

Propuestas básicas

para la reforma de la legislación sobre divorcio

Elaboradas por la Mesa por la Custodia Compartida (diciembre de 2002)^[a]

PRINCIPIOS GENERALES

En todas las decisiones relacionadas con la separación o el divorcio de matrimonios con hijos menores, el Estado antepondrá los intereses de los hijos a cualquier otra consideración.

El poder legislativo del Estado declarará política pública y velará por que los hijos menores de edad mantengan contactos frecuentes y una relación continuada con ambos padres tras la separación de éstos o la ruptura de su matrimonio, y alentará a los padres a compartir los derechos y responsabilidades de la crianza de los hijos.

En lo que respecta al régimen de convivencia de padres e hijos tras la separación o el divorcio, no se otorgará preferencia a ninguno de los progenitores por razón de su edad, sexo o situación económica, ni por razón del sexo o la edad del niño, salvo las excepciones indispensables en el caso de niños lactantes.

En lo que respecta a las relaciones entre padres e hijos, se evitará toda discriminación por razón de estado civil, y en particular no se atribuirán al padre o a la madre divorciados menos responsabilidades y derechos ni se les supondrán, respecto de sus hijos, menos sentimientos y afectos que los que razonablemente se atribuyen y suponen al padre o a la madre dentro del matrimonio.

En contextos de separación y divorcio, las situaciones de hecho no justificarán situaciones de derecho, ni se aceptarán los hechos consumados como fuente de legitimidad, en particular en lo que respecta al régimen de convivencia de padres e hijos.

El Estado adoptará como política pública la desincentivación de los procesos contenciosos de separación y divorcio y, con miras a reducir la litigiosidad cuanto sea posible, impondrá soluciones equitativas a los padres que no lleguen a acuerdos previos sobre las condiciones de la separación o el divorcio y, en particular, sobre el régimen de convivencia con los hijos menores de edad.

EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO: DEFINICIÓN

El interés superior del niño se compone de todos los derechos subjetivos de que el menor es titular y que deberán ser tenidos en cuenta durante el proceso de separación o divorcio, en particular los siguientes:

- a) el derecho a la estabilidad emocional y afectiva resultante del contacto permanente con ambos progenitores y con la familia extensa;
- b) el derecho a la estabilidad en su entorno educativo y social al margen de la separación de sus padres;

- c) el derecho a la realización de todas las expectativas educativas, materiales o de otro tipo existentes en el momento de la separación;
- d) el derecho a la realización de cualquier otra expectativa que mejore objetivamente las existentes en el momento de la separación; y
- e) todos los demás derechos reconocidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos.

Podrán considerarse contrarias al interés superior del menor las actuaciones emprendidas en contextos de separación o divorcio que tengan por resultado:

- a) la obstrucción injustificada de su derecho a la relación continua con sus dos progenitores;
- b) el incumplimiento de las obligaciones económicas que afecten al bienestar del menor;
- c) las denuncias falsas sobre malos tratos o abusos supuestamente ejercidos sobre el menor o el otro progenitor;
- d) los comportamientos difamatorios tendentes a inculcar en el niño el rechazo hacia cualquiera de sus padres;
- e) el acoso procesal o la constante y reiterada modificación de las circunstancias en las que se desarrolla la vida del menor y que obliguen al otro cónyuge a plantear continuos incidentes de modificación de medidas; y
- f) cualquier otra acción u omisión que redunde en un aumento injustificado de la conflictividad y desestabilización en el entorno del menor.

PATRIA POTESTAD

Ambos padres son titulares de la patria potestad, y el divorcio no conlleva, de por sí, ningún menoscabo teórico ni práctico respecto de esa titularidad. El ejercicio de la custodia tendrá como único objetivo el óptimo cumplimiento de las obligaciones inherentes al ejercicio de la patria potestad, de los derechos del menor y del otro cónyuge.

DIVORCIO DIRECTO

Cualquiera de las cónyuges, o ambos conjuntamente, podrán solicitar libremente el divorcio una vez transcurrido el primer año de matrimonio. En el plazo de los 30 días siguientes a la solicitud del divorcio, el cónyuge solicitante, o ambos cónyuges de mutuo acuerdo o por separado, presentarán al órgano judicial:

- a) un convenio regulador, en caso de no existir hijos menores de edad o menores de 22 años sin independizar; o
- b) un plan de coparentalidad, en caso de existir hijos menores de edad, o menores de 22 años sin independizar; o
- c) ambos documentos, si procede.

EL CONVENIO REGULADOR

En el convenio regulador se establecerán las condiciones económicas, y modalidades del divorcio (relaciones inter-cónyuges) en los casos en que no haya hijos legalmente dependientes de los padres; o las condiciones y modalidades del divorcio que no afecten directamente al cuidado y mantenimiento de los hijos, cuando los haya. En particular, en el convenio regulador se harán constar, como mínimo, los siguientes extremos:

- a) la liquidación, cuando proceda, del régimen económico del matrimonio;
- b) las compensaciones económicas entre ex cónyuges, cuando proceda.

En la adopción de cualquier medida sobre pensiones entre ex cónyuges, se desistirá el principio de mantenimiento del nivel económico anterior a la separación o el divorcio, ya que en el paso de una economía familiar a dos economías familiares es inevitable que la situación económica de ambas partes sufra deterioro. [El Estado mantendrá, respecto de las personas separadas o divorciadas, la misma política social y laboral vigente para el resto de los ciudadanos, según la cual, la condición activa de trabajador se considera más digna y enriquecedora para las personas con edad y capacidad para trabajar que la pasiva de pensionista.]

El derecho de percepción de las pensiones compensatorias tendrá una vigencia temporal que no podrá exceder de dos años. Transcurrido ese plazo, si el ex cónyuge hasta entonces beneficiario de la pensión compensatoria no se ha incorporado al mercado laboral, pasará a ser beneficiario de las prestaciones asistenciales establecidas por las administraciones públicas.

En los casos de personas que, debido a su avanzada edad o a su prolongada ausencia del mercado laboral, no tengan posibilidades reales de proveer a su sustento, el órgano judicial podrá recomendar su inclusión como beneficiario de las prestaciones asistenciales establecidas por las administraciones públicas.

[Otra posibilidad sería la creación de un Fondo Especial que funcionaría con carácter transitorio durante x número de años, para atender casos especiales, en función sobre todo de la edad]

EL PLAN DE COPARENTALIDAD

Se entenderá que la coparentalidad (o "custodia compartida") es el régimen más favorable para el interés del niño tras la separación o el divorcio de sus padres. En ningún caso se considerará que la coparentalidad no coincide con el mejor interés del niño por el mero hecho de que uno de los progenitores se oponga a ella.

Cuando se solicite la separación o el divorcio, los padres presentarán al órgano judicial, en el plazo de los 30 días siguientes a la interposición de la demanda de divorcio, un plan de coparentalidad, suscrito por ambos o por uno de ellos, o sendos planes de coparentalidad presentados por cada uno de los padres.

En el plan de coparentalidad deberán preverse todas las medidas que se consideren importantes para el bienestar del niño, y en particular las siguientes:

- a) los periodos de convivencia alterna del niño con cada uno de sus padres, que serán lo más equitativos posible, en función de las circunstancias profesionales y personales de ambos padres y del acuerdo previo a que hayan llegado

- b) un esquema de la distribución y compartición de responsabilidades generales entre ambos padres (decisiones educativas; intercambio de información escolar, sanitaria, sobre actividades extraescolares, etc.);
- c) un esquema de la distribución de responsabilidades económicas entre ambos padres (pensiones alimenticias, si procede; seguro médico; gastos médicos no cubiertos por el seguro médico; gastos escolares o de guardería; gastos extraordinarios, si los hubiere; gastos de transporte y comedor escolar; pensión a favor del progenitor que asuma la responsabilidad de los gastos no unitarios, es decir, ropa, calzado, etc.);
- d) en su caso, las previsiones relativas a la vivienda familiar que guarden relación con el interés de los hijos (venta y liquidación; cesión en usufructo; compensaciones; pago de hipotecas, impuestos y gastos comunitarios; mobiliario, etc.) y la consideración de las viviendas donde resida cada uno de los progenitores como vivienda familiar.

En general, el órgano judicial considerará que el acuerdo alcanzado por ambos padres es el que mejor coincide con el interés del niño.

Si entre los padres no existe acuerdo sobre el plan de coparentalidad, el juez ordenará la intervención de un mediador.

Si, tras la intervención del mediador, se mantiene el desacuerdo entre los padres, el juez impondrá un plan de coparentalidad en que se prevea un régimen de convivencia alterna del menor con cada uno de los padres durante periodos adaptados a las circunstancias concurrentes, procurándose en lo posible la alternancia frecuente en periodos cortos y dejándose salvaguardado el derecho del coejerciente de la patria potestad a relacionarse con el menor.

El órgano judicial podrá excepcionalmente establecer un régimen de custodia exclusiva a favor de uno de los progenitores por renuncia expresa del otro o si se demuestra de forma fehaciente la no idoneidad de ese otro progenitor para ejercer la custodia del menor. No supondrá prueba suficiente el hecho de que, por efecto de una libre decisión de los cónyuges, durante la convivencia marital uno de ellos se hubiera hecho cargo con mayor dedicación del menor.

El órgano judicial podrá, excepcionalmente, sustituir el régimen de coparentalidad por un régimen de custodia a favor de uno de los padres cuando se compruebe que ello redundará en beneficio del niño, por ejemplo en casos en que el otro progenitor haya hecho dejación manifiesta de sus obligaciones como tal, obstruido reiteradamente la relación de los hijos con el otro progenitor o incumplido de otro modo el plan de coparentalidad, incurrido en actividades delictivas o de maltrato infantil, etc. No obstante, al adoptarse tal régimen de custodia se tendrán presentes los derechos del niño al contacto con el otro progenitor y se establecerá el régimen de convivencia ("visitas") que se considere más adecuado para el interés del niño.

Salvo que circunstancias excepcionales aconsejen otra cosa, se preservará la convivencia permanente de los hermanos, que compartirán los turnos de residencia alterna con cada uno de sus padres. En el caso de niños de pecho, y mientras dure su condición de lactantes, se preverá el régimen que mejor convenga a su alimentación, sin por ello desatender el necesario contacto con ambos progenitores.

Ambos padres podrán solicitar de mutuo acuerdo o unilateralmente al órgano judicial la modificación del plan de coparentalidad cuando cambien sus circunstancias personales o familiares.

Cuando el órgano judicial rechace un plan de coparentalidad deberá exponer de forma razonada en su decisión las causas del rechazo.

En caso de que uno de los progenitores cambie de lugar de residencia y ello requiera cambios en el régimen de residencia alterna, se introducirán las modificaciones pertinentes en el plan de

coparentalidad, pero se preservará la estabilidad del niño en su entorno escolar y social. Ninguno de los padres podrá, mediante cambio de residencia, distanciar al niño de su entorno familiar, escolar y social sin el consentimiento del otro progenitor y la autorización del órgano judicial. El cambio de residencia de cualquiera de los progenitores, que afecte a las condiciones de ejercicio de la custodia del menor deberá ser motivado, y en cualquier caso se entenderá como un derecho sujeto al normal ejercicio de los derechos y obligaciones atribuidos a ambos progenitores.

RELACIÓN CON LA FAMILIA EXTENSA

En los casos en que uno de los progenitores no pueda ejercer la coparentalidad y los abuelos u otros miembros de la familia extensa así lo soliciten o de que el niño tenga suficiente edad y discernimiento y así lo solicite, el órgano judicial podrá adoptar medidas que garanticen al niño el contacto regular con la familia extensa a la que no tiene acceso a través de ese progenitor.

En caso de niños que hayan residido durante largos periodos de tiempo con sus abuelos u otros familiares y, posteriormente, pasen a residir con alguno de sus progenitores, el órgano judicial preverá los pertinentes periodos de convivencia del niño con sus abuelos o familiares, si estos así lo solicitan o si el niño tiene suficiente edad y discernimiento y así lo solicita.

MEDIACION

Todos los aspectos relativos a la función mediadora se determinarán mediante la Ley de Mediación Familiar. En las Comunidades Autónomas en que aún no existan, se crearán los pertinentes Centros de Mediación y Conciliación Familiar y Registro de Mediadores.

En evitación de posibles desavenencias entre los cónyuges, y a fin de preservar la neutralidad de la función mediadora, los Centros de Mediación y Conciliación Familiar designarán al mediador que deba ocuparse de cada caso con arreglo al turno de oficio que establezcan.

En caso de que, tras el divorcio, surja desacuerdo entre los padres respecto de decisiones importantes para el desarrollo y la formación del niño (escolarización, atención médica, etc.) o que requieran la modificación del plan de coparentalidad, cualquiera de los dos padres podrá solicitar el arbitraje de un mediador en las condiciones previstas en la Ley de Mediación Familiar aplicable.

CONTRIBUCION AL MANTENIMIENTO DE LOS HIJOS

La expresión "pensión alimenticia" debería sustituirse por expresiones más generales, como por ejemplo "pensión de mantenimiento", "pensión de crianza" o similares.

A efectos de determinar la contribución económica de cada progenitor al mantenimiento de los hijos, se tendrán en cuenta las necesidades y, en su caso, los recursos económicos de los hijos, y las necesidades y los recursos económicos de los padres. Las viviendas de ambos progenitores tendrán la consideración de vivienda familiar.

Asimismo, al determinar la contribución económica de cada progenitor al mantenimiento de los hijos, se tendrá en cuenta la duración de los períodos de convivencia de los hijos con cada uno de sus padres, en caso de que tales períodos sean desiguales.

En todas las decisiones que adopte respecto de la manutención de los menores, el órgano judicial velará por que:

- a) los gastos del niño se sufraguen mediante pagos directos efectuados por cada uno de los padres, con las correspondientes asignaciones en el caso de los pagos unitarios (colegio, seguro médico, etc.);
- b) en caso de desigual reparto del tiempo de convivencia, se establezca una compensación a favor del progenitor que esté más tiempo a cargo del niño;
- c) se establezcan las debidas compensaciones a favor del progenitor que deba ceder el uso de la vivienda u otros bienes comunes, en caso de que se opte por esa solución;
- d) en caso de diferencias notables de ingresos entre los padres y, en consecuencia, de desequilibrio razonable en las aportaciones de cada padre al mantenimiento del niño, tales aportaciones consistan, en la medida de lo posible, en pagos directos de los gastos del niño, a fin de reducir la litigiosidad y evitar todo posible lucro de una de las partes a costa de la otra;
- e) se adopten las disposiciones pertinentes en caso de que, por mutuo acuerdo de los padres, falta de recursos de uno de ellos, compensaciones por uso de vivienda o cualquier otra causa, sólo uno de los progenitores corra con los gastos del niño.

Salvo en casos excepcionales de incapacidad de los hijos, las obligaciones económicas parentales cesan cuando el hijo contrae matrimonio, desempeña trabajos remunerados o alcanza la edad de 22 años.

INFORMACIÓN SOBRE LOS HIJOS

Salvo orden judicial en contrario, las instituciones públicas o privadas deberán facilitar doblemente, es decir, tanto al padre como a la madre separados o divorciados que la soliciten, toda la información sanitaria, escolar o de otro tipo relativa a los hijos que normalmente facilitarían unitariamente a los padres o madres casados.

PUNTOS DE ENCUENTRO

En los casos en que sea indispensable para dar cumplimiento a los planes de coparentalidad o las sentencias judiciales, el órgano judicial puede obligar a los padres a realizar la entrega recíproca del menor a través de un punto de encuentro neutral. Tales puntos de encuentro deberán contar con las instalaciones adecuadas para cumplir su función y el objetivo fundamental de favorecer el bienestar del niño, y deberán observar la más estricta neutralidad respecto de los padres.

ACUSACIONES EN FALSO

En caso de acusaciones entre cónyuges o ex cónyuges formuladas en el contexto de procesos de separación o divorcio, los acusados estarán amparados por el principio de presunción de inocencia, y no podrán ser objeto de medidas preventivas o punitivas, en particular si afectan a la relación con sus hijos, mientras no existan pruebas fehacientes de su culpabilidad.

Violencia doméstica

Cuando una de las partes en un proceso de separación o divorcio acuse infundadamente a la otra parte de malos tratos u otra forma de abuso contra la parte acusadora, el órgano judicial considerará la acusación como deliberadamente falsa. El órgano judicial admitirá las pruebas de acusación en falso a efectos de la determinación del progenitor más idóneo, sin perjuicio de los demás efectos previstos por la ley.

Maltrato infantil

Cuando una de las partes en un proceso de separación o divorcio acuse infundadamente a la otra parte de malos tratos u otra forma de abuso contra el hijo o los hijos comunes, el órgano judicial considerará la acusación como deliberadamente falsa. El órgano judicial admitirá las pruebas de acusación en falso a efectos de la determinación del progenitor más idóneo, sin perjuicio de los demás efectos previstos por la ley.

UNIDAD DE JURISDICCION CIVIL-PENAL

Cuando del incumplimiento de los deberes de custodia y ejercicio de patria potestad se deriven consecuencias de tipo penal, el mismo juzgado entrará a conocer del procedimiento penal correspondiente.

PENSIÓN DE VIUEDAD

El divorcio tendrá efectos de disolución de todos los vínculos económicos inherentes a la condición conyugal. En consecuencia, en caso de fallecimiento, los derechos en materia de pensiones de viudedad recaerán exclusivamente en el cónyuge sobreviviente, si lo hubiere, y no podrá ser acreedora a esos derechos, ni en su totalidad ni en parte, ninguna persona cuyo matrimonio con el fallecido se hubiese disuelto en su día mediante sentencia de divorcio.

DEROGACIÓN DE ARTÍCULOS DEL CÓDIGO CIVIL

Se derogarán o modificarán todas las disposiciones del Código Civil que sean incompatibles con la nueva legislación, y en particular los artículos 81, 82, 83, 84, 86, 87, 90, 91 [ETC.]

NOTAS

El presente texto es un simple borrador de trabajo sin carácter oficial y, como tal, está abierto a todo tipo de modificaciones y aportaciones futuras que se consideren de interés.

A los efectos del presente documento, la palabra "padres", utilizada en plural, se referirá a ambos padres conjuntamente, es decir, al padre y a la madre.

Situación actual: no se contempla la relación de derechos objetos de protección, dejando a la discrecionalidad del juez (jurisdicción no especializada) su definición y alcance.

Situación propuesta: la delimitación de los derechos subjetivos a los que es acreedor el menor deben ser objeto de objetivación legislativa de forma que se facilite:

- la asunción de derechos y obligaciones por parte de los cónyuges;
- la eliminación de cualquier falsa expectativa en cuanto a la consecución de derechos y obligaciones en los procesos de separación y divorcio por los cónyuges;
- la no instrumentalización del menor que de lugar a situaciones de coacción y chantaje;
- la desjudicialización de los procesos de separación y divorcio; y
- la labor judicial.

a) Por coparentalidad se entenderá la responsabilización igualitaria del padre y la madre en la crianza de los hijos, no consistente necesariamente en un reparto a partes iguales de las funciones parentales y los tiempos de convivencia con los hijos, pero sí de las obligaciones y derechos como padres.

b) En cuanto a la expresión "custodia compartida", resulta menos idónea como fórmula para designar un régimen en la que ninguno de los padres es ya "custodio" de sus hijos o, en todo caso, lo es en la misma medida en que lo era antes de la separación o el divorcio, por lo que la expresión "patria potestad" debería ser suficiente para designar la nueva realidad y cobrar su significado pleno tras la introducción de la nueva normativa en materia de divorcio. En cambio, parece adecuado reservar la palabra "custodia" para los casos excepcionales en que la custodia real se conceda a uno de los progenitores o a terceras personas.

Cabría la posibilidad de crear, al igual que se hace en algunos estados de los Estados Unidos, un modelo general de plan de coparentalidad, sencillo de cumplimentar y modificable en función de las circunstancias las partes, a reserva de la aprobación judicial. Con ello se facilitaría en muchos casos el acuerdo de los padres en el ámbito privado y la presentación del plan de coparentalidad directamente al tribunal, sin necesidad de pasar por el trámite de la mediación familiar. [Véase, por ejemplo el formulario oficial, aunque no obligatorio, propuesto por el estado de Missouri:

[http://www.osca.state.mo.us/sup/index.nsf/d45a7635d4bfdb8f8625662000632638/629aab74004234eb862566e2006b5181/\\$FILE/plan.PDF](http://www.osca.state.mo.us/sup/index.nsf/d45a7635d4bfdb8f8625662000632638/629aab74004234eb862566e2006b5181/$FILE/plan.PDF)

Situación actual

El legislador en la Ley de Divorcio de 1981 quiso establecer dos momentos procesales diferenciados (separación y divorcio) de forma que el transcurso del tiempo (2 años) entre la separación y el divorcio abriera un espacio en el que los cónyuges pudieran replantear los elementos que dieron lugar a su crisis matrimonial. Es decir la separación se planteó como una instancia de carácter previa al divorcio y que tuviera como objetivo dar la posibilidad de conciliación matrimonial, por ello el vínculo matrimonial no se disuelve hasta la sentencia de divorcio.

Los efectos no han sido los pretendidos y el proceso de separación se convierte en un campo de batalla que en la mayoría de los casos empeora la relación que los cónyuges habían mantenido durante la fase previa a la decisión de dirimir las diferencias en instancias judiciales.

Las causas son diversas:

a.- Los actores (abogados) no son profesionales de la conciliación.

b.- El interés económico del “momento procesal” puede dar lugar y en muchas ocasiones así ocurre, a acciones perversas por aquellos que dirigen las decisiones de los cónyuges durante las fases pre-procesales.

c.- Las medidas adoptadas en el 95% de los casos son de ruptura completa del entorno en el que había vivido el matrimonio: desalojo de uno de los cónyuges del domicilio familiar (en un 95% de los casos el varón).

d.- Otorgamiento de la custodia de los menores a uno sólo de los cónyuges (95% de los casos a las madres.

e.- La sensación de pérdida absoluta conlleva en algunos casos al inicio de procesos psicóticos que culminan en procesos de violencia doméstica y algunos casos con resultado de muerte.

Situación propuesta

La mediación familiar como verdadera instancia pre-judicial y con el objetivo de producir la conciliación en el ámbito de la crisis matrimonial y de alcanzar acuerdos que regulen las relaciones entre cónyuges y con respecto a sus hijos.

Los actores serán profesionales de la conciliación y especialistas en la resolución de los conflictos matrimoniales en todas sus dimensiones (afectivas, económicas, sociales, etc..)