

Documento TOL7.829.444

Doctrina

Título: Custodia compartida y régimen de visitas durante la crisis generada por el Covid-19

Fecha: 20/03/2020

Coordinadores: [María Dolores Lozano Ortiz](#)

TEXTO:

La crisis sociosanitaria generada por el Covid-19, que ha motivado la declaración del estado de alarma mediante el RDL 463/2020 de 14 de marzo, nos ha introducido en un bucle de incertidumbre por el continuo flujo de noticias, rumores, contradicciones y recomendaciones oficiales. Ofrecer sensatez, confianza, esperanza, seguridad, consenso y diálogo en esta situación excepcional y temporal deben guiar nuestras decisiones a la protección del interés familiar, liderado por el bienestar de los menores.

El RDL 463/2020 establecía en su artículo 7 apartado e) que, durante la vigencia del estado de alarma, las personas únicamente podrían circular por las vías de uso público, para la realización de las siguientes actividades: la asistencia y cuidado de mayores, menores, personas dependientes, personas con discapacidad o personas especialmente vulnerables. Y digo decía porque el Real Decreto 465/2020, de 17 de marzo (BOE 73, de 18 de marzo de 2020) modifica el anterior con la redacción siguiente:

«1.Durante la vigencia del estado de alarma las personas únicamente podrán circular por las vías o espacios de uso público para la realización de las siguientes actividades, que deberán realizarse individualmente, salvo que se acompañe a personas con discapacidad, menores, mayores, o por otra causa justificada».

«h)Cualquier otra actividad de análoga naturaleza.»

Al entender de quien suscribe, ni la vigencia del sistema de custodia compartida ni el régimen de visitas en un sistema de custodia individual quedaba en suspenso por las limitaciones de circulación establecidas en el RDL 463/2020. Con la modificación introducida en el RD 465/2020 de 17 de marzo, queda meridianamente claro que así debe ser; y ello porque la regla general es la obligatoriedad en el cumplimiento de las resoluciones judiciales, de conformidad al artículo 118 de la Constitución Española.

Por tanto, el hecho de que la modificación llevada a cabo por el RD 465/2020 de 17 de marzo, introduciendo expresamente, la frase "salvo que se acompañe a, menores", debe hacernos reconsiderar determinadas interpretaciones literales realizadas sobre la letra del texto anterior, y que han motivado criterios o decisiones impactantes para la ciudadanía.

Cierto es que hemos de ponderar la situación excepcional del estado de alarma, preservar con nuestras actuaciones y comportamientos la salud pública, la permanencia en el domicilio, la limitación en la circulación y movimientos a cuando sea estrictamente necesario, cuidando y protegiendo a las personas vulnerables y a nuestros niños y niñas.

EL PAPEL PROBLEMA NO SON LOS NIÑOS, SINO LAS VOLUNTADES ENCONTRADAS

Ante la avalancha de consultas llevadas a cabo por la ciudadanía, es necesario indicar que el problema no son los niños-as y/o adolescentes. El conflicto deriva de las voluntades encontradas entre padres y madres ante esta situación, y el hecho de que en más ocasiones de las deseables se producirán incumplimientos no justificados respecto a las medidas vigentes. Por tanto, es una labor de conciencia, honestidad y responsabilidad de los padres y de las madres cumplir con las resoluciones judiciales, salvo que exista en cada caso concreto motivos de suficiente entidad para no hacerlo, en cuyo caso se deberán adoptar medidas alternativas consensuadas.

Por tanto, como Abogacía Especializada en la materia nos corresponde ser capaces de ponderar en cada caso concreto si nos enfrentamos a un incumplimiento justificado o intencionado. En este último caso, nuestra labor debería consistir en consensuar alternativas con el compañero y, en caso de no estarlo, apercibir al cliente de las consecuencias que ello puede acarrearle. La primera de ellas, el desasosiego, preocupación y ansiedad que se provoca en los niños, además de la obstaculización en la relación personal con el otro progenitor.

DISPARIDAD DE PRONUNCIAMIENTOS

A todo ello se suman los pronunciamientos dispares y contradictorios que en estas últimas horas hemos ido conociendo de distintos juzgados y tribunales de nuestro país, que intensifican la incertidumbre de la ciudadanía. Asistimos a decisiones que abordan de forma desigual la misma situación. Hemos conocido con pocas horas de diferencia la decisión gubernativa de un juzgado de Alorcón y de la Junta de Jueces de Tolosa, que suspenden cualquier sistema de visita y/o custodia compartida, quedando los menores en compañía del progenitor con quien estuviesen en el momento decretarse el estado de alarma.

Las decisiones de Alorcón y Tolosa son contrapuestas a la de la Junta de Jueces de Familia de Zaragoza, o a la de Jueces de Familia y de Violencia sobre la Mujer de Pamplona, que mantienen los sistemas de reparto de tiempo y los regímenes de visita de los fines de semana alternos, las visitas intersemanales con pernocta, suspendiendo las visitas intersemanales sin pernocta. En el mismo sentido que Zaragoza y Pamplona se posiciona la Junta de Jueces de Familia de Murcia, que hace constar en su criterio 5): "Finalmente, se pone de manifiesto a los progenitores implicados en estas medidas que la situación excepcional en la que se encuentra el país y que afecta a la Administración de Justicia y a la Jurisdicción de Familia en particular por su especial naturaleza, no debe servir de excusas, ni amparar (salvo supuestos excepcionales y que en su caso se deberían justificar adecuadamente), el incumplimiento de las medidas establecidas en las resoluciones judiciales, pudiendo las partes de común acuerdo flexibilizar y adaptar las visitas a estas circunstancias por el interés superior de sus hijos y de forma provisional mientras se mantenga esta excepcional situación".

Lo que sí es unánime es la suspensión del régimen de visitas que venía desarrollándose en los Puntos de Encuentro, que están cerrados a público, motivo que hace inviable llevar a cabo el régimen de visitas tutelado. No obstante, se pueden adoptar medidas alternativas entre los progenitores, cuando el Punto de Encuentro se utilizaba para el entrega y recogida. Dadas las restricciones de circulación y permanencia en la vía pública es preciso aconsejar a los progenitores que lleven consigo la resolución judicial para acreditar y/o justificar su tránsito por la vía pública.

EL PAPEL DE LA ABOGACÍA ESPECIALIZADA Y LA CASUÍSTICA

Llegados a este punto, y ante esta situación excepcional, ¿cómo debemos actuar los abogados especializados en Familia? ¿Qué orientaciones y asesoramiento jurídico hemos de ofrecer a la ciudadanía?

El estado de alarma no suspende a los progenitores ni en la titularidad ni el ejercicio de la responsabilidad parental o la patria potestad, que sigue siendo ejercida, en caso de separación-divorcio-cese de convivencia de pareja no casada con hijos, de conformidad a lo establecido en la resolución judicial vigente.

Ambos progenitores siguen obligados, respecto a los hijos, a velar por su cuidado, atención, crianza, cuestiones escolares, sanitarias y tenerles en su compañía. Y también a seguir adoptando de común acuerdo todas las decisiones importantes que afecten a sus hijos, salvo las de extrema urgencia y las carentes de importancia, que pueden ser decididas de forma unilateral por el progenitor con quien el menor se encuentre en cada momento. Si el hijo ha de estar hospitalizado, ambos padres pueden y deben cuidarle y atenderle en el centro hospitalario, cumpliendo las normas del centro sanitario, con independencia del sistema de custodia que tengan determinado.

El estado de alarma, tampoco suspende los sistemas de custodia compartida, si ambos progenitores residen en la misma ciudad ni los regímenes de visitas de fines de semanas alternos ni las visitas

intersemanales con pernocta. Por tanto, se contempla la necesidad de la circulación por la vía pública para recoger y reintegrar a un menor, así como la utilización del servicio público, guardando las correspondientes medidas de seguridad sanitarias, y supervisando en todo momento las medidas higiénicas de los niños-as. En principio, el RD permite el movimiento, traslado y acompañamiento de los menores de casa del padre a la de la madre, o viceversa.

Excepcionalmente, el régimen de visitas y o sistema de custodia compartida, incluso el sistema de custodia individual, quedará automáticamente suspendido cuando el progenitor esté infectado del virus o esté conviviendo con alguna persona afectada por la enfermedad, y lo mismo sucederá cuando el contagiado sea el propio menor. También está justificada la suspensión del régimen de reparto de tiempo en el caso de que el menor padezca un estado de salud vulnerable, o una patología que sea susceptible de agravarse con el contagio del Covid 19. Igualmente habrá que incluir como casos excepcionales de suspensión cuando el progenitor no custodio resida en zonas de transmisión comunitaria grave que han motivado decisiones administrativas de confinamiento de toda la población.

Aplicando la lógica, si el lugar y entrega de los niños estaba previsto en el centro escolar, suspendida la asistencia a los centros escolares, la entrega y recogida de los menores ha de verificarse en casa de la madre y/o del padre. A quien discuta esta cuestión, se le puede argumentar que la actividad docente-escolar ha pasado de ser impartida en los colegios a serlo en los domicilios de los niños, el del padre y el de la madre en caso de custodia compartida, por tanto no debe ocasionarse mayor discusión sobre esta cuestión.

En caso de visitas intersemanales, (tanto en la custodia compartida, como individual), la respuesta más difícil es la que corresponde a la pregunta: ¿Está justificado que los hijos-as salgan del domicilio del progenitor custodio para cumplir el régimen de visitas ordinario establecido por resolución judicial? En principio, y tal como se establece en la modificación introducida por el RD 465/2020 de 17 de marzo, no está prohibido, pero siempre habrá que ponderar que el régimen ordinario de visitas no justifique arriesgar la salud de los menores y de las personas de su entorno, y en caso de colisión entre los dos deberes, siempre será prioritario garantizar la salud pública en cumplimiento estricto de los Decretos 462 y 465 de 14 y 17 de marzo de 2020, respectivamente. Cosa distinta es, el régimen de visitas durante los fines de semana alternos que, en principio, no existe motivo alguno para suspenderlos. Como alternativa, en caso de suspenderse las visitas intersemanales sin pernocta, para evitar continuos traslados de los niños, puede acordarse unificar dichas horas intersemanales al fin de semana, de manera que se evite dentro de lo posible el mayor número de traslados.

Las visitas intersemanales y visitas sin pernocta que deben desarrollarse en espacios públicos porque el progenitor visitante reside a mucha distancia del domicilio habitual de los niños, sí se ven afectadas. La razón estriba en que está prohibida la utilización de los espacios públicos. Es decir, el progenitor no podrá recoger al menor y permanecer en la vía pública, ni acudir a un centro de ocio, centro comercial, el cine ni a una cafetería, por lo que este tipo de visitas forzosamente quedan en suspenso.

En los sistemas de custodia "casa nido", son los padres-madres quienes entran y salen del domicilio. Lógicamente se apela a la absoluta responsabilidad de cada uno de ellos, pues ante la sospecha de contagio o de riesgo efectivo de contagio, se deberán tomar las medidas oportunas para evitar el contagio de los menores.

En caso de que uno de los progenitores, o ambos, convivan con los abuelos, quienes son especialmente vulnerables a la pandemia, la recomendación es la suspensión del régimen de estancia de los niños con el progenitor que conviva con los abuelos. En caso de que ambos progenitores convivan en sus domicilios con sus respectivos padres, evidentemente se precisa por parte de ambos progenitores de una labor de supervisión extraordinaria para mantener de forma permanente las medidas higiénicas de seguridad y así evitar los contagios entre los miembros de la familia.

Es conveniente igualmente suspender las visitas en caso de que la progenitora esté embarazada, en cuyo caso, si es la custodia, el menor quedaría con ella evitándole los traslados. Y de ser la

progenitora no custodia, con el padre, y en todos los casos arbitrar medidas alternativas para que los niños-as mantengan los contactos más frecuentes con el padre-madre con quien transitoriamente dejen de estar en compañía, mediante los sistemas que nos brindan las tecnologías. El sentido común, la sensatez y la responsabilidad deben presidir en todo caso la actuación de padres y madres, y en ausencia de las mismas, la actuación y comportamiento de la abogacía que represente en cada momento a cada una de las partes.

Otro problema grave se plantea, es aquel en el que, uno de los padres, por su situación personal, profesional, comunica al otro que no puede atender a los hijos comunes en su tiempo asignado de estancia, alegando riesgo para los menores, al tiempo que, el otro progenitor se niega a hacerse cargo de los hijos en los tiempos que no le corresponde, alegando igualmente impedimentos personales, laborales, etc. Aunque es una situación poco usual, son situaciones que acontecen. La alternativa a esta situación pasa por la contratación de una tercera persona que sustituya a los progenitores durante su jornada laboral, o la ayuda de un familiar, preferiblemente que no sean los abuelos, o en caso de que sean ambos padres quienes quieran desentenderse, habrá que acudir a los servicios sociales y/o Fiscalía para comunicar la situación de desamparo del menor. Esta situación podría darse igualmente en el supuesto de contagio e ingreso hospitalario de ambos padres, y en caso de que no tuvieran posibilidad de acudir a la ayuda de un tercero para el cuidado de los niños durante su tiempo de hospitalización y convalecencia.

Por otra parte, en caso de custodia compartida, cuando los niños no están escolarizados y residan sus padres en ciudades distintas, en principio no existe motivo para suspender este sistema, si bien, la excepción viene dada por las medidas especiales de confinamiento de la localidad en concreto que pudieran existir, en caso de ser un foco de crecimiento y contagio, y por las dificultades del traslado aéreo y terrestre.

Como indica el magistrado Javier Pérez Martín en su artículo "*EL coronavirus y el derecho de Familia*", "no vale la máxima, primero está la salud de los menores que el régimen de visitas, porque garantizar la salud de los menores tanto por el progenitor custodio como por el no custodio está en un mismo plano de igualdad. Nadie puede garantizar que un menor no se va a contagiar por estar en el domicilio materno, ni que se va a contagiar si se traslada al domicilio del padre. Observando todas las recomendaciones del Ministerio de Sanidad, el contagio no debería producirse. Lo que sí debe preocupar a los padres es el nivel de exposición del menor, que debe ser el mínimo, especialmente si éste tiene alguna patología que suponga a un mayor riesgo a los efectos del virus"

La casuística es variada, la actuación de los operadores jurídicos debe enfocarse a evitar y avivar los enfrentamientos. En caso de menores lactantes, habrá que adoptar medidas más rígidas, sobre todo en caso de que las visitas se desarrollen en casa de la madre. Y si para cuando lleguemos a las vacaciones escolares de Semana Santa, y/o cualquier otro período vacacional, estuviéramos en la misma situación, hemos de tener en cuenta el cierre de las fronteras, que los desplazamientos a otros países están suspendidos, y que no será viable que los niños viajen al extranjero, ni a localidades de nuestro propio país fuera de su residencia habitual.

Es conveniente que los regímenes de visitas fijados a favor de los abuelos respecto a los nietos queden suspendidos, en exclusivo interés y beneficio de los mayores, especialmente vulnerables a la pandemia.

NO COLAPSAR LOS JUZGADOS

Según la Disposición Adicional 2ª del RD 463/2020 de estado de alarma, se interrumpen los plazos procesales salvo, entre otros casos, las órdenes de protección y las medidas cautelares en materia de violencia sobre la mujer o menores en el orden penal (es decir, cuando se ha denunciado un presunto delito). Y en el orden civil, tampoco se interrumpe la adopción de medidas o disposiciones de protección de menores previstas en el art. 158 del Código Civil. Así lo establece el Acuerdo de la Comisión Permanente del CGPJ de fecha 13 de Marzo de 2020, que incluso prevé la posibilidad de la

adopción de medida cautelar urgente por el juez competente de la resolución de la petición cursada por el progenitor custodio, al objeto de poder valorar el estado de alarma y el riesgo de contagio ante la movilidad del menor, compensando estos días al otro progenitor.

Lógicamente, esto no puede justificar que se colapsen los juzgados con demandas de modificación, o aclaraciones respecto de menores de edad que puedan resolverse por los progenitores sin intervención judicial, a las que no se les va a dar curso, por no formar parte de los procesos urgentes.

En cualquier caso, es aconsejable antes de instar un proceso de medidas del 158 del Código Civil, haber llevado a cabo con carácter previo las gestiones extrajudiciales para compensar el tiempo no disfrutado por el menor con quien tiene el régimen de visitas o custodia compartida, circunstancia que se aconseja conste en el escrito presentado en el juzgado, a fin de que el estado de alarma no merme los derechos del menor a estar con el progenitor contra quien se pide la suspensión de los tiempos de estancia con el hijo.

Además, sería aconsejable el cálculo de los días perdidos a los efectos de la petición de la efecto la debida compensación en los periodos que pacten las partes, una vez se levante el estado de alarma. En caso de discordia, deberá decidirse por el juez competente.

Las decisiones han de considerar siempre el interés superior del menor, una cosa es desobedecer la resolución judicial aprovechando la situación excepcional, y otra muy distinta es no cumplir debido al peligro y/o riesgo que suponga dicho cumplimiento para ese menor en concreto, no para la generalidad de los menores. En este último caso, no se incurrirá en responsabilidad por no salir a la calle a cumplir el régimen de visitas ordinario; sin perjuicio de que, en caso de que se incumpla el requerimiento judicial expreso, pueda remitirse a la jurisdicción penal por si se aprecia delito de desobediencia.

María Dolores Lozano Ortiz

Abogada especializada en Derecho de Familia

Presidenta de la Asociación Española de Abogados de Familia (AEAFA)

Artículo aparecido en Abogacia.es

<https://www.abogacia.es/actualidad/opinion-y-analisis/custodia-compartida-y-regimen-de-visitas-durante>