser el Juez en cada caso concreto, y siempre actuando, no en interés de los progenitores, sino en interés del menor, quien determine si es mejor un régimen u otro”. Entendemos que esta opción cumple con los postulados de flexibilidad a los que antes hacíamos referencia.

Parece claro que tal opción se ajusta perfectamente al principio de igualdad entre los progenitores, principio de igualdad que debe ser, por imperativo constitucional, piedra angular del ordenamiento jurídico en general y del Derecho de Familia en particular (arts. 1.1, 14, 32 y 39 CE). Es indiscutible, en el actual estadio de la conciencia social, que el ordenamiento jurídico debe inspirarse en la igualdad que debe existir entre mujeres y hombres respecto a los derechos y deberes que tienen respecto a los hijos e hijas en caso de finalización de la convivencia.

Puede también constatarse que la opción del Prelegislador va extendiéndose tanto en Derecho comparado como en las Legislaciones de las Comunidades Autónomas con competencia en Derecho civil. En este sentido debe mencionarse la Ley 2/2010, de 26 de mayo, *de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres* en Aragón, la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia, la Ley 5/2011, de 1 de abril, de la Generalitat Valenciana, *de Relaciones Familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven*, y 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 Navarra.

Igualmente el modelo cuya instauración se pretende ha sido, en cierta medida, postulado o apuntado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo recaída en materia de custodia compartida, que ha profundizado en una exégesis orientada a ampliar los contornos de la custodia compartida. Podría decirse que la



**FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL**

Jurisprudencia, en su más genuina dimensión vivificadora y creativa, ha contribuido a normalizar lo que el Legislador había diseñado como excepcional. En este sentido, deben reseñarse resoluciones como las SSTS nº 745/2012, 323/2012 o 257/2013.

La STS nº 257/2013, de 29 de abril en unificación de doctrina, considera que la Audiencia Provincial que denegó el régimen de guarda compartida partió para tomar su decisión de que el régimen de guarda y custodia compartida es algo excepcional, mostrando una posición inicialmente contraria a este régimen y considerando “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”. También reprocha a la sentencia recurrida que no fundara su 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”.

La Sala concluye que para la adopción de la medida de la guarda conjunta deben concurrir determinados requisitos: 1) La práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; 2) Los deseos manifestados por los menores competentes; 3) El número de hijos; 4) El cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales; 5) El resultado de los informes exigidos legalmente; 6) En definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada en una convivencia que forzosamente deberá ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven, sin que la mera constatación de que el régimen de guarda y custodia se adapta mejor al interés de los progenitores resulte suficiente para deducir que se adapta mejor al interés del menor, que es el que debe primar.



**FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL**

La evolución de la jurisprudencia del TS se orienta en el sentido de que la guarda y custodia compartida debe ser una medida normal, no excepcional siempre que sea pedida por una de las partes y se adecue al interés superior del menor. La guarda y custodia compartida se concibe como una forma de protección del interés de los menores cuando sus progenitores no conviven, no como un sistema de premio o castigo al cónyuge por su actitud en el ejercicio de la guarda (SSTS nº 745/2012, de 11 de diciembre, 496/2011, de 7 julio; 84/2011, de 21 febrero y 94/2010, de 11 marzo).

La STS nº 496/2011 declara que "la interpretación del art. 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 alguno de los criterios antes explicitados y que la redacción de dicho artículo no permite concluir que se trate de una medida excepcional, sino que al contrario, debería considerarse la más normal, 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 el mismo sentido pueden consultarse las SSTS nº 323/2012 y 579/2011.

La STS nº 579/2011, de 22 de julio, avanzando aún más, considera que las relaciones entre los cónyuges no son por sí solas relevantes para determinar la custodia compartida, salvo cuando perjudican el interés del menor.

Puede, por tanto, considerarse que la reforma proyectada se alinea con la evolución jurisprudencial en la materia.

En esta misma línea, debe también mencionarse la Moción aprobada por el Congreso de los Diputados el 19 de junio de 2012 en la que la Cámara Baja *insta al Gobierno a que en el plazo máximo de seis meses y sin perjuicio de las especialidades correspondientes en las comunidades en las que exista un Derecho Civil Foral propio, se desarrolle la regulación legal que modifique el artículo 92 del*



**FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL**

Código Civil y cuantos otros preceptos fueran necesarios, para conseguir la viabilidad de la guarda y custodia compartida en los supuestos de ruptura de la unidad familiar.

El modelo de intervención del Fiscal contemplado en el Anteproyecto también se adecua a los pronunciamientos de la STC nº 185/2012, de 17 de octubre, que declaró inconstitucional y nulo el inciso "favorable" del informe del Ministerio Fiscal contenido en el artículo 92.8 del Código civil.

También el Tribunal Constitucional, en su STC nº 4/2001, de 15 de enero asumió la legitimidad constitucional de la guarda y custodia compartida.

En este contexto de constatación de la plena legitimidad constitucional del cambio propuesto, las observaciones que siguen se ciñen a propuestas de modificación o reconsideración orientadas a contribuir a mejorar la calidad y la claridad de los preceptos legales examinados

6. OBSERVACIONES DE DERECHO COMPARADO

Como se anticipó supra, también en Derecho comparado puede detectarse una clara evolución en favor de la promoción o facilitación de la custodia compartida.

En Bélgica, la Ley de 18 de julio de 2006 ha modificado el art. 374 del Código Civil introduciendo el concepto de *résidence égalitaire*. El Tribunal examinará con carácter prioritario la posibilidad de fijar el alojamiento del menor de forma igualitaria entre el padre y la madre, siempre y cuando sea solicitado por uno de los progenitores. No obstante, si el Tribunal estima que la "residencia igualitaria" no es la fórmula más apropiada puede fijar una "residencia no igualitaria". La Exposición de Motivos de la Ley de 18 de julio de 2006 declara que "contrariamente a la actual situación, ya no será el progenitor que solicite la *résidence égalitaire* el que tendrá



**FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL**

que demostrar la pertinencia del mismo, sino que será al progenitor que se opone a quien le corresponda demostrar que existe una contraindicación".

En Francia, la Ley 2002-305 de 4 de Marzo de 2002 modifica el *Code Civil* y autoriza el sistema de *résidence alternée* del hijo menor cuando sus padres no conviven. El artículo 373.2.9 CC autoriza al Tribunal de Familia para establecer, si lo considera conveniente para el interés del menor, un sistema de *résidence alternée*, aunque no exista acuerdo. Se prevé también su establecimiento a modo de prueba.

En Inglaterra y Gales, la *Children Act* permite expresamente la instauración de la residencia compartida (*shared residence*). El art 11(4) de la *Children Act* 1989, dispone: *Where a residence order is made in favor of two or more persons who do not themselves all live together, the order may specify the periods during which the child is to live in the different households concerned.*

En Italia, el *Codice Civile* ha sido modificado en materia de custodia (*affidamento*) tras la Ley 54/2006, de 8 de febrero previendo expresamente la posibilidad de establecer un régimen de *affidamento alternato*.

En Escocia (*Family Law Act* 2006) se autoriza al Juez a otorgar la guarda y custodia compartida en los casos de falta de acuerdo, siempre que se cumpla la regla del interés del menor.

En Alemania el *Burgerliches Gesetzbuch* (BGB) no contempla expresamente la figura si bien no existe obstáculo en establecer este régimen si los progenitores así lo acuerdan.

El Código Civil austriaco (ABGB) admite la instauración pactada de la custodia compartida. En defecto de acuerdo el Juez debe conceder la custodia en exclusiva a uno u otro progenitor.



**FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL**

En Irlanda, la *Irish Family Law Act 1996* y la *Irish Children Act 1997* regulan la *custody*, como función del progenitor de proporcionar el cuidado diario físico y el control sobre la crianza del menor. No existe previsión sobre la custodia compartida.

En Noruega se reserva la guarda y custodia compartida únicamente en los casos en que exista acuerdo entre los cónyuges.

7. ANÁLISIS DEL ESTILO Y SINTAXIS DE LA EXPOSICIÓN DE MOTIVOS Y DEL TEXTO ARTICULADO

La redacción de la Exposición de Motivos y el texto articulado debieran ser objeto, en general, de una profunda revisión, pues se detectan numerosos defectos de estilo, gramaticales y sintácticos. En demasiadas ocasiones se incurre en anacolutos y solecismos (falta de coherencia interna del texto).

Sin perjuicio del ulterior análisis detallado del articulado, como botón de muestra de esta valoración podemos reseñar algunos ejemplos en la Exposición de Motivos:

En la página 3 se acentúa indebidamente la palabra plano

En la página 3 se puede leer “Y, si bien en la redacción inicial del artículo 92 del Código Civil no se mencionó expresamente estos elementos de culpabilidad”. La redacción gramaticalmente correcta debiera ser la de “Y, si bien en la redacción inicial del artículo 92 del Código Civil no se mencionaron expresamente estos elementos de culpabilidad”.

En la página 5 se puede leer “La doctrina más común”. Lo correcto sería “La doctrina mayoritaria”

En la página 6 hay una referencia al “mejor interés de los hijos”. Se trata de una traducción literal del Derecho anglosajón (*best interest of the child*) . La referencia



**FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL**

en nuestra terminología jurídica debiera ser “el interés superior del menor o de los hijos”.

En la página 8 se puede leer “En cuanto a la patria potestad, se introduce como norma que el ejercicio de la patria potestad será conjunto”. La reiteración de un sustantivo en la misma frase es claramente desaconsejable, por lo que debiera sustituirse por ejemplo por “En cuanto a la patria potestad, se introduce como norma que el ejercicio de la misma será conjunto”.

En la página 10 debe sustituirse lo siguiente “y en defensa del concepto de familia in extensa” por “y en defensa del concepto de familia extensa”.

En la página 14 debe mejorarse la redacción. En lugar de “las mismas medidas que a los hijos menores, en la medida que fueran procedentes, siempre en atención a su capacidad” se sugiere la sustitución por “las mismas medidas que a los hijos menores, en tanto fueran procedentes, siempre en atención a su capacidad” .

En la página 10 se incluye un párrafo con una expresión ciertamente defectuosa. En este caso la deficiencia excede de lo meramente formal: “Por otra parte, atendiendo al compromiso asumido por los poderes públicos para prevenir, erradicar y castigar la violencia doméstica y de género en todos los ámbitos de la sociedad, y con la finalidad de proteger a todas las víctimas de esos delitos, especialmente a los menores, expresamente se prevé que no se otorgará la guarda y custodia, ni individual ni compartida, al progenitor contra quien exista sentencia firme por violencia doméstica o de género hasta la extinción de la responsabilidad penal, o cuando existan indicios fundados y racionales de tales delitos que consten en una resolución judicial motivada del Juez que lleve la causa penal o, en su defecto, cuando tales indicios existan a juicio del Juez del procedimiento civil, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, siempre que el delito no estuviera prescrito”.



**FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL**

La redacción del Anteproyecto, además de manifiestamente defectuosa, puede trasladar el mensaje de que el no otorgamiento de guarda y custodia es un castigo más frente a la violencia doméstica y de género. Es claro que tal entendimiento es erróneo. En ningún caso tal decisión debe concebirse como castigo sino que siempre ha de adoptarse en interés del menor y en protección de la víctima. Ya existen sanciones penales específicas. Desgraciadamente, este anuncio de la Exposición de Motivos no es un mero desliz, sino que se concreta en el art 92 bis proyectado, en el que se contemplan una serie de consecuencias en las que late la idea de castigo.

8. EL INTERÉS DEL MENOR COMO CLAVE DE BÓVEDA DE LA REGULACIÓN

El principio del *favor minoris, o favor filii o bonum filii* ya fue recogido en nuestro ordenamiento tras las reformas del Código Civil operadas por Leyes 11/1981, 30/1981 y 21/1987. La LO 1/1996, de 15 de enero, de *Protección Jurídica del Menor* (en adelante, LOPJM) lo subrayó aún más al otorgarle prioridad frente a otros intereses legítimos en concurrencia.

Este principio fue inicialmente acuñado en la doctrina francesa bajo la fórmula de *tout pour l'enfant*, habiendo llegado a cristalizar en un principio general del Derecho, clave para la exégesis del Derecho de menores.

El principio del interés del menor también se recoge en el art. 3.1 de la Convención de Derechos del Niño y en el punto 8.14 de la Carta Europea de Derechos del Niño, que declara que *toda decisión familiar, administrativa o judicial, en lo que se refiere al niño, deberá tener por objeto prioritario la defensa y salvaguardia de sus intereses*. Es igualmente asumido con unanimidad en las legislaciones sobre menores de las Comunidades Autónomas.



**FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL**

El principio impone la necesidad de buscar para cada supuesto la medida más adecuada para el desarrollo armónico, integral y equilibrado de la personalidad del menor.

La valoración del interés del menor exige un examen pormenorizado de su situación personal, valorando las necesidades de atención, afecto y educación del menor, pautas de conducta y equilibrio de su entorno, ambiente social y familiar, identificación o rechazo del menor con el núcleo familiar, condiciones materiales de los progenitores, proximidad de sus residencias, aptitud e idoneidad en el desempeño de sus funciones, etcétera.

La STS nº 415/2000, de 24 de abril considera que "la patria potestad es en el Derecho Moderno, y concretamente en nuestro Derecho positivo, una función al servicio de los hijos, que entraña fundamentalmente deberes a cargo de los padres, encaminados a prestarles asistencia de todo orden, como proclama el art. 39.2 y 3 de la Constitución; de tal manera que todas las medidas judiciales que se acuerden, incluida la de privación de la patria potestad, deberán adoptarse teniendo en cuenta, ante todo, el interés superior del niño..."

Para que pueda aplicarse el principio del interés superior del menor es necesario dotar al órgano que lo ha de aplicar de los suficientes márgenes de discrecionalidad para que pueda tener en cuenta las circunstancias concurrentes en cada caso.

Entendemos que la reforma proyectada tiene muy presente este principio y lo realza, partiendo de la idea de que "el pleno desarrollo de los hijos menores de edad no se alcanza sin el mantenimiento del mayor contacto posible con ambos progenitores" (vid. SAP Las Palmas nº 320/2004, de 17 de mayo) y de que "las propias normas de experiencia que salvo casos muy concretos recomiendan la presencia de ambas figuras, paterna y materna, para el adecuado desarrollo y



**FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL**

educación de los hijos” (SSAP Álava nº 184/1997, de 8 de octubre y Barcelona nº 397/2004, de 25 de junio).

Pues bien, en términos generales, y con los matices que se expondrán *infra* puede decirse que la reforma se inspira en el principio del superior interés del menor, introduciendo las suficientes dosis de flexibilidad como para permitir su adecuado desenvolvimiento.

9. ANÁLISIS DE LAS MODIFICACIONES AL CÓDIGO CIVIL

9.1 El contenido del convenio regulador

Se introduce como contenido del convenio el plan de ejercicio de la patria potestad. El mismo parece inspirarse en el modelo francés. Conforme al art. 373-2-7 del Code Civil *les parents peuvent saisir le juge aux affaires familiales afin de faire homologuer la convention par laquelle ils organisent les modalités d'exercice de l'autorité parentale et fixent la contribution à l'entretien et à l'éducation de l'enfant. Le juge homologue la convention sauf s'il constate qu'elle ne préserve pas suffisamment l'intérêt de l'enfant ou que le consentement des parents n'a pas été donné librement.*

La modificación del art. 90 CC merece un juicio positivo. La introducción del plan de ejercicio de la patria potestad, con un contenido meticuloso y minucioso, parece acertada, tanto en su denominación como en su detalle, que es de esperar redunde en una reducción de los conflictos, pues puede dar soluciones por anticipado a los problemas que con más frecuencia suelen plantearse, al tiempo que aclara algo que ya *de lege data* puede extraerse en una interpretación sistemática de la Ley: que el ejercicio de la patria potestad es conjunto aunque los padres vivan separados.



**FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL**

El art. 90.1 a) 4 prevé como contenido del convenio regulador la inclusión del pacto sobre *el lugar o lugares de residencia de los hijos, determinando cuál figurará a efectos de empadronamiento*.

La previsión del Anteproyecto tiene todo su sentido, pues en la práctica se plantean problemas. La Instrucción de la Fiscalía General del Estado 1/2006, de 7 de marzo, *sobre la guardia y custodia compartida y el empadronamiento de los hijos menores* ya ordenó a los Fiscales velar para que “en los convenios reguladores, o excepcionalmente a falta de ellos, en las resoluciones judiciales en que se opte por una guarda y custodia compartida con tiempos de permanencia equilibrados se determine cuál ha de entenderse como domicilio del menor a efectos de empadronamiento”.

Se trataba de resolver el problema que se plantea para los gestores del Padrón cuando la guarda y custodia es compartida por ambos progenitores y existe un convenio regulador o una resolución que establece un régimen de convivencia con cada uno de los padres muy equilibrado. En este contexto les era imposible determinar cuál debe considerarse residencia habitual del menor, a efectos de empadronamiento.

La Instrucción 1/2006 aportó una solución, que, entendemos, debiera inspirar la previsión del Anteproyecto, partiendo de unas ideas básicas: 1) el domicilio de las personas físicas, según el art. 40 CC, es el lugar de residencia habitual; 2) la inscripción en el Padrón municipal ha de contener como dato obligatorio el domicilio habitual del inscrito (arts. 16.2 c Ley 7/1985, de 2 de abril, *reguladora de las Bases del Régimen Local* y 57.1 c del Reglamento de Población y Demarcación Territorial de las Entidades Locales, aprobado por el Real Decreto 1690/1986, de 11 de julio, y modificado por Real Decreto 2612/1996 de 20 de diciembre; 3) conforme a lo dispuesto en el art. 54.2 RPDTL los menores de edad no emancipados y los mayores incapacitados tendrán la misma vecindad que los padres que tengan su guarda o custodia o, en su defecto, de sus representantes legales, salvo autorización por escrito de éstos para residir en otro municipio; 4) cada persona



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL

debe tener un único domicilio, a efectos de empadronamiento. El art. 55.2 RPDTL expresamente dispone que sólo se puede ser vecino de un municipio.

Tal como está redactado el art. 90.1 a) 4, parece que los progenitores pueden libremente determinar el lugar de residencia a efectos de empadronamiento. Ello no debiera ser así, pues no se trata de una materia que pueda quedar a la voluntad de las partes. Habría de incorporarse expresamente la solución alcanzada por la Fiscalía, haciendo constar en el plan de ejercicio de la patria potestad *el lugar o lugares de residencia de los hijos, determinando cuál figurará a efectos de empadronamiento* añadiendo: “que deberá coincidir con el de aquel de los progenitores con el que en cómputo anual el menor pase la mayor parte del tiempo. Si los períodos de convivencia están equilibrados hasta el punto de que no pueda determinarse con cuál de los padres pasa el menor en cómputo anual la mayor parte del tiempo, deberán los propios progenitores pactar de entre los dos domicilios en los que el menor vive, aquel en el que ha de ser empadronado el menor”.

En este mismo artículo 90, la regla 1 d) presenta una confusa redacción. Su tenor es el siguiente: *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.*

El inciso *cuando no se les hubiera dado un destino definitivo* es superfluo y perturbador, pues ya deriva del inciso *en su caso*.

Se propone la siguiente redacción: *la atribución y cese, en su caso, del uso de la vivienda y ajuar familiar.*

Parece también superfluo el inciso *la repercusión que tal atribución haya de tener, en su caso, sobre las cargas familiares, la pensión de alimentos y la pensión por*



**FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL**

desequilibrio económico. La repercusión que la atribución tenga ya habrá de quedar reflejada en el *quantum* de esos otros conceptos.

El proyectado art. 90.2 dispone que 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.

Hasta ahora solo se preveía la inclusión del régimen de relaciones con los abuelos. La ampliación puede ser perturbadora para la agilidad del procedimiento. No se dice cual es la consecuencia jurídica de la no prestación de consentimiento por esas terceras personas. Si la misma se mantiene, debiera establecerse claramente la consecuencia, que entendemos debiera ser la automática exclusión de la cláusula sin perjuicio del derecho de los allegados a promover en proceso independiente lo que estimen oportuno en relación con su derecho a relacionarse con los menores.

En el apartado tercero del art. 90 sobra la coma.

Igualmente se sustituye la terminología tradicional de derecho de visitas por la de “régimen de estancia, relación y comunicación con el no conviviente”, que, como explica la Exposición de Motivos, parece más adecuada, en tanto se supera la conceptualización de los contactos del progenitor que no disfruta de la guarda como meras “visitas”.

En efecto, la nueva terminología recoge algo inherente al sistema y a su evolución lógica: el régimen de comunicación y estancia debe servir para canalizar la función que también compete al no custodio, de velar por sus hijos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral. La doctrina, comparando los contenidos de las sentencias dictadas en la década de los ochenta y principios de los noventa (fines de semana alternos, una semana en



**FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL**

Navidad y Semana Santa y un mes en verano) y las dictadas en los últimos años (fines de semana alternos de viernes a domingo, semana en Navidad y Semana Santa, mitad de vacaciones de verano y uno o dos días intersemanales, a veces con pernocta) ha subrayado la “tendencia imparable a la ampliación del régimen de comunicación y estancia con el progenitor no custodio”.

9.2 Mediación

El apartado tercero del proyectado art. 91 regula la mediación, estableciendo que *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.*

En primer lugar parece preferible referirse a las partes, más que a los padres, pues no todas las medidas sobre las que la mediación puede versar afectan a tal esfera. En segundo lugar debiera el precepto aclarar cual sería el efecto del rechazo de las partes a la propuesta de mediación del Juez. Entendemos que en tal caso debiera continuar la tramitación del procedimiento judicial, respetando así el derecho a la tutela judicial efectiva.

9.3 Audiencia de los hijos menores

El análisis de esta cuestión debe quedar enmarcado por el art. 12 de la Convención Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989 donde se dispone que *1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño en función de la edad y madurez*



**FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL**

del niño. 2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que le afecte, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.

El Comité de Derechos de Niño considera el derecho a ser oído como uno de los principios generales de la Convención, lo que supone reconocerle un enorme potencial tanto a la hora de interpretar el texto como a la hora de ejecutar sus disposiciones. La Observación general nº 7 (2005) del Comité de Derechos del Niño desarrolla estas previsiones.

El art. 9 LOPJM dispone que el menor tiene derecho a ser oído, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo o judicial en que esté directamente implicado y que conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social

El apartado segundo del art. 92 establece que el Juez, cuando deba adoptar cualquier medida sobre el ejercicio de la patria potestad, la custodia, el cuidado y la educación de los hijos menores, velará por el cumplimiento de su derecho a ser oídos y considerará prioritario el interés superior de los mismos, asegurando el respeto completo y efectivo de todos sus derechos, así como su desarrollo integral.

Consideramos muy acertado el mantenimiento de la regulación de la audiencia al menor para resolver sobre guarda y custodia y visitas. En efecto, se establece en el proyectado art. 92 bis.3 que *el Juez...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.* Se opta, pues, por una cláusula flexible, superadora de rígidos automatismos en la audiencia que, en ocasiones, supone para el menor una experiencia traumática y estresante al introducirlo en el núcleo duro del pleito. Si no es necesario, el



**FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL**

menor no debe pasar por el mal trago de pronunciarse sobre su relación con los padres.

El principio básico que debe inspirar el tratamiento de las audiencias a menores en los procesos matrimoniales es el de que no se les debe colocar ante un conflicto de lealtades (el denominado por la doctrina anglosajona *situation of divided loyalties* y en la alemana *loyalitätskonflikt*). La necesidad de evitar a los menores el conflicto de lealtades está presente en la jurisprudencia del TEDH (vid. STEDH de 17 de enero de 2012 Kopf y Liberda contra Austria).

Se mantiene por tanto la audiencia como facultativa, como susceptible de modulación por el Juez a través del inciso que subordina la decisión a que se estime necesario, siguiendo la filosofía de la Ley 15/2005, de 8 de julio. Esta flexibilidad se amolda más al principio del interés superior del menor. Nos remitimos en este punto al comentario que se realizará infra a la regulación procesal de la audiencia.

Valoramos muy positivamente que se atribuya al Juez la función de velar por el cumplimiento del derecho a ser oídos de los hijos menores, manteniendo la previsión contenida en el vigente art. 92.2 CC. No basta con el mero reconocimiento del derecho a los menores; si no se asigna a las instancias oficiales la garantía de su cumplimiento se corre el riesgo de que la efectividad de tal derecho de audiencia quede debilitado como consecuencia de la propia situación de los menores. Igualmente es positiva la colocación del principio del superior interés del menor como prioritario para el Juez. No estaría de más que en este mismo apartado o en otro autónomo se consignaran estas mismas funciones y principios rectores para la actuación del Fiscal.

Entendemos no obstante inadecuado el inciso último de este apartado, que tal como está redactado parece asignar al Juez la función de asegurar el desarrollo



**FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL**

integral de los hijos menores. Es claro que tal función excede de las posibilidades del Juez. Parece que una redacción más atinada sería la siguiente:

y considerará prioritario el interés superior de los mismos y su desarrollo integral, asegurando el respeto completo y efectivo de todos sus derechos.

Con la redacción propuesta lo que queda claro es que las medidas que se adopten deben facilitar el desarrollo integral de los hijos menores, que es a lo que puede aspirar el Estado-Juez. Nada más, pero nada menos.

9.4 Atribución de la guarda y custodia

El Código Civil, en su redacción dada por Ley 30/1981 de 7 de julio, no incorporó ningún criterio para la atribución de la custodia, salvo la asignación de la misma a favor de la madre de los hijos menores de siete años (manifestación de la denominada *tender years presumption*, acuñada por la jurisprudencia norteamericana). Tras la Ley 11/1990, de 15 de octubre, *de modificación del Código Civil en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo*, se suprimió tal preferencia, no introduciéndose criterio alguno para la atribución de la custodia a favor de uno u otro progenitor, a excepción de la recomendación de no separar a los hermanos y el criterio del interés del menor.

El párrafo segundo del apartado tercero del art. 92 bis contiene un listado de parámetros a utilizar para decidir sobre la guarda y custodia. El listado es adecuado y correcta es la cláusula abierta final pero en todo caso creemos que la redacción debiera ser más clara, especificado cuál es la finalidad de tal listado.

Recordemos que este párrafo segundo del apartado tercero del art. 92 bis dice así

Deberá prestar especial atención, en todo caso, a la edad, opinión y arraigo social, escolar y familiar de los menores; a la relación que los padres mantengan entre sí y



**FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL**

con sus hijos; a la aptitud, voluntad e implicación de cada uno de ellos para asumir sus deberes, respetar los derechos del otro, y cooperar entre sí para garantizar la relación de los hijos con ambos progenitores; a la posibilidad de conciliación de la vida familiar y laboral de los padres; a la situación de sus residencias habituales, a la existencia de estructuras de apoyo en los respectivos ámbitos de los padres, al número de hijos y a cualquier otra circunstancia concurrente en los padres e hijos de especial relevancia para el régimen de convivencia.

El inicio del párrafo tercero reproducido debiera precisar que *El Juez, para decidir cualquier cuestión relativa a la guarda y custodia de los hijos menores, deberá...*

9.5 La regulación de la guarda y custodia compartida

La posibilidad de atribución de la custodia compartida no ha sido expresamente prevista hasta la reforma de 2005, si bien con anterioridad tampoco estaba prohibida, y de hecho en ocasiones –contadas- nuestros tribunales establecieron este régimen.

La Ley 15/2005 de 8 de julio regula por primera vez de forma expresa la custodia compartida. El vigente art. 90.1.a dispone que el convenio regulador a que se refieren los artículos 81 y 86 de este Código deberá contener, al menos, los siguientes extremos: el cuidado de los hijos sujetos a la patria potestad de ambos, el ejercicio de ésta y, en su caso, el régimen de comunicación y estancia de los hijos con el progenitor que no viva habitualmente con ellos...". El art. 92.5 dispone que *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*



**FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL**

procedentes para el eficaz cumplimiento del régimen de guarda establecido, procurando no separar a los hermanos.

El art. 92.8 establece que *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 *ratio* que inspiraba el precepto, la razón de ser de configurar como excepcional la posibilidad de establecer la custodia compartida cuando no hay acuerdo estriba en la dificultad de su desenvolvimiento en estos casos, dado que la propia esencia del régimen requiere de una continua, permanente y pacífica colaboración entre los progenitores que haga fluida la alternancia de los hijos con cada uno de ellos, que haga factible un cuidado compartido de los mismos, que impregne de estabilidad el cambio inherente al modelo, si se nos permite el oxímoron. Como declara la SAP Madrid, secc. 22ª, de 4 de abril de 2006, rec. 106/2006 “la custodia compartida exige una permanente y absoluta colaboración y positiva comunicación entre los progenitores frente a la diversa problemática, cotidiana o no, que plantea la convivencia con los hijos”.

Este régimen de guarda, para que sea eficaz y no derive en un sistema generador de continuos problemas precisa de una actitud, un entendimiento y una colaboración en los padres (SAP Segovia secc. 1ª de 9 de Febrero de 2007; SAP Alicante secc. 4ª de 22 de Febrero de 2007).

El sistema de custodia compartida inaugurado por la Ley 15/2005 es, consiguientemente, muy restrictivo, por lo que las resoluciones que lo acogen siguen siendo minoritarias. Además, la Ley 15/2005 no prevé las consecuencias de la asunción de tal régimen sobre el resto de las medidas (contribuciones



**FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL**

alimenticias, uso del domicilio familiar etc), generando inseguridad jurídica y litigiosidad.

La principal novedad del texto proyectado en cuanto al tratamiento de la guarda y custodia compartida es la de que la posibilidad de constituir tal régimen deja de estar sometida a la excepcionalidad cuando no exista acuerdo entre los progenitores. Se parte de una idea básica: que no exista acuerdo en cuanto a la constitución del régimen no quiere decir que no vaya a haber colaboración una vez instaurado. Por otra parte, es también cierto que si se configura el acuerdo como necesario, el progenitor que más probabilidades tiene de obtener la custodia individual dispondría de una especie de “derecho de veto”.

La solución a la que se llega en cuanto a la posibilidad de atribución de la guarda y custodia compartida, es, como ya se expuso *supra*, una opción legítima y en nuestra opinión equilibrada. No se sigue el modelo de guarda y custodia compartida como preferente –como se hace en algunos países de nuestro entorno y en algunos Derechos Civiles forales- sino que se prevé como una posibilidad más, sin subordinarla necesariamente al acuerdo de las partes.

En las legislaciones autonómicas el art. 80.2 del Código del Derecho Foral de Aragón establece que *el Juez adoptará de forma preferente la custodia compartida en interés de los hijos menores, salvo que la custodia individual sea más conveniente*. Como declara la STSJ de Aragón de 1 de febrero de 2012, rec. 24/2011 “la determinación de la preferencia del sistema de custodia compartida sí conlleva una consecuencia práctica dirigida al juzgador, y consistente en la obligación de razonar suficientemente la decisión que se aparte del criterio preferencial”.

El art. 5 de la Ley valenciana 5/2011 establece que *como regla general, atribuirá a ambos progenitores, de manera compartida, el régimen de convivencia con los*



**FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL**

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

En Cataluña se sigue el modelo compartido (arts. 233.8.1 y 233.10.222 Ley 25/2010).

En Navarra, el art. 3.3 de la Ley foral 3/2011 establece que 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.

La opción del Anteproyecto se acerca al modelo navarro, menos radical que el aragonés y valenciano. En efecto, el apartado primero del proyectado art. 92 bis reza así:

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.

Es especialmente acertado subordinar cualquier solución al interés de los hijos.

El apartado 8 del vigente art. 92 condiciona la constitución excepcional de la guarda y custodia compartida sin acuerdo a la petición por una de las partes. El Proyecto –acertadamente- no exige esta petición. Entendemos es acertado no condicionar la posibilidad de adoptar el régimen de custodia compartida a la petición de una de las partes, en un ámbito en el que lo decisivo es el interés del



**FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL**

menor y teniendo presente que quien pide lo más –custodia individual- puede llegar a entenderse que pide lo menos –custodia compartida-.

Debiera excluirse la constitución de la guarda compartida sin acuerdo solamente en el caso de que existiese consenso de los padres en el sistema de guarda individual, es decir, cuando estuvieran conformes en cuanto a quién debe ser guardador y quién debe ser titular del régimen de comunicación y estancia. También debiera excluirse la constitución de la guarda compartida sin acuerdo cuando uno de los progenitores hubiera explicitado su voluntad contraria a ejercer la guarda. Esta parece ser la *voluntas* del Anteproyecto cuando se refiere a la posibilidad de custodia compartida *cuando, no mediando acuerdo, cada uno de ellos inste la custodia para ambos o para sí.*

No obstante la redacción del inciso final es confusa. Creemos que puede –y debe- ser simplificada.

Podría redactarse del siguiente modo:

El Juez podrá acordar el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos menores, siempre que sea adecuado para el superior interés de éstos, aún cuando no medie acuerdo entre los progenitores. No obstante, no procederá acordar el ejercicio compartido de la guarda y custodia cuando alguno de los progenitores no la inste para sí en cualquiera de sus dos modalidades.

Entendemos igualmente adecuada la opción del Prelegislador en cuanto a no regular las modalidades ni la periodicidad de la alternancia, pues es preferible instaurar un marco flexible que pueda adaptarse a las peculiaridades de cada caso siempre, eso sí, que se respete el superior interés del menor.

Por otra parte, el párrafo segundo del apartado segundo del art 92 bis dispone que *Igualmente podrá determinar, si lo considera necesario en interés del menor y*



**FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL**

siempre que no medie oposición expresa de los interesados, un régimen para que los menores se relacionen y comuniquen con sus hermanos, abuelos u otros parientes y personas allegadas.

De nuevo debemos advertir de las complicaciones que tal previsión puede añadir a un procedimiento de por sí complejo. En todo caso, si la disposición se mantiene, debiera mejorarse la redacción y aclararse a quien o quines se refiere el precepto cuando dice *siempre que no medie oposición expresa de los interesados*. Interesados son los padres, los hijos y los parientes y allegados. Si permanece el precepto, debiera especificarse que los parientes deben estar de acuerdo en la inclusión de la previsión. Sólo así se evitará que esta disposición desemboque en turbulencias procesales.

En cualquier caso, parece más razonable la regulación actual, contenida en el párrafo segundo del art. 94, conforme a la que *igualmente podrá determinar, previa audiencia de los padres y de los abuelos, que deberán prestar su consentimiento, el derecho de comunicación y visita de los nietos con los abuelos, conforme al art. 160 de este Código, teniendo siempre presente el interés del menor*. Esta disposición es mucho más clara y precisa.

9.6 Guardia y custodia y violencia de género/familiar

El vigente art. 92.7 establece que 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.



**FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL**

La razón del precepto es clara, pues debiendo cimentarse la guarda compartida en una relación de colaboración entre los progenitores, existiendo una situación de violencia, el régimen está claramente contraindicado.

El apartado quinto del art 92 bis proyectado va mucho más lejos, al disponer que *no procederá atribuir la guarda y custodia de los hijos, ni individual ni compartida, ni un régimen de estancia, relación y comunicación respecto de ellos, al progenitor que haya sido condenado penalmente por sentencia firme, 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 hasta la extinción de la responsabilidad penal, tras lo cual será el Juez quien deba valorar si procede tal concesión, atendiendo a los criterios señalados en los apartados anteriores y, singularmente al delito cometido, duración de la pena, reincidencia y reinserción del progenitor. Excepcionalmente, el Juez podrá establecer, si lo considera conveniente para la protección del interés superior de los menores, atendiendo a los criterios anteriores y a la peligrosidad del progenitor condenado, un régimen de estancia, relación y comunicación respecto de ellos.*

No se le atribuirá la guarda y custodia, ni individual ni compartida, cuando esté incurso en un proceso penal iniciado por la presunta comisión de violencia doméstica, de género o de cualquiera de los atentados antes referidos, y se haya dictado resolución judicial motivada en la que se constaten indicios fundados y racionales de criminalidad. La Sentencia absolutoria o el sobreseimiento libre firme dictado en el referido proceso penal será causa de revisión del régimen de guarda y custodia a petición de parte. Y tampoco procederá cuando el Juez del procedimiento civil advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de la comisión de tales hechos por el progenitor, siempre que el delito no estuviera prescrito.



**FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL**

Para valorar esta previsión debe partirse de la idea de que los menores tienen derecho a estar protegidos frente a comportamientos violentos. Incluso puede afirmarse que tienen derecho a no ser testigos de comportamientos violentos.

Debe también partirse de que en principio los menores tienen derecho a mantener el contacto con ambos progenitores. El derecho de visitas no debe ser objeto de interpretación restrictiva por su propia fundamentación filosófica y por tratarse de un derecho que actúa válidamente para la reanudación de las relaciones entre los padres y los hijos, evitando rupturas definitivas o muy prolongadas por el tiempo, que resultan difíciles de recuperar. Este derecho sólo cede en caso de darse peligro concreto y real para la salud física, psíquica o moral del menor (Sentencias de 30-4-1991, 19-10-1992 y 22-5 y 21-7-1993). En este sentido se pronunció el Pleno del Parlamento Europeo el 17 de noviembre de 1992, con referencia a los casos de divorcio de las parejas europeas que no tuvieran la misma nacionalidad. Según la Cámara la suspensión del derecho de visitas sólo ha de aplicarse si se pone con elevada probabilidad, directa y seriamente en peligro la salud física o psíquica del hijo y también si existe una resolución incompatible ya ejecutable al respecto (vid. STS nº 720/2002, de 9 de julio).

A los efectos de valorar la adopción de estas medidas debería tenerse especialmente en cuenta ese interés superior del menor y nunca optarse por la drástica solución de la supresión de las relaciones de manera automática o estandarizada. Ello sin dejar de reconocer que como declaró la Instrucción de la Fiscalía General del Estado 4/2004 “afirmar el carácter pluriofensivo de los delitos relacionados con la violencia de género supone reconocer que el círculo de víctimas no se identifica exclusivamente con la persona que soporta el maltrato. La erosión de los valores que han de regir la convivencia del grupo familiar afecta también cómo no a los hijos menores de edad”. Esta posible irradiación de los efectos de la violencia a otros miembros de la familia aunque no sean víctimas directas ya fue afirmada por la Fiscalía General del Estado en su Circular 4/2003,



**FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL**

asumiendo que ello puede tener repercusiones desde el punto de vista cautelar. La Circular 4/2003 establece que determinados actos por su propia dinámica y naturaleza, pese a que producen un resultado que recae sobre un miembro concreto del grupo familiar, afectan a todos los miembros del mismo que han de ser considerados víctimas del delito en su conjunto. La anterior consideración es importante a efectos de... la adopción de medidas cautelares.

Por lo demás, los devastadores efectos que genera sobre los hijos la violencia ejercida contra el progenitor han sido documentados con precisión.

Debiera evitarse a toda costa que el agresor haga de las visitas un medio para mantener el maltrato a la pareja, emplee a los menores como intermediarios en sus mensajes amenazantes o coactivos, utilice el régimen de visitas para incumplir la medida de alejamiento o, lo que es aún peor, extienda los malos tratos a los menores. Para todos estos casos, la suspensión del régimen de visitas será una medida equitativa y fundada.

Pero dicho esto, debe recordarse que hay en el ordenamiento toda una batería de medidas para reaccionar contra estas situaciones. El art 39 j) CP ya recoge como pena la privación de la patria potestad y a lo largo del articulado del Código se aplica a los supuestos en los que el Legislador lo estima oportuno.

Debe también tenerse presente que tanto la suspensión de la patria potestad como del régimen de visitas pueden ya adoptarse con carácter general al amparo del art. 158 CC, estando subordinadas a la finalidad de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios.

También pueden adoptarse las medidas cautelares de suspensión de patria potestad y de régimen de visitas al amparo de lo dispuesto en los arts. 65 y 66 Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de *Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género* (en adelante, LOMPICVG).



**FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL**

El fundamento del régimen especial aplicable a las medidas civiles de los arts. 65 y 66 LOMPICVG es el mismo que el del art. 158 CC: la necesidad de tutelar el interés superior de los menores con instrumentos eficaces hace que los límites caigan en aras de las máximas posibilidades operativas de las medidas cautelares.

El inculpado por violencia de género podrá ser suspendido del ejercicio de la patria potestad -artículo 65 LOMPICVG-.

Conviene recordar que tras la reforma 11/2003, de 29 de septiembre el art. 153 CP prevé la inhabilitación especial para ejercicio de la patria potestad por tiempo de hasta cinco años cuando la ofendida sea o haya sido la esposa o mujer que esté o haya estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad, aún sin convivencia, o persona especialmente vulnerable que conviva con el autor. Si la víctima del delito fuera alguna otra de las personas a que se refiere el art. 173.2 CP, es decir, descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, menores o incapaces que con el convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento, o guarda de hecho del cónyuge conviviente, la inhabilitación será por tiempo de seis meses a tres años. También se prevé la inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad en los supuestos de los delitos de lesiones graves, amenazas y coacciones sin necesidad de que el menor sea víctima directa del delito (arts 148, 171 y 172 CP) y en los casos de los delitos contra la libertad e indemnidad sexual (art. 192 CP).

Ad abundantiam juris, el art 170 CC vigente dispone que el padre o la madre podrán ser privados total o parcialmente de su potestad por sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma o dictada en causa criminal o matrimonial.

Debiera el Prelegislador reflexionar si es necesaria una nueva previsión normativa en este contexto, en el que ya existe un abanico de posibilidades legales para



**FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL**

privar de contacto al menor respecto de su progenitor cuando éste ha incurrido en comportamientos violentos en el seno familiar.

Lo que desde luego es criticable es que la regulación de las medidas de suspensión de la patria potestad y del régimen de visitas se lleve a cabo a través de unas disposiciones tan lacónicas e insuficientes. En todo caso deberían aplicarse siempre a través del filtro del principio de proporcionalidad.

No debe ser imprescindible para adoptar estas medidas que el menor sea víctima directa del delito, pero si debe exigirse que el fundamento de la misma sea el de apartar al mismo de un peligro o evitarle perjuicios, no la simple ordenación de las relaciones entre la pareja.

Debieran distinguirse dos supuestos: cuando el menor es sujeto pasivo de los malos tratos y cuando el menor no es propiamente sujeto pasivo. En este segundo caso aunque no debe haber duda que si las circunstancias lo aconsejan también deben poder suprimirse los contactos, esta posibilidad debe estar prevista sin automatismos ni generalizaciones.

En los casos en los que los menores no sean sujetos pasivos del delito la regulación debe ser flexible, autorizando la supresión o restricción de la guarda y custodia y del derecho de visitas pero permitiendo valorar las concretas circunstancias del caso, huyendo de automatismos en sí mismos injustos, en un ámbito tan sensible y susceptible de matizaciones como en el de las relaciones de los progenitores con sus hijos. La Instrucción 4/2004, de 14 de junio, de la Fiscalía General del Estado ya advirtió de que la aplicación de esa medida no debía revestir un carácter indiscriminado y automático, sino que debe ser reservada para casos cuya gravedad o especial naturaleza así lo aconsejen para la protección de los menores que se dibujen como víctimas potenciales de la violencia del agresor.



**FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL**

En efecto, en esta materia el superior interés del menor, a valorar en cada caso concreto, debe ser el criterio rector de cualquier decisión que se adopte. Debe siempre operarse con la necesaria mesura, evitando que lo que en definitiva debiera ser una medida en protección de los hijos se convierta en una sanción encubierta o indirecta a los mismos.

Debe partirse también de la necesidad de evitar respuestas estandarizadas, que si siempre son peligrosas, en este ámbito su nocividad se incrementa exponencialmente, pues los tipos de violencia doméstica y de género incluidos en el Código Penal abarcan desde supuestos graves de violencia habitual a actos leves aislados. No debe olvidarse que bajo la etiqueta violencia doméstica/de género se encuadran conductas de muy diversa gravedad, por lo que cualquier intento de simplificar o generalizar puede llevar a gravísimos errores en su aplicación. Uno de esos posibles errores, es el de la generalización en la respuesta, el no distinguir suficientemente entre los diferentes tipos de violencia doméstica, o entre las diferentes gravedades y diferentes riesgos, y por supuesto y como consecuencia directa, entre las distintas posibilidades de respuesta que cada caso requiere.

Debe dejarse al Juzgador un margen de maniobra muy superior al que el Anteproyecto le reconoce.

Similar valoración merece el apartado sexto del art. 92 bis, que regula el tratamiento a dar al supuesto de que ambos progenitores estuvieran incurso en actos de violencia doméstica. De nuevo aquí no se tiene en cuenta que el supuesto de hecho comprende desde situaciones de extrema gravedad –piénsese en ataques contra la indemnidad sexual de los menores perpetrados por los progenitores- a supuestos leves –riña puntual mutuamente aceptada entre los progenitores, en las que se propinan empujones e insultos-. En seguida se comprende que la repercusión en



**FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL**

cuanto a guarda y custodia y régimen de visitas difícilmente puede someterse a una norma común.

El apartado séptimo de nuevo adolece de una confusión conceptual entre medidas penales y civiles, al hacer referencia al supuesto de que el delito estuviera prescrito. La medida es civil y su fundamento ha de pivotar sobre el superior interés del menor. El hecho de que el delito esté o no prescrito debe ser indiferente.

Las disposiciones comentadas recuerdan la equivocada filosofía que inspira al denostado art. 57 CP, cuya modificación ha propuesto reiteradamente la Fiscalía General del Estado y, específicamente la Unidad Coordinadora de Violencia de Género. Debe recordarse que tras la reforma operada por LO 15/2003 de 25 de noviembre, se estableció en el párrafo 2.º del artículo 57 del CP el carácter imperativo de la pena de prohibición de aproximación en los supuestos de delitos a que se refiere el párrafo 1.º si el sujeto pasivo es alguno de los previstos en el artículo 173.2. La aplicación automática de la pena de alejamiento está generando efectos no deseados y contraproducentes, siendo mucho más adecuado permitir al juez valorar las circunstancias concretas de cada caso. Ya la Circular de la Fiscalía General del Estado 2/2004, de 22 de diciembre advertía de la amplitud de los tipos de los arts. 153 y 173.2 CP, que “abarcan supuestos leves de violencia aislada o episódica”, por lo que postulaba ponderando las circunstancias concurrentes “informar favorablemente o promover de oficio peticiones de indulto parcial en relación con la pena de prohibición de aproximación, solicitando simultáneamente la suspensión de la ejecución de la misma conforme al art. 4.4 CP con el fin de evitar la a todas luces anómala situación que podría derivarse de una separación forzosa imperativa y contraria a la voluntad de los aparentes beneficiarios de la medida de protección”.

Este Consejo Fiscal propone por tanto la supresión de la regulación contenida al respecto en el art. 92 bis apartados 5 y 6 y el mantenimiento de la cláusula contenida en el art. 92.7 CC, en su redacción dada por la Ley 15/2005, por



**FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL**

entender tal disposición mucho más equilibrada que la propuesta en el Anteproyecto.

9.7 La contribución a las cargas familiares

Se regulan en el art 93. De nuevo se detectan errores gramaticales en la redacción.

El apartado primero dispone que *el Juez, en todo caso, determinará la contribución de cada progenitor para satisfacer las cargas familiares, en su caso, la pensión de alimentos de los hijos por las necesidades ordinarias y los gastos necesarios extraordinarios, su periodicidad, forma de pago y bases de actualización, y adoptará las medidas convenientes para asegurar la efectividad y acomodación de las prestaciones a las circunstancias económicas y necesidades de los hijos en cada momento.*

En dos líneas se utilizan dos giros antitéticos: “en todo caso” y “en su caso”. Debe suprimirse “en todo caso”. Se refiere el precepto a *los gastos necesarios extraordinarios* (sic).

Se estima correcta la definición y distinción entre gastos ordinarios y extraordinarios, que el precepto comentado acuña conforme al *status quaestionis* jurisprudencial. También es correcta la definición y tratamiento jurídico de los gastos voluntarios.

También parece adecuada y equitativa la previsión de que para el cálculo de la prestación de alimentos por gastos ordinarios se tenga en cuenta, además de las necesidades de los menores y los recursos económicos de cada progenitor *la atribución que se haya realizado del uso de la vivienda familiar.*

9.8 Atribución del domicilio familiar



**FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL**

Regula la materia el art. 96 proyectado, respecto del que puede decirse que si bien incorpora criterios correctos y tiene en cuenta la posibilidad de establecimiento de un régimen de custodia compartida, está redactado con excesiva prolijidad y de forma ciertamente descuidada.

Así el párrafo primero del apartado segundo dispone que *cuando no se hubiera podido dar un destino definitivo a la vivienda familiar, enseres y ajuar existentes en el mismo, la atribución de su uso se hará por el Juez en función de lo que sea más conveniente para los intereses de los hijos. Cuando algunos de los hijos queden en la compañía de uno y los restantes en la del otro, el Juez resolverá lo procedente.*

Siendo correcto el inciso primero, el inciso segundo es manifiestamente superfluo y por tanto debiera suprimirse.

El párrafo segundo del apartado segundo está redactado en términos ininteligibles: *En todo caso, siempre que no fuera atribuido su uso por periodos alternos a ambos progenitores, y fuera compatible con los intereses de los hijos, se atribuirá al progenitor que tuviera objetivamente mayores dificultades de acceso a otra vivienda, si el régimen de guarda y custodia de los hijos fuera compartida entre los progenitores o si los cónyuges no tuvieran hijos o éstos fueran mayores de edad.*

El descuido en la redacción llega al punto de contemplar la atribución de la vivienda al progenitor sin hijos (*se atribuirá al progenitor... o si los cónyuges no tuvieran hijos*).

Tratando de dar una redacción inteligible a lo que, parece, pretende el Prelegislador, se sugiere el siguiente texto: *el Juez atribuirá el uso de la vivienda al progenitor que tuviera objetivamente mayores dificultades de acceso a otra, si el régimen de guarda y custodia de los hijos fuera compartida, siempre que ello sea compatible con los intereses de los hijos. Igualmente se atribuirá el uso de la vivienda al cónyuge que tuviera objetivamente mayores dificultades de acceso a otra si no concurrieran hijos menores de edad.*



**FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL**

El párrafo tercero del apartado segundo incorpora una previsión que, en tanto se subordina a circunstancias excepcionales y a la correcta cobertura de las necesidades de los menores puede considerarse adecuada, como remedio equitativo para determinados supuestos. Sin embargo, está redactado en tiempos verbales incompatibles con los que son propios de una norma jurídica: *excepcionalmente, aunque existieran hijos menores o con la capacidad judicialmente completada dependientes de los progenitores, el Juez puede atribuir el uso de la vivienda familiar al cónyuge que no tiene su guarda y custodia si es el más necesitado y el progenitor a quien corresponde la guarda y custodia tiene medios suficientes para cubrir su necesidad de vivienda y la de los hijos.*

Obsérvese cómo impropia se utiliza el presente en la habilitación judicial: *el Juez puede atribuir el uso de la vivienda familiar.*

De nuevo debe hacerse constar la mala redacción del apartado tercero del artículo comentado. Reza así: *En el caso de atribuirse el uso de la vivienda familiar a uno de los progenitores por otorgarle la guarda y custodia de los hijos y ésta fuera privativa del otro progenitor o común de ambos, lo será hasta que tenga la obligación de prestarles alimentos o se liquide la vivienda. En los demás supuestos, lo será por un tiempo máximo de dos años, mientras se procede a la liquidación del inmueble en los términos indicados. De continuar teniendo dificultades para encontrar vivienda, o en el supuesto de no haber podido realizar su liquidación en este tiempo, con carácter excepcional, podrá solicitarse, con tres meses de antelación, una prórroga por un año, debiendo tramitarse por el procedimiento establecido para la modificación de medidas definitivas.* Debe procederse a una profunda revisión gramatical de esta norma.



**FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL**

El apartado cuarto del artículo comentado repite lo que ya se había establecido con anterioridad, esto es, que la atribución de la vivienda debe tenerse en cuenta a la hora de determinar el *quantum* de las pensiones.

En el apartado quinto se introduce una previsión confusa y mal redactada: *en el supuesto de vivienda con carga hipotecaria o con obligaciones contraídas por razón de su adquisición o mejora, incluidos los seguros vinculados a esta finalidad, deben satisfacerse por los cónyuges de acuerdo con lo dispuesto en el título de constitución*. Con frecuencia el título de constitución de la hipoteca no aclarará nada sobre la distribución en el pago de las cuotas, por lo que debe optarse por otra solución, que entendemos debiera ser la regla general del pago por mitad con posibilidad de modulación por el Juez atendidas las circunstancias de cada caso, debiendo tenerse en cuenta para la determinación del *quantum* de la pensión compensatoria y de las pensiones alimenticias de los hijos.

El apartado sexto vuelve a incurrir en graves defectos de redacción. Su tenor literal es el siguiente: *Para disponer de la vivienda cuyo uso haya sido atribuido a los hijos menores cuya guarda y custodia sea ejercitada por un progenitor, ya fuera privativa del otro o común, se precisará el consentimiento de ambos, debiendo poner en conocimiento del Juzgado el cambio de residencia de los menores o, en su defecto, la autorización judicial*. Aquí ya no sólo se incurre en defectos de redacción sino que se mezclan materias que deben ser objeto de tratamiento autónomo (la enajenación de la vivienda familiar y el cambio de residencia de los menores).

9.9 La pensión compensatoria

En su regulación, el art. 97 añade una regla 9^a y con ella, un nuevo parámetro para determinar el *quantum* de la pensión: *la atribución que, en su caso, se haya hecho del uso de la vivienda familiar al acreedor de la pensión y el régimen de*



**FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL**

asunción de los gastos que la misma genere. Dicho nuevo parámetro entendemos, es adecuado y coherente con otras previsiones del texto proyectado.

El vigente art. 100 dispone que *fijada la pensión y las bases de su actualización en la sentencia de separación o de divorcio, sólo podrá ser modificada por alteraciones sustanciales en la fortuna de uno u otro cónyuge.*

El proyectado art. 100 dispone que *fijada la pensión y las bases de su actualización en la sentencia de separación o de divorcio, sólo podrá ser modificada por alteraciones en la fortuna de uno u otro cónyuge que así lo aconsejen.*

El texto proyectado amplía las posibilidades de promover la modificación del quantum de la pensión judicialmente determinada, pues exige alteraciones en la fortuna pero deja de subordinarse a que sean *sustanciales*. El cambio va a permitir un *ajuste fino* de las pensiones a los cambios sobrevenidos. Ello es acorde con los postulados de equidad pero al mismo tiempo generará mayor litigiosidad.

9.10 Medidas provisionales

El art. 103 CC se retoca para contemplar la posibilidad de establecer un régimen provisional de guarda y custodia compartida y para sustituir la terminología tradicional de derecho de visitas por la de “régimen de estancia, relación y comunicación con el no conviviente, en términos que nos parecen correctos.

9.11 Concepto de alimentos

El Prelegislador trata de ampliar el concepto de alimentos, pero lo hace de forma desafortunada.



**FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL**

El art. 142 vigente dispone que *los alimentos comprenden también la educación e instrucción del alimentista mientras sea menor de edad y aún después cuando no haya terminado su formación por causa que no le sea imputable.*

El texto proyectado establece que *los alimentos comprenden también la educación e instrucción del alimentista mientras sea menor de edad y, aún después, cuando no haya terminado su formación por causa que no le sea imputable y no tenga recursos propios para sufragar los gastos de alimentos, o una vez completada se encuentre en búsqueda activa de empleo.*

Tratando de reflejar la intención del Legislador pero respetando un mínimo orden sugerimos la siguiente redacción: *los alimentos comprenden también la educación e instrucción del alimentista mientras sea menor de edad y, aún después, cuando no haya terminado su formación por causa que no le sea imputable, siempre que no tenga recursos propios para atender sus necesidades.*

También comprenden los alimentos el sustento, habitación, vestido y asistencia del alimentista cuando alcanzada la mayoría de edad y habiendo completado su educación carezca de medios y se encuentre en búsqueda activa de empleo.

9.12 Cese de la obligación de alimentar

En el proyectado art. 152 se amplían las causas de cese. Concretamente se modifica la causa quinta, que en su redacción vigente dispone que *cuando el alimentista sea descendiente del obligado a dar alimentos, y la necesidad de aquél provenga de mala conducta o de falta de aplicación al trabajo, mientras subsista esta causa.*



**FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL**

En el texto proyectado se establece que *cuando el alimentista sea descendiente mayor de edad del obligado a dar alimentos y adquiera la independencia económica por disponer de ingresos que le permitan costearse sus propias necesidades, o esté en disposición y condición de procurárselos por sí mismo, aún cuando no los tenga si su situación de insolvencia es achacable a su mala conducta o a la falta de aplicación al trabajo. Así mismo cesará cuando no haya terminado su formación por causa que le sea imputable, o una vez completada, no se encuentre en búsqueda activa de empleo.*

También se extinguirá cuando el hijo mayor de edad contrajese matrimonio o mantuviera análoga relación de afectividad, o dejase de residir en el domicilio familiar, no pudiendo incluirse en este último supuesto las ausencias temporales o involuntarias del mismo.

Entendemos que la modificación no está suficientemente justificada. No parece que contraer matrimonio o entablar análoga relación de afectividad, o dejar de residir en el domicilio familiar deban ser por sí causas de extinción de la obligación de alimentos, si el alimentista sigue sin recursos y en situación de desempleo involuntario.

9.13 El ejercicio de la patria potestad

El texto vigente del último párrafo del art 156 dispone que *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.*

La doctrina mayoritaria interpreta este precepto refiriéndolo a únicamente a los supuestos de separación de hecho. Quedaría fuera la nulidad, separación judicial y divorcio, regidos por lo establecido en los arts. 90 y ss. CC. En una exégesis literal este artículo supone



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL

una quiebra de la regla general establecida en materia de patria potestad de ejercicio conjunto de la misma por ambos progenitores o por uno de ellos con el consentimiento tácito o expreso del otro. El art. 159 CC apunta en la dirección contraria al art 156 pues reconoce indirectamente, la capacidad de los progenitores no convivientes para acordar sobre el ejercicio de la patria potestad, al señalar que si los padres viven separados y no decidieren de común acuerdo, el juez decidirá, siempre en beneficio de los hijos, al cuidado de que progenitor quedarán los hijos menores de edad.

El texto proyectado del último párrafo del art 156 dispone que *aunque los padres vivan separados, la patria potestad se ejercerá conjuntamente por ambos salvo que el Juez resolviera, en interés de los hijos, que la patria potestad sea ejercida total o parcialmente por aquel con quien los hijos convivan.*

La modificación proyectada es correcta. En realidad, el texto vigente del último párrafo del art 156 CC parece incurrir en un defecto terminológico, pues efectivamente y sin perjuicio de que el progenitor conviviente ejerza la guarda y custodia, que se correspondería con la gestión ordinaria de las cuestiones relativas al menor, lo que es propiamente ejercicio de la patria potestad, es decir, la adopción de medidas trascendentes para con el hijo, debe entenderse, incluso *de lege data*, de desempeño conjunto, salvo específica decisión judicial en contra. El texto propuesto por el Prelegislador se adecúa mejor a este esquema, que, repetimos, es el correcto incluso aplicando el Derecho vigente a través de una interpretación sistemática en relación con el art. 159 CC.

El texto proyectado añade al art. 156 un nuevo párrafo: *el derecho a decidir el lugar de residencia de los hijos menores de edad y el domicilio de su empadronamiento corresponderá a los titulares de la patria potestad, con independencia de cual sea el progenitor que ostente la guarda y custodia de los mismos.*



**FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL**

Realmente debe defenderse que incluso *de lege data* la facultad de decidir (es más correcta esta terminología, pues no se trata propiamente de un derecho) el lugar de residencia de los hijos menores se imbrica en el ejercicio de la patria potestad y no en el ejercicio de la guarda y custodia, por lo que, en efecto, debe asignarse a los titulares de la patria potestad, con independencia de cual sea el progenitor que ostente la guarda y custodia de los mismos. No obstante, no está de más una expresa clarificación a través de la modificación del CC para que no quede ninguna duda al respecto, ya que en ocasiones se ha discutido la conclusión que defendemos, derivando en importantes problemas, sobre todo en materia de sustracción internacional de menores.

En cuanto al domicilio de empadronamiento, reiteramos lo expuesto *supra*. No hay ningún derecho a empadronar al menor. Éste debe ser empadronado en el domicilio en el que en cómputo anual pase más tiempo.

9.14 Conflictos de intereses

El art 163 vigente dispone que siempre que en algún asunto el padre y la madre tengan un interés opuesto al de sus hijos no emancipados, se nombrará a éstos un defensor que los represente en juicio y fuera de él. Se procederá también a este nombramiento cuando los padres tengan un interés opuesto al del hijo menor emancipado cuya capacidad deban completar.

Si el conflicto de intereses existiera sólo con uno de los progenitores, corresponde al otro por Ley y sin necesidad de especial nombramiento representar al menos o completar su capacidad.

El art 163 proyectado es idéntico al vigente pero sustituye en la primera línea del primer párrafo *el padre y la madre por los progenitores*.

9.15 Privación de la patria potestad



**FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL**

El art 170 CC vigente dispone que el padre o la madre podrán ser privados total o parcialmente de su potestad por sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma o dictada en causa criminal o matrimonial.

Los Tribunales podrán, en beneficio e interés del hijo, acordar la recuperación de la patria potestad cuando hubiere cesado la causa que motivó la privación

El art. 170 proyectado es idéntico, limitándose a sustituir *el padre o la madre podrán ser privados total o parcialmente de su potestad por cualquiera de los progenitores podrá ser privado total o parcialmente de la patria potestad.*

10. MODIFICACIONES EN LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL

10.1 La demanda de separación, nulidad y divorcio:

Se modifica el art 770 LEC añadiéndose la necesidad de acompañar la demanda de un plan de ejercicio de la patria potestad, como corresponsabilidad parental, respecto de sus hijos menores o con la capacidad judicialmente completada, si los hubiera. Ello es coherente con las modificaciones propuestas en el CC.

Se añade también al art 770 un párrafo orientado a integrar como objeto de la litis la liquidación de la sociedad de gananciales.

Así se dispone que *además, deberá incorporar el documento en el que conste haberse procedido ya a la liquidación del régimen económico matrimonial por haber sido precedido de la separación matrimonial o, en su defecto, la propuesta para la formación de inventario y la liquidación del régimen económico matrimonial junto con los documentos que justifiquen las diferentes partidas incluidas en la propuesta, en los términos previstos en los artículos 809 y 810. En la referida propuesta deberá incluirse un plan sobre el régimen de administración y disposición de los bienes gananciales o comunes que se incluyan en el inventario, y de los bienes privativos que estuvieran especialmente afectados a*



**FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL**

las cargas familiares, así como sobre la obligatoria rendición de cuentas que deba realizarse al finalizar el mismo, para que sea observado hasta que se proceda a la liquidación definitiva del régimen económico matrimonial o a la división de la comunidad ordinaria.

La ampliación del objeto de la litis es una legítima decisión del Prelegislador. La filosofía que la inspira -solventar todos los aspectos patrimoniales de la crisis matrimonial puede tener efectos pacificadores- es adecuada. La correlativa complicación del procedimiento puede atemperarse por medio de la prevista tramitación de esta cuestión en pieza separada.

En todo caso debiera suprimirse en la tercera línea el inciso *por haber sido precedido de la separación matrimonial* por incorrecto y por superfluo.

10.2 Regulación procesal de la audiencia a los menores

Debe modificarse la regla 4ª del proyectado art. 770 que manteniendo el texto vigente dispone que *si el procedimiento fuera contencioso y se estimara necesario, de oficio o a petición del fiscal, partes o miembros del equipo técnico judicial o del propio menor, se oirá a los hijos si tuviesen suficiente juicio y, en todo caso, a los mayores de doce años.*

Esta previsión entra en directa contradicción con la regulación del Código Civil, que atinadamente –como examinamos *supra*- configura la comparecencia de los menores como facultativa.

Ya la Circular de la Fiscalía General del Estado 3/2009 se pronunció sobre la cuestión en los siguientes términos, que reproducimos para la exacta comprensión del problema:



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

La Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio ha introducido cambios sustanciales en la audiencia a los hijos menores en estos procedimientos.

Conforme con el art. 12 de la Convención de 1989, el apartado segundo del art. 92 CC dispone ahora que 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.

Pero el apartado sexto del mismo precepto establece que 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.

Por tanto, la audiencia del menor que tenga suficiente juicio no se configura ahora como imperativa sino como susceptible de modulación por el Juez a través del inciso que subordina la decisión a que se estime necesario.

La regla 4ª del art. 770 LEC, no obstante, no modificada, continúa manteniendo de forma imperativa la audiencia del menor cuando haya cumplido los doce años de edad.

La aparente antinomia habrá de resolverse haciendo primar el carácter sustantivo de la norma contenida en el art. 92 CC y en especial, teniendo en cuenta el argumento cronológico de ser *lex posterior*. Por tanto, habrá de entenderse que, siendo inexcusable garantizar el derecho del niño a expresar su opinión y ser oído, el trámite concreto de audiencia del menor no es imperativo y que su práctica queda subordinada a que se estime necesario.

Esta flexibilidad se amolda más al principio del interés superior del menor, proclamado también en el art. 3 de la misma Convención de los Derechos del Niño y en los arts. 2 y 3.1 de la LOPJM, argumento éste que apoya también la tesis de resolver la contradicción normativa entre los arts. 770.4 LEC y 92 CC en favor de este último.

A fortiori, el apartado 5º del art. 777 LEC, también afectado por la reforma de 2005, de nuevo configura la audiencia de los menores como potestativa, al declarar que si hubiera hijos menores o incapacitados, el Tribunal recabará informe del Ministerio Fiscal sobre los términos del convenio



**FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL**

relativos a los hijos y oír a los menores si tuvieran suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, partes o miembros del Equipo Técnico Judicial o del propio menor.

La reforma asume las opiniones contrarias a la obligatoriedad de oír al menor, en todo caso, cuando hubiere cumplido la edad de 12 años, teniendo en cuenta que en ocasiones no es necesario y ponderando que a veces esta comparecencia en el Juzgado puede suponer un auténtico trauma. De hecho la praxis judicial omitía la audiencia del menor en los procesos de separación y divorcio de mutuo acuerdo.

Ya en el Encuentro de Jueces y Abogados de Familia sobre la incidencia de la LEC en los procesos matrimoniales celebrado en noviembre de 2003 la conclusión 18 relativa a la exploración de menores defendía que es preceptivo en todos los procedimientos dar a los menores la oportunidad de ser oídos cuando así lo deseen, pero deberá valorar el juzgador en cada supuesto concreto y según las circunstancias, la obligatoriedad de su asistencia a tal fin.

Habrán de ponderarse en cada caso las circunstancias concurrentes (existencia o no de contienda entre los progenitores, edad del menor, singularidades concurrentes en el mismo, especialidades de las medidas impetradas respecto del menor, etc.) para decidir sobre la necesidad o no de la audiencia al menor.

El texto proyectado, en tanto modifica formalmente de manera integral el art. 770 LEC puede generar graves problemas interpretativos, si no se adapta al texto del CC. En efecto, de mantenerse tal como aparece en el Anteproyecto, desactivaría el argumento cronológico empleado por la Circular 3/2009 para defender la tesis propuesta –carácter no necesariamente imperativo de la audiencia-.

Por otra parte, debiera aclararse la posición de las partes en estas comparecencias, pues la falta de previsión expresa ha generado litigiosidad. Como expresa la SAP Madrid, sec. 22ª, de 5 de febrero de 1999, rec. 51/1998 “debe recordarse, una vez más, que nos situamos ante un menor de edad, que no puede verse inmiscuido, en modo alguno, en un torrente de preguntas y repreguntas, dirigidas al mismo por los Letrados de las partes presentes en el acto, pues no se trata de un mero testigo ajeno al proceso, sino directamente afectado por el mismo



**FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL**

y sus consecuencias jurídicas, y al que, en base precisamente a su superior interés, se le debe aislar de contraproducentes intervenciones que no sean las de una entrevista personal y exclusiva con el Juez, y en su caso el Fiscal, en cuanto un medio más de proporcionar al primero datos que pudieran conformar su final criterio decisorio...”

El párrafo tercero de la regla 4ª del art 770 LEC refiere que estas comparecencias se lleven a cabo “sin interferencia de otras personas”. No obstante, la norma debiera ser más clara para evitar problemas.

Sería igualmente aconsejable que expresamente se reconociera la facultad del Fiscal de asistir a estas comparecencias. El TC ha tenido que salir al paso de interpretaciones en sentido contrario. La STC nº 17/2006, de 30 de enero, en relación con una causa civil en la que no se permitió al Fiscal asistir a la exploración de un menor, declara que si bien los arts. 138.2 y 754 LEC permiten celebrar las audiencias de menores sin asistencia de las partes “tal exclusión de publicidad no puede entenderse referida al Ministerio Fiscal, que interviene preceptivamente en el proceso de forma imparcial como defensor de la legalidad y de los derechos de los menores afectados, velando por la primacía del interés superior de éstos es necesario permitir su intervención efectiva en la exploración, a fin de que el Fiscal pueda personalmente oír e interrogar a los menores, para conocer si éstos expresan con libertad su opinión sobre el conflicto que afecta a su esfera personal y familiar, e interesar, en su caso, la adopción por el Tribunal de las medidas de protección de los menores que estime necesarias”.

Además, debiera introducirse una previsión expresa sobre la documentación del resultado de la audiencia. La adecuada documentación del resultado de la audiencia de los menores es especialmente importante. Lo es por varios motivos: en primer lugar por la importancia que puede llegar a tener su resultado, tanto más



**FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL**

en función del grado de madurez del menor. En segundo lugar porque a las partes, salvo al Ministerio Fiscal, o no se les permite asistir o si se les permite asistir no se les permite intervenir (párrafo tercero de la regla 4ª del art 770 LEC), por lo que debe garantizárseles el completo conocimiento al menos *a posteriori* de lo acaecido durante la audiencia. En tercer lugar, porque en ocasiones, es difícil plasmar lo expresado por el menor, con todos sus matices, por lo que la corrección en la diligencia es especialmente deseable. En la práctica, en ocasiones se detecta una cierta tendencia a levantar una escuetísima acta que no permite conocer a quienes no asistieron el resultado de lo acaecido.

Por todas estas razones se propone añadir un nuevo párrafo a la regla 4ª del art 770 LEC del siguiente tenor:

Del resultado de la exploración de los hijos se extenderá acta detallada y, siempre que sea posible, será grabada en soporte audiovisual.

10.3 Regulación procesal de la mediación

La regla 6ª del proyectado art. 770 dispone que *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 a las circunstancias concurrentes, estima posible que lleguen a un acuerdo.*

De nuevo en nuestra opinión debiera el precepto precisar qué ocurre en caso de que alguna de las partes no quiera someterse a mediación. En nuestra opinión, el respeto al derecho a la tutela judicial efectiva impone que en este caso continúe sin más la tramitación del procedimiento judicial. Entendemos que no es suficiente a tales efectos la previsión del párrafo segundo conforme al que el procedimiento judicial se reanudará si lo



**FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL**

solicita cualquiera de las partes. Creemos que si desde el primer momento alguna de las partes se opone a la mediación no debe suspenderse el procedimiento.

10.4 Medidas provisionales y definitivas

La modificación del apartado segundo del art 771 LEC se limita a una actualización terminológica, sustituyendo hijos “incapacitados” por hijos “con la capacidad judicialmente completada”, por lo que nada debe oponerse. El mismo comentario debe hacerse de la modificación del apartado 4 del artículo 774.

10.5 Modificación de las medidas definitivas

El Anteproyecto da una nueva redacción al apartado 1 del art 775. En el texto vigente se exige para poder promover la modificación de las medidas que “hayan variado sustancialmente las circunstancias”. El texto proyectado amplía la posibilidad de instar la modificación de medidas pues lo permite “siempre que así lo aconsejen las nuevas necesidades de los hijos o el cambio de las circunstancias de los padres”. Tal ampliación parece correcta, teniendo en cuenta que estas resoluciones deben producir efectos de cosa juzgada muy limitados y a la vista de que las nuevas necesidades de los hijos o el cambio de las circunstancias de los padres pueden ser suficientes para transformar la *res iudicata* en *res iudicanda*.

No obstante, se advierte al prelegislador que la modificación proyectada comportará, inevitablemente, un incremento de la litigiosidad.

10.6 Ejecución forzosa

Las modificaciones del art. 776 dedicado a la ejecución forzosa de los pronunciamientos sobre medidas son meramente terminológicas, sustituyéndose “régimen de visitas” por “régimen de estancia, relación y comunicación” en coherencia con las



**FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL**

modificaciones introducidas en el CC y “progenitor guardador” y “no guardador” por “progenitor conviviente” y “no conviviente”

10.7 Liquidación del régimen económico matrimonial.

El art. 777 se modifica para encauzar las cuestiones relativas a la liquidación del régimen económico matrimonial en el propio procedimiento de mutuo acuerdo. En todo caso creemos que ello debiera ser facultativo para las partes, no obligatorio.

El art. 808 se reforma de modo que la liquidación del régimen económico matrimonial pasa de ser un objeto contingente del procedimiento a ser un objeto necesario, si no se ha realizado con anterioridad y no hay acuerdo.

El proyectado art. 809 a 811 introduce una pieza separada dentro del proceso matrimonial para resolver las cuestiones atinentes a liquidación del régimen económico matrimonial.

11. REFORMAS EN LA LEY DEL REGISTRO CIVIL

Se reforma la Ley de 8 de junio de 1957, *sobre el Registro Civil*, que, debe recordarse, ha sido derogada, con efectos desde el 22 de julio de 2014. La reforma, que evidentemente va a tener una vida efímera, si es que por el juego de fechas llega a tenerla, afecta al art. 38, que regula las anotaciones registrales, incorporando una nueva posibilidad: la de anotar la admisión de la demanda de separación, divorcio o nulidad y de la dirigida a obtener la eficacia civil de las resoluciones o decisiones eclesiásticas en la que se inste la disolución y liquidación del régimen económico matrimonial.

Se reforma igualmente el art. artículo 40 de la Ley 20/2011, de 22 de julio, *de Registro Civil*, que como se sabe no ha entrado en vigor. La reforma al igual que la Ley de 8 de junio de 1957 se refiere exclusivamente a la introducción de la posibilidad de anotar la demanda de separación, divorcio o nulidad y de la dirigida a obtener la eficacia civil de las



**FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL**

resoluciones o decisiones eclesiásticas en la que se inste la disolución y liquidación del régimen económico matrimonial.

12. MODIFICACIONES EN LA LEY DE MEDIACIÓN

Se amplían las posibilidades de la mediación en el ámbito familiar. En nuestra opinión la ampliación no debiera afectar a las cuestiones entre los menores y las personas con la capacidad judicialmente completada y los titulares de las instituciones de protección y apoyo que hayan sido designados o sus guardadores de hecho (letra d) y a las cuestiones entre la familia acogedora y los acogidos. En ambos casos la asimetría propia de la relación entre menores en situaciones de especial vulnerabilidad y personas adultas e incluso instituciones públicas desaconseja la formalización del cauce de la mediación.

13. DISPOSICIONES ADICIONALES

La Disposición adicional primera, bajo la rúbrica igualdad de género establece que “en todos los casos en que esta Ley utiliza sustantivos de género gramatical masculino para referirse a diversos sujetos (padres, hijos, abuelos, etc.) debe entenderse que se refiere de forma genérica a dichas posiciones incluyendo tanto el caso de que las ocupen mujeres como que las ocupen hombres, con estricta igualdad en sus efectos jurídicos”. Entendemos que se trata de una previsión prescindible por superflua.

La Disposición adicional segunda, bajo la rúbrica acceso a las viviendas sociales declara que “el Gobierno propondrá a las Comunidades Autónomas el establecimiento de unas directrices en las políticas de vivienda de alquiler social y VPO, de modo que en las situaciones de nulidad, separación y divorcio se priorice el acceso a una vivienda digna a las personas de este colectivo en situación de necesidad, siempre que haya menores a su cargo”. En nuestra opinión este tipo de declaraciones programáticas o admonitivas, de dudosa juridicidad, no debiera formar parte de la Ley.



**FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL**

14. DISPOSICIONES TRANSITORIAS

Se dedican a abordar las cuestiones de Derecho Transitorio dos disposiciones, la primera para aplicar a los procesos pendientes y la segunda para aplicar a los procesos finalizados en los que se adoptaron medidas conforme a la legislación anterior.

Respecto de los procesos en los que se adoptaron medidas conforme a la legislación anterior, se establece que a partir de la entrada en vigor de la nueva ley se podrán revisar judicialmente las adoptadas conforme a la legislación anterior, cuando alguna de las partes o el Ministerio Fiscal, respecto de casos concretos, soliciten la aplicación de la nueva norma. La solución parece correcta, toda vez que la nueva norma amplía las posibilidades de organización de las relaciones familiares y del ejercicio de la guarda y custodia e introduce nuevos parámetros para facilitar medidas más equitativas.

Respecto a los procesos pendientes se dispone que continuarán sustanciándose durante la instancia conforme a las normas procesales vigentes en la fecha de la presentación de la demanda. Entendemos que a la vista del tenor de la disposición transitoria segunda, que permite aplicar la nueva norma a situaciones ya resueltas nacidas con anterioridad a su entrada en vigor, sería necesario en relación con los procesos pendientes habilitar un trámite procesal para que las partes puedan adaptar sus pretensiones a las previsiones de la nueva ley, en el que se incorpore tanto una fase de alegaciones como de prueba. No tendría sentido prohibir pretensiones fundadas en el nuevo marco legal en el proceso en trámite, obligando a las partes –con manifiesta infracción del principio de economía procesal- a acudir a un incidente de modificación de medidas.

15. DISPOSICIÓN DEROGATORIA ÚNICA



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

Se deja sin contenido el artículo 159 del Código Civil. Recordemos que dicho precepto establece que *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 que fueran mayores de doce años.*

No alcanzamos a entender la opción por la pura y simple derogación, pues se trata de un precepto residual destinado a solventar supuestos en los que no hay un proceso matrimonial ni asimilado en marcha. Piénsese por ejemplo en supuestos en los que los progenitores nunca han convivido. Creemos que sin perjuicio de adaptar este artículo al espíritu de la reforma, debe continuar como tal. Podría mantenerse estableciendo la audiencia del Fiscal, la posibilidad de custodia compartida - superando la asunción del sistema de guarda exclusiva o unilateral- y el carácter no imperativo de la audiencia del menor.

16. LA INTERVENCIÓN DEL FISCAL EN LOS PROCESOS CONTENCIOSOS

Procedimentalmente, la posición del Fiscal cuando actúa en calidad de demandado presenta alguna dificultad a la hora de formar criterio en atención a los datos materiales implicados en la cuestión de fondo. Esto ocurre en el trámite de contestación a la demanda, que según el art. 753 LEC se verificará de acuerdo a lo dispuesto en el art. 405. El Legislador prevé un traslado simultáneo de la demanda a todos los demandados, no teniendo presente la especial posición procesal que ocupa el Fiscal, entendido como parte *sui generis* cuya intervención en el proceso obedece por imperativo del art. 124 de la Constitución a la defensa de la legalidad y del interés público tutelado por la Ley.

Sería más adecuada la previsión específica de un traslado sucesivo de la demanda al Fiscal, pues en la medida en que el Ministerio Público se rige por el principio de imparcialidad, difícilmente podrá cumplir su misión constitucional si se ve obligado a



**FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL**

fijar su posición con conocimiento exclusivo de las pruebas y alegaciones del demandante y no del demandado.

Se propone por ello una reforma del art. 749 LEC, precepto dedicado expresamente a la intervención del Fiscal en los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores, añadiendo un apartado tercero con el siguiente texto:

3. Cuando el Ministerio Fiscal actúe en calidad de demandado y concurra con otras partes personadas con ese mismo carácter, deberá dársele traslado sucesivo de la demanda y de las contestaciones formuladas por éstas.

Por otra parte, en ocasiones, especialmente en los pleitos matrimoniales contenciosos, pese a concurrir hijos menores, el interés de éstos no está en juego pues lo que es objeto de discusión son otras cuestiones que no afectan a los menores. En estos casos la intervención del Fiscal no está justificada, por lo que debiera preverse la posibilidad para éste de apartarse del procedimiento. Por ello se propone añadir al art. 749 LEC un apartado cuarto del siguiente tenor:

4. Cuando pese a concurrir menores o personas con la capacidad completada judicialmente las cuestiones objeto de discusión en el procedimiento contencioso no les afecten, el Fiscal podrá apartarse del procedimiento presentando ante el Juzgado dictamen motivado.

17. CONCLUSIONES

1º Tanto la Exposición de Motivos como el propio el texto articulado del Anteproyecto debieran ser objeto de una profunda revisión, pues se detectan numerosos defectos de estilo, gramaticales y sintácticos.

2º El modelo de intervención del Fiscal contemplado en el Anteproyecto se adecua a los pronunciamientos de la STC nº 185/2012, de 17 de octubre, que declaró



**FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL**

inconstitucional y nulo el inciso "favorable" del informe del Ministerio Fiscal contenido en el artículo 92.8 del Código civil.

3º En términos generales puede decirse que la reforma se inspira en el principio del superior interés del menor, introduciendo las suficientes dosis de flexibilidad como para permitir su desenvolvimiento.

4º Debiera aclararse el procedimiento a seguir en las comparecencias para audiencias de menores, especialmente en cuanto a asistentes y documentación.

Se propone añadir un nuevo párrafo a la regla 4ª del art 770 LEC del siguiente tenor:

Del resultado de la exploración de los hijos se extenderá acta detallada y, siempre que sea posible, será grabada en soporte audiovisual.

Debiera reconocerse expresamente la facultad del Fiscal de asistir a estas comparecencias.

5º El tratamiento de la guarda y custodia compartida, suprimiendo la nota de excepcionalidad cuando no exista acuerdo entre los progenitores es una opción legítima y equilibrada.

Es adecuada la opción del Prelegislador en cuanto a no regular las modalidades ni la periodicidad de la alternancia en la guarda compartida, pues es preferible instaurar un marco flexible que pueda adaptarse a las peculiaridades de cada caso.

6º A la hora de valorar las repercusiones de la concurrencia de la violencia doméstica o de género en las decisiones de guarda o custodia debe dejarse al Juzgador un margen de maniobra muy superior al que el Anteproyecto le reconoce.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL

La regulación contenida en el Anteproyecto puede generar a través de respuestas estandarizadas decisiones injustas y desproporcionadas. Se propone la supresión de la regulación contenida al respecto en el art. 92 bis apartados 5 y 6 y el mantenimiento de la cláusula contenida en el art. 92.7 CC, en su redacción dada por la Ley 15/2005, por entender tal disposición mucho más equilibrada que la propuesta en el Anteproyecto.

7º Tal como está redactado el art. 90.1 a) 4, parece que los progenitores pueden libremente determinar el lugar de residencia a efectos de empadronamiento. Ello no debiera ser así, pues no se trata de una materia que pueda quedar a la voluntad de las partes. Habría de incorporarse expresamente la solución alcanzada por la Fiscalía, haciendo constar en el plan de ejercicio de la patria potestad *el lugar o lugares de residencia de los hijos, determinando cuál figurará a efectos de empadronamiento* añadiendo: *que deberá coincidir con el de aquel de los progenitores con el que en cómputo anual el menor pase la mayor parte del tiempo. Si los períodos de convivencia están equilibrados hasta el punto de que no pueda determinarse con cuál de los padres pasa el menor en cómputo anual la mayor parte del tiempo, deberán los propios progenitores pactar de entre los dos domicilios en los que el menor vive, aquel en el que ha de ser empadronado el menor.*

8º El artículo 90, regla 1 d) presenta una confusa redacción. Su tenor es el siguiente: *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.*

El inciso *cuando no se les hubiera dado un destino definitivo* es superfluo y perturbador, pues ya deriva del inciso *en su caso*.



**FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL**

Se propone la siguiente redacción: *la atribución y cese, en su caso, del uso de la vivienda y ajuar familiar.*

9º El apartado primero del proyectado art. 92 bis reza así:

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 redacción del inciso final es confusa. Creemos que puede –y debe- ser simplificada.

Podría redactarse del siguiente modo:

El Juez podrá acordar el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos menores, siempre que sea adecuado para el superior interés de éstos, aún cuando no medie acuerdo entre los progenitores. No obstante, no procederá acordar el ejercicio compartido de la guarda y custodia cuando alguno de los progenitores no la inste para sí en cualquiera de sus dos modalidades.

10º Valoramos muy positivamente que se atribuya al Juez la función de velar por el cumplimiento del derecho a ser oídos de los hijos menores, manteniendo la previsión contenida en el vigente art. 92.2 CC. Entendemos no obstante inadecuado el inciso último de este apartado, que tal como está redactado parece asignar al Juez la función de asegurar el desarrollo integral de los hijos menores. Es claro que tal función excede de las posibilidades del Juez. Parece que una redacción más atinada sería la siguiente:



**FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL**

y considerará prioritario el interés superior de los mismos y su desarrollo integral, asegurando el respeto completo y efectivo de todos sus derechos.

11º El art. 142 vigente dispone que *los alimentos comprenden también la educación e instrucción del alimentista mientras sea menor de edad y aún después cuando no haya terminado su formación por causa que no le sea imputable.*

El texto proyectado establece que *los alimentos comprenden también la educación e instrucción del alimentista mientras sea menor de edad y, aún después, cuando no haya terminado su formación por causa que no le sea imputable y no tenga recursos propios para sufragar los gastos de alimentos, o una vez completada se encuentre en búsqueda activa de empleo.*

Tratando de reflejar la intención del Legislador pero respetando un mínimo orden sugerimos la siguiente redacción: *los alimentos comprenden también la educación e instrucción del alimentista mientras sea menor de edad y, aún después, cuando no haya terminado su formación por causa que no le sea imputable, siempre que no tenga recursos propios para atender sus necesidades.*

También comprenden los alimentos el sustento, habitación, vestido y asistencia del alimentista cuando alcanzada la mayoría de edad y habiendo completado su educación carezca de medios y se encuentre en búsqueda activa de empleo.

12º La ampliación de las causas de cese de la obligación de alimentos no está suficientemente justificada. Contraer matrimonio o entablar análoga relación de afectividad, o dejar de residir en el domicilio familiar no deben ser por sí causas de extinción de la obligación de alimentos, si el alimentista sigue sin recursos y en para involuntario.

13º Debe modificarse la regla 4ª del art. 770 LEC, pues entra en directa contradicción con la regulación que el Código Civil hace de la comparecencia de



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL

los menores. Su contenido debe armonizarse con lo dispuesto en el vigente art. 92 CC y en el 92 bis apartado tercero proyectado.

14º La regla 6ª del proyectado art. 770 LEC debiera precisar qué ocurre en caso de que alguna de las partes no quiera someterse a mediación. El respeto al derecho a la tutela judicial efectiva impone que en este caso continúe sin más la tramitación del procedimiento judicial. No es suficiente a tales efectos la previsión del párrafo segundo conforme al que el procedimiento judicial se reanuda si lo solicita cualquiera de las partes. Si desde el primer momento alguna de las partes se opone a la mediación no debe suspenderse el procedimiento.

15º Se considera improcedente la ampliación de la mediación en el ámbito familiar a las cuestiones entre los menores y los titulares de las instituciones de protección y a las cuestiones entre la familia acogedora y los acogidos. En ambos casos la asimetría propia de la relación entre menores en situaciones de especial vulnerabilidad y personas adultas e incluso instituciones públicas desaconseja la formalización del cauce de la mediación.

16º A la vista del tenor de la disposición transitoria segunda, que permite aplicar la nueva norma a situaciones nacidas con anterioridad a su entrada en vigor, sería necesario en relación con los procesos pendientes habilitar un trámite procesal para que las partes puedan adaptar sus pretensiones a las previsiones de la nueva ley, en el que se incorpore tanto una fase de alegaciones como de prueba. No tendría sentido prohibir pretensiones fundadas en el nuevo marco legal en el proceso en trámite, obligando a las partes –con manifiesta infracción del principio de economía procesal- a acudir a un incidente de modificación de medidas en el que sí cabe invocar la *lex nova*.

17º No procede la pura y simple derogación del art. 159 CC, pues se trata de un precepto residual destinado a solventar supuestos en los que no hay un proceso



**FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL**

matrimonial ni asimilado en marcha. Sin perjuicio de adaptar este artículo al espíritu de la reforma, debe continuar como tal. Podría mantenerse el referido precepto estableciendo la audiencia del Fiscal, la posibilidad de custodia compartida y el carácter no imperativo de la audiencia del menor.

18º Se considera muy acertada la expresa regulación de la facultad de decidir la residencia de los menores como derivada de la patria potestad.

19º Se propone una reforma del art. 749 LEC, precepto dedicado expresamente a la intervención del Fiscal en los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores, añadiendo dos nuevos apartados con el siguiente texto:

3. Cuando el Ministerio Fiscal actúe en calidad de demandado y concurra con otras partes personadas con ese mismo carácter, deberá dársele traslado sucesivo de la demanda y de las contestaciones formuladas por éstas.

4. Cuando pese a concurrir menores o personas con la capacidad completada judicialmente las cuestiones objeto de discusión en el procedimiento contencioso no les afecten, el Fiscal podrá apartarse del procedimiento presentando ante el Juzgado dictamen motivado.

Madrid, 13 de septiembre de 2013

EL FISCAL GENERAL DEL ESTADO
PRESIDENTE DEL CONSEJO FISCAL

Fdo. Eduardo Torres-Dulce Lifante