

¿QUO VADIS CUSTODIA COMPARTIDA?

La pregunta que siempre plantean los clientes que se hallan en la situación de divorcio, es ¿qué pasará con los niños? ¿puedo tener yo la guarda? ¿es verdad que ahora la custodia es compartida?

Y ante esas preguntas, solemos responder con otra: según usted, ¿qué es guarda y custodia?

Habitualmente, los clientes responden que para ellos la guarda es convivir con los hijos, recogerles del colegio, decidir sus actividades, decidir a qué colegio van, qué médico les visita.

La realidad es que de estas actividades, algunas sí constituyen guarda y otras son propias de la patria potestad. ¿Cuál es la diferencia? Pues en principio, no existe una definición legal exhaustiva de ambos conceptos, pudiendo decir que la guarda afecta a las competencias habituales, ordinarias, del día a día de nuestros hijos y la patria potestad, ahora mejor llamada responsabilidad parental, hace referencia a nuestras competencias y obligaciones en los aspectos decisivos de la vida de nuestros hijos como puede ser el colegio al que asisten, la confesión religiosa, el tratamiento médico al que se someten, el lugar en el que van a residir....

En Catalunya, desde enero de 2011, está en vigor la ley 25/2010, de 29 de julio, que establece, en su artículo 233-8, en la Sección Segunda con el título de Cuidado de los hijos, que la nulidad, el divorcio o la separación no alteran las responsabilidades que los progenitores tienen de alimentar, convivir, educar y dar a sus hijos una formación integral.

En otros ordenamientos jurídicos, como es el caso de Aragón (artículo 6.2 Ley 2/2010, de 6 de mayo), el legislador estableció de forma expresa que *el juez adoptará de forma preferente la custodia compartida en interés de los hijos menores.*

En Catalunya, no existe un pronunciamiento expreso como el expuesto, no obstante, en el artículo 233-10, regulador del ejercicio de la guarda, se establece que el Juez, si no hay acuerdo o no se ha aprobado, debe determinar la forma de ejercer la guarda ateniéndose al carácter conjunto de las responsabilidades parentales.

En otras palabras, que si no se acuerda otra cosa por los padres, o bien, lo que han acordado no es aprobado, el Juez debe establecer la guarda teniendo en cuenta que la patria potestad es responsabilidad conjunta, por tanto, ¿guarda y custodia compartida?

Recientemente, en el Colegio de Abogados de Barcelona, se celebró una conferencia cuyo objeto era abordar la procedencia o no de la guarda compartida en los casos de conflictividad entre los padres, ya que a nadie se le escapa que en los casos de mutuo acuerdo, nada suele haber que

discutir: habitualmente, nadie mejor que los padres de consuno para conocer cuál es el mejor interés de sus hijos.

En dicha conferencia, el ponente, Magistrado de la Audiencia Provincial de Barcelona, puso de relieve que no existen criterios estándar y generalizados, sino que habrá tantas posibles soluciones como casos se planteen ya que cada familia es un mundo y las necesidades de cada niño, son personales e intransferibles.

No obstante, dicho lo cual, también se nos puso de relieve que el camino es mayoritariamente hacia el reconocimiento de la guarda conjunta o compartida. De tal manera, que si bien en un primer momento el progenitor que solicitaba la guarda compartida debía acreditar la inidoneidad de la guarda exclusiva, en la actualidad, se ha producido una inversión de la carga de la prueba, de manera que es el progenitor que se oponga a la guarda compartida quien deberá probar que la misma no es idónea para el cuidado de los hijos. En este sentido se pronunció la Sentencia del Tribunal Supremo 579/2011, de 22 de julio.

Así mismo, la Sentencia del Tribunal Supremo 323/2012, de 25 de mayo, ponente, Sr. Xiol, estableció que es necesario que el juez de instancia motive específicamente por qué no es idónea la guarda compartida.

Parece ser que, sin perjuicio, insistimos, del análisis que cada caso merezca, las Audiencias Provinciales de la demarcación de Catalunya, se decantan por la guarda compartida, partiendo de la premisa que ambos progenitores son igual de idóneos para el cuidado de sus hijos, de tal manera que el que pretenda una custodia exclusiva deberá probar que el otro progenitor no es un guardador idóneo.

Y ahí tenemos el problema: en el supuesto en que no exista una deficiencia manifiesta en el progenitor (como sería el caso de hábitos tóxicos o problemas graves y manifiestos de salud mental que le impidan cuidar de los menores) ¿qué prueba es eficaz para acreditar sin género de dudas que el otro progenitor no es idóneo?

No existe ninguna prueba definitiva sino que dependerá de un conjunto de indicios y de pruebas colaterales cuya admisión dependerá muy mucho del talante del juzgador ante el que nos encontremos.

Por todo lo expuesto, la realidad es que la guarda compartida es el camino hacia el que avanza la legislación y los tribunales, buscando adecuar esta voluntad legal y jurisprudencial a una realidad a la que debería ir caminando la sociedad: que la responsabilidad en el cuidado y la crianza de unos hijos comunes sea exigida y cumplida por igual por padre y madre desde un compromiso personal de ambos.

Sonia Alvarez

[Lexbcn Advocats](#)