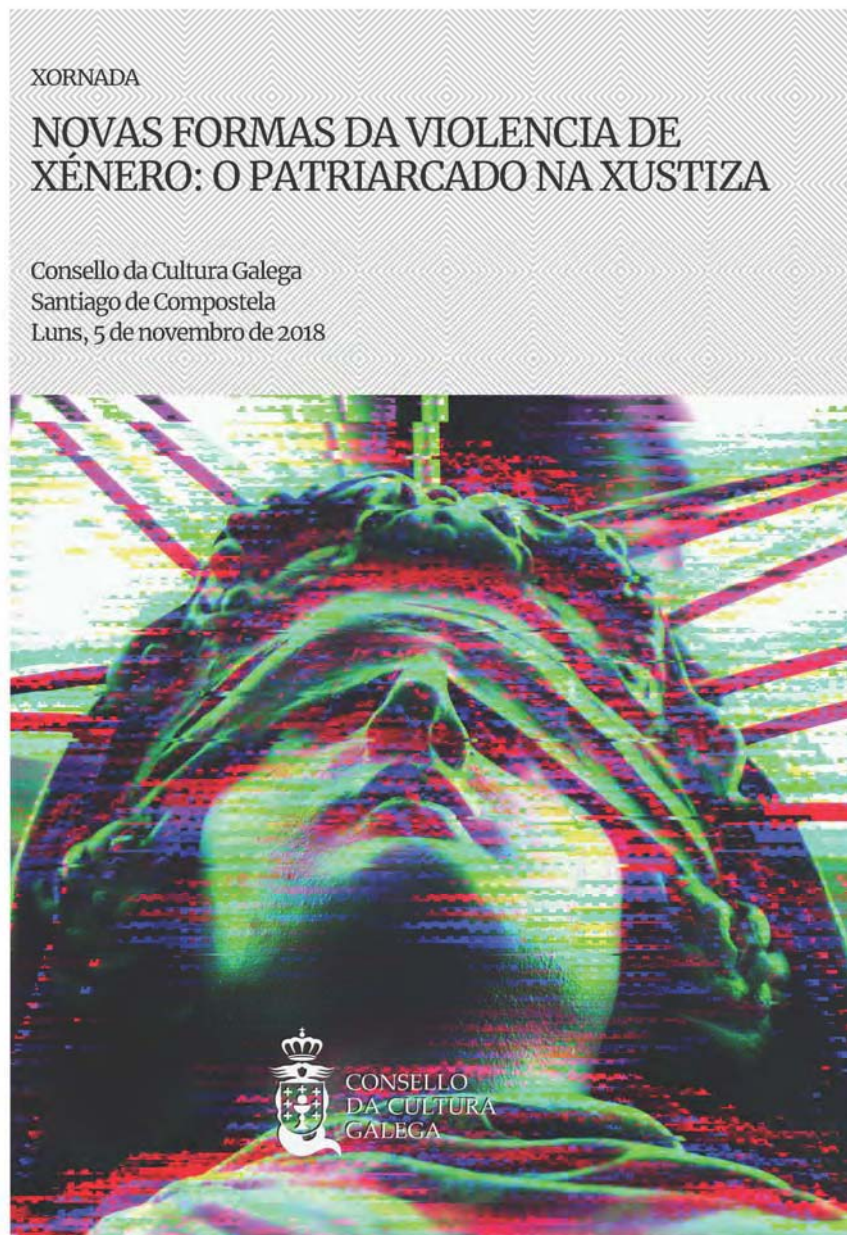


Paz Filgueira Paz

PROBLEMÁTICA SOBRE RÉXIME DE CUSTODIA SOBRE MENORES.
ESPECIALIDADE NOS CASOS DE VIOLENCIA DE XÉNERO. LEI DO MENOR
LO 1 / 1996 E AS SUAS SUCESIVAS REFORMAS. ANOTACIÓNS Á
SUTRACCION INTERNACIONAL DE MENORES, REGULACIÓN ACTUAL.



PROBLEMÁTICA SOBRE RÉXIME DE CUSTODIA SOBRE MENORES. ESPECIALIDADE NOS CASOS DE VIOLENCIA DE XÉNERO. LEI DO MENOR LO 1 / 1996 E AS SUAS SUCESIVAS REFORMAS. ANOTACIÓNS Á SUTRACCION INTERNACIONAL DE MENORES, REGULACIÓN ACTUAL.

Paz Filgueira

Xuíza, experta en violencia de xénero

O textos legais que abordan as cuestións derivadas das gardas e custodias así como a patria potestade, a salvo as regulacions que poida haber reguladas en comunidades autonomas con competencias sobre esta materia, esta recolleito no codigo civil nos artigos 92 e ss do c. Civil, con respecto as medidas derivadas da ruptura e tamén nos artigos 156 e 170 e seguintes do mesmo texto legal con respecto a patria potestade.

Asi a norma xeral que se contempla no artigo 156 do c. Civil, será que a patria potestade sexa compartida por ambos proxenitores, presumindo que esta se realiza en beneficio do menor na sua vida cotia. E tendo en conta que se os desacordos entre ambos proxenitores a hora de desenvolverse nas suas funcións parentais, fosen reiterados ou conorra cualquier outra causa que entorpeza gravemente o exercicio da patria potestade, podrá atriburselle total o parcialmente a un dos pais ou distribuir entre eles as suas funcións. Medida esta que terá a vixencia durante o prazo que se fixe, que non poderá nunca exceder de 2 anos.

A esta norma xeral de patria potestade conxunta pode ter razoadas excepcións – conforme reza o artigo 170 do c. Civil –, así o pai ou a nai podrán ser privados total ou parcialmente da súa patria potestade por sentenza fundada no incumprimento dos deberes inherentes a mesma ditada en causa criminal ou matrimonial. Enténdese que cabe a privación cando os pais cas súas condutas anteriores ou coetáneas á resolución impidan o desenvolvemento integral do menor de idade en calquera dos seus ámbitos, así como non cumprir cos seus deberes básicos derivados da mesma.

O criterio central acerca do cal debe xirar o exercicio das funcións parentais radica no axímoa “interese superior do menor”, concepto xurídico indeterminado que debe ser valorado en cada caso, sempre tendo en conta os ditados tanto da Convención das Nacións Unidas – tales como non ser discriminado, participación do menor en todos os feitos que lle afecten, o dereito a supervivencia e o desenvolvemento integral –, así como no disposto na nosa Carta Magna no artigo 39, en donde se recolle o principio de interese superior do menor, interpretándose este interese sempre tendo en conta as circunstancias concurrentes no caso concreto, e cos medios axeitados que permitan o menor unha relación estable, ordeada e regular cos seus proxenitores, e para que estes poidan realizar a acción e formación integral conforme as súas obrigas parentais.

Existen ademais outras excepcións a xeral de patria potestade e custodia dos menores en mans dos proxenitores, o artigo 103 do c. Civil establece a posibilidade de que a custodia sexa depositada en terceiras persoas sexan avós, outros parentes ou achegados o menor ou unha institución axeitada. Nestes casos, e ponderando cada caso concreto e as circunstancias do menor, se a relación cos proxenitores estivese perxudicando gravemente os intereses do menor xa sexa de forma física ou psíquica ou ambas, e se poida truncar o seu desenvolvemento integral, os proxenitores poden ser

apartados do exercicio da custodia e derivala a outras figuras que racionalmente poidan velar polos intereses do mesmo. Esta derivación non necesariamente será definitiva, os proxenitores se cesa a causa que dou lugar a esa decisión poden recuperar a mesma, se se chegase a acreditar ditos extremos.

A custodia compartida.-

A reforma operada no código civil en data de 2005, incorpora unha nova redacción o disposto no artigo 92.7 c. Civil., introducindo a denominada custodia compartida ou custodia conxunta. Con este tipo de custodia se pretende que ambos proxenitores de forma conxunta se repartan as diferentes tarefas de custodia sobre os fillos comúns, sempre por suposto en beneficio dos mesmos, e sempre a petición dunha das partes ou Ministerio Fiscal. Dende a data desta reforma do ano 2005, se evoluciona dende as distintas sentenzas na aplicación e interpretación do que debe entenderse por custodia compartida: así a sentenza do Tribunal Supremo de data de 11-2-2016, destaca os requisitos que necesariamente deben concurrir para poder acordar eficazmente esta custodia :

- 1.- prácticas anteriores dos proxenitores.
- 2.- atitudes persoais dos proxenitores.
- 3.- desexos dos menores.
- 4.- número de fillos- non podendo separar os irmáns.
- 5.- cumprimento por parte dos proxenitores dos seus deberes.
- 6.- respecto mutuo dos proxenitores nas relacións persoais.
- 7.- vida axeitada dos menores.

E como necesario elemento debe coincidir que os pais manteñan unha relación de mutuo respecto nas súas relacións persoais e que permitan a adopción de actitudes e condutas que beneficien o menor e que non perturben o seu desenvolvemento emocional, ca finalidade de que pese a ruptura se manteña un marco de referencia e apoio o menor.

O artigo, establece unha excepción que comprende e que está comprendida no artigo 92.7 do c. Civil, se concurre situación de violencia sobre a muller dentro da parella, cun proceso penal en curso, ou con condena ditada, ou que concorran indicios de violencia de xénero se exclúe a custodia compartida. E isto baseado – tal e como destaca o Tribunal Supremo en reiterada doutrina- na evidente repercusión que para os fillos que conviven nun entorno de violencia do cal tamén resulta ser vítimas directas, sendo deste xeito que o sistema de garda e custodia compartida pode colocalos nunha situación de risco por extensión o que sofre a nai.

Lei do Menor LO 1 / 1996, reformada pola LO 26 / 2015, que ven a reforzar o disposto no artigo 39 da CE, e reforzar a protección en todas as parcelas das crianzas. Recolle e recopila os instrumentos internacionais sobre a materia en relación a protección do menor. Así conforme a súa Exposición de motivos, a norma ten por obxecto introducir os cambios necesarios na lexislación española de protección a infancia e da adolescencia que permitan continuar garantizando os menores unha protección uniforme en todo o territorio e que constitua unha referencia para as Comunidades Autónomas no desenvolvemento da súa respectiva lexislación na materia. Por outra parte, dende o ámbito xurídico, prodúcese unha evolución e un cambio sustancial na forma de concebir a capacidade xurídica do neno, que pasa a modularse en función do seu desenvolvemento e grado de autonomía. Concíbese ó menor como

suxeito de dereitos e con isto unha transformación do enfoque tradicional, que atribue ós nenos o papel de recetores pasivos dos coidados e atencións dos adultos, que serían os encargados de adoptar por substitución as decisións de maior relevancia en aquilo que lles competa, para recoñecer como protagonistas activos e polo tanto chamados a participar en todo proceso de adopción de tales decisións. As crianzas pasan a ser contemplados como un individuo con opinións propias que habrán de ser atendidas en consonancia coa súa capacidade e madurez. Deben tomarse en consideración as opinións da crianza a calquer idade en todos os procedimentos administrativos e xudiciais que lle afecten, promovéndose a participación destes, e velando por que se teñan debidamente en conta as súas opinións en todos os asuntos que lle competan. O dereito dos nenos a ser escoitados e a que as súas opinións se tomen en serio, ademais de adquirir dimensión propia se vinculan estreitamente con outro principio fundamental: a idea de que o interese do neno ha de ser entendido como superior e que polo tanto, ha de tener a consideración de primordial nos procesos de adopción de decisións que lles afecten.

Sustracción Internacional de menores.-

Ven regulado en dous instrumentos internacionais que se complementan. Por un lado o Convenio da Haia de 25 de outubro do 1980 con entrada en vigor en España en data de 1 de decembro do 1983, e por outra banda e no ámbito de países da Unión Europea o Regulamento Europeo 2201 / 2003 en vigor dende o día 1 de marzo do 2005.

O que se pretende e decretar as medidas necesarias de protección do menor en caso de non retorno o país en donde reside; considerando dous elementos xurídicos tanto o non retorno como o de retención cando se realizan fora dos cauces legais. O obxecto de

protección resulta non ser outro que o deber parental de custodia e dereito de visitas do que debe ser recoñecido conforme a normativa do estado reclamante.

Como requisitos fundamentais, que constan en ambos documentos está o feito de que a sustracción ou retención debe ser denunciada antes de que se cumpra o máximo dun ano dende a mesma, dado que mais dun ano se presume a integración do menor no entorno no que se atopa.

Tendo en conta que o Regulamento Europeo no seu artigo 13. b, e sen contradicir o sinalado polo Convenio da Haia, non concorre a obriga de restitución, cando esta poida levar consigo un grave risco físico ou psíquico ou situación intolerable que poida afetar o menor ou menores. Neste caso e constadado dito risco a resolución debe ser denegatoria. O Regulamento sinala ademais que en todo caso decretada a restitución se concurren os requisitos necesarios comprende que o estado reclamante sexa garante de que se adopten as medidas de protección necesarias para o menor ou menores en caso de retorno.

En todo caso e con independencia do resultado da petición de restitución o pleito ou procedemento principal se levará a cabo no país reclamante, en dode se pode decidir as garantías necesarias a decisión final sobre a situación dos menores.

Paz Filgueira .

Consello de Cultura Galega 5 de novembro do 2018.