

Cómo afecta el estado de alarma al régimen de custodia compartida y al régimen de visitas

El pasado día 14 de marzo de 2020 y, por segunda vez en la democracia española, se decretó por el Gobierno de España, el Estado de Alarma por RD 463/2020, para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID. 19 y modificado por el Real Decreto 465/2020, de 17 de marzo, por el que, entre otras medidas, se limitó la libertad de circulación de las personas y vehículos para la realización de determinadas actividades tasadas en el artículo 7 del Real Decreto.

El Real Decreto no hace referencia expresa a la autorización de las personas para circular por las vías públicas para el ejercicio del régimen de custodia compartida ni visitas de hijos menores de madres y padres separados, pero sí contempla en el mencionado artículo 7.1 e) que las personas podrán circular en las condiciones previstas para la asistencia y cuidado a menores.

Esta falta de concreción ha generado muchas dudas y consultas de afectados por lo que este despacho jurídico considera conveniente y necesario en estos momentos de incertidumbre generalizada ofrecer y recopilar los criterios de actuación con carácter orientativo, dictados por distintas Juntas Sectoriales de los Juzgados de Familia de España y por la Fiscalía General del Estado, no siempre unánimes, como veremos, si bien, en todo caso, debe primar el interés del menor y, en nuestra opinión, el sentido común y, pensando en el bienestar, seguridad y salud de nuestros hijos, ante esta complicada y excepcional situación en la que nos encontramos.

El confinamiento impuesto por el estado de alarma no se puede asimilar a vacaciones escolares de los hijos menores de edad, como así se ha acordado por la Junta de Jueces de Familia de Valencia.

La FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, en su nota de servicio de fecha 22 de marzo de 2020, acuerda que el desplazamiento de los progenitores para proceder a la entrega y recogida de los menores en el ejercicio del régimen de visitas del progenitor no custodio ha de entenderse incluido en el artículo 7 del citado Real Decreto, siempre que se garantice la salud del menor no exponiéndolo innecesariamente a situaciones de contagio, por lo que, **el estado de alarma no suspende el régimen de visitas.**

La JUNTA DE JUECES DE FAMILIA DE VALENCIA, acordaron en fecha 25 de marzo de 2020, **que el régimen de custodia, visitas y estancias, de forma general, no se suspenderá** sin perjuicio de los consensos y acuerdos que puedan alcanzar las partes, en interés del menor. No obstante, **sí se acuerda, como excepción, la suspensión de las visitas de corta duración intersemanales, sin pernocta, así como las visitas que se hayan derivado al Punto de Encuentro Familiar**, al no ser posible su cumplimiento con las garantías acordadas, mientras permanezcan cerrados dichos centros.

No obstante lo anterior y, en relación con las visitas desarrolladas en el PEF el criterio de la Fiscalía General del Estado es más amplio, atendiendo, en nuestra opinión, a la existencia de diversas modalidades de visitas derivadas a dichos centros, y por ello, acuerda sólo la suspensión automática de las visitas supervisadas a través de los profesionales de los PEF por razones evidentes de seguridad del menor. Sin embargo, en aquellas otras visitas derivadas al PEF para realizar la entrega y recogida de los menores, se establece la posibilidad de mantenerlas si los progenitores designan a una persona de su confianza para que proceda a las entregas y recogidas del menor en el lugar que se convenga más

próximo a sus domicilios, ajustándose a las limitaciones y medidas de seguridad establecidas.

En este mismo sentido, se ha pronunciado la **JUNTA DE JUECES DE FAMILIA DE CASTELLÓN**, que ha establecido que **se mantengan los intercambios en los casos de custodia compartida** puesto que la situación excepcional *“no implica la suspensión del régimen establecido”* pero solicita que los padres consensuen fechas y periodos *“atendiendo al interés de sus hijos”*.

Sin embargo, acuerda **la suspensión de las visitas de corta duración y que se promueva el contacto de los menores con el progenitor** que no puede realizarlas, por vía telefónica o telemática.

En cambio, otras **JUNTAS DE JUECES SECTORIALES DE FAMILIA COMO LAS DE ALICANTE, ORIHUELA Y VILLENA** acordaron en fecha 23 y 24 de marzo de 2020 que ***“el estado de alarma suspende los regímenes de visitas de menores, al entender que dicho estado no permitirse su circulación por las vías de uso público de conformidad con el art. 7.1 del R.D. 463/2020, pues no se trata de retorno al lugar de residencia habitual (artt. 7.1 d)), dado que la residencia habitual del menor es la del progenitor custodio, ni tampoco se trata de un traslado para asistencia y cuidado de menores, en la medida que los mismos ya se encuentran debidamente atendidos por el progenitor custodio.”***

En este acuerdo se contempla además ***“la suspensión de los regímenes de visitas de menores con abuelos u otros parientes y allegados, al no permitirse su circulación por las vías de uso público, de conformidad con el art. 7.1 del R.D. 463/2020. Se valora, además, que los traslados para tales visitas suponen un claro riesgo para la salud general, y especialmente, para la de los propios menores y para los mayores al ser éste, un colectivo especialmente vulnerable ante esta pandemia.”***

Los JUZGADOS DE FAMILIA DE BARCELONA, a los que se han adherido los de TARRAGONA Y REUS, acordaron en fecha 18 de marzo de 2020, que *“el sistema de responsabilidad parental deberá ser ejercido por el progenitor custodio (en supuestos de custodia exclusiva) o por el progenitor que ostenta la guarda en este momento (en supuestos de custodia compartida).”*

Además se contempla expresamente el supuesto en que uno de los dos progenitores presentara **síntomas de contagio o diera positivo por coronavirus**, en cuyo caso, *“en interés de los hijos menores (art. 9.2 LOPJM) y para evitar su propagación, es preferible que la guarda y custodia la ostente el otro progenitor, a fin de evitar su propagación al menor cuya custodia tiene confiada, debiéndose entenderse que, automáticamente concurre causa de fuerza mayor, que suspende provisionalmente, las medidas acordadas en el proceso en que se acordaron.”*

Por tanto, en caso de fuerza mayor y, en interés del menor, podría suspenderse las visitas y/o la custodia, en cuyo caso, el progenitor que estuviera conviviendo con el menor deberá facilitar su contacto con el no custodio por medios telemáticos. Y, si fuera el caso, el padre o la madre que no haya tenido al hijo durante el estado de alarma el tiempo que le correspondía, será compensado tras su levantamiento.

A pesar de la discrepancia judicial existente sobre la ejecución del régimen de visitas, sí existe un criterio unánime hasta la fecha de acordar que la declaración del estado de alarma no suspende los regímenes de guarda y custodia compartida de menores, debiendo efectuarse conforme a la resolución judicial vigente, respetando las recomendaciones y obligaciones dictadas por las autoridades sanitarias. Sin perjuicio, de que los progenitores podrán modificar temporalmente, de común acuerdo y en beneficio de sus hijos menores, el régimen de guarda y custodia vigente para transformarlo en un régimen de custodia exclusiva en favor de uno de los progenitores, cuando concorra una causa justificada

de fuerza mayor. Pensemos por ejemplo, en el caso de que uno de los dos progenitores se encontrara enfermo o en cuarentena o, que realizara un trabajo en el que estuviera expuesto al coronavirus, supuestos todo ellos en los que procedería, en nuestra opinión jurídica, la suspensión del régimen de custodia y/o visitas ya que, acogiendo el criterio de la Fiscalía General del Estado, del Consejo General del Poder Judicial y, en definitiva, el sentido común, **debe primar por encima de cualquier otro interés, el interés superior del menor que implica garantizar su salud no exponiéndolo innecesariamente a situaciones de contagio.**

En todo caso, deberá garantizarse el **derecho de comunicación** de los menores con el progenitor con el que no se encuentre conviviendo, vía telefónica o telemática (Skype, Facetime, o WhatsApp) siendo recomendable, en estas circunstancias de crisis sanitaria, un incremento de tal comunicación, al necesitar el menor el afecto y el apego de ambos progenitores.

Por último, aconsejamos que en los desplazamientos para las entregas y recogidas del menor, el progenitor lleve consigo la copia de la resolución judicial que regula el régimen de guarda y custodia y, visitas al constituir título suficiente para acreditar ante las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado que el desplazamiento se encuentra justificado.

Vistos los criterios de los distintos Juzgados, la siguiente cuestión que se nos plantea es,

¿QUÉ HACER SI UNO DE LOS PROGENITORES UNILATERALMENTE, EXCUSÁNDOSE EN EL ESTADO DE ALARMA, DECIDE INCUMPLIR EL RÉGIMEN DE CUSTODIA O VISITAS?

Para contestar a la cuestión planteada, debemos partir de que en estos momentos y, desde el pasado día 14 de marzo de 2020 y, hasta al menos el próximo día 12 de abril de 2020, en que

se ha prorrogado el estado de alarma, sin perjuicio de otras prórrogas posteriores, el Consejo General del Poder Judicial ha acordado la suspensión de las actuaciones judiciales y de los plazos procesales en todo el país, estableciendo unos servicios esenciales de la Administración de Justicia, entre la que se encuentra, la adopción de medidas cautelares u otras actuaciones inaplazables, como las medidas de protección de menores del artículo 158 de código civil.

Ahora bien, la situación de confinamiento en la que nos encontramos por el estado de alarma no legitima acudir a la vía del art. 158 del Código Civil para exigir el cumplimiento del régimen de custodia y/o visitas, salvo que se justificara un peligro grave para el menor, urgente y absolutamente inaplazable, lo cual, siempre será valorado previamente por el Juez competente quién de concurrir dichos presupuestos y, ante la falta de consenso entre los progenitores, adoptará la decisión que proceda, en función de las circunstancias de cada caso, con el fin de preservar el la salud y el bienestar de los hijos, de las madres y de los padres, y en general, de la salud pública.

Nuestra opinión jurídica, es que ante el incumplimiento del régimen de custodia o de visitas de uno de los progenitores y, no existiendo consenso de suspensión y/o modificación durante el estado de alarma, debe remitirse la correspondiente comunicación al otro progenitor por cualquier medio fehaciente en derecho (burofax si fuera posible o, en todo caso, por correo electrónico, WhatsApp), advirtiendo que la declaración del estado de alarma no exime el cumplimiento del régimen de custodia y visitas. De considerar que el incumplimiento pudiera suponer un riesgo grave para la salud del menor deberíamos acudir al proceso previsto en el art. 158 CC, recordándose, que mientras dure el estado de alarma, los simples incumplimientos derivados del confinamiento decretado quedan suspendidos, acordándose, al respecto, por la Junta de Jueces de Alicante (a los que se ha adherido Orihuela y

Villena) la inadmisión del despacho de ejecución por tales incumplimientos.

En conclusión, el régimen de custodia compartida y los regímenes de visitas aprobados por resoluciones judiciales vigentes deben cumplirse por los progenitores prevaleciendo el interés de los menores, si bien, por la situación de excepcionalidad y temporalidad en la que nos encontramos y, por el grave problema sanitario existente en estos momentos en España así como en el resto del mundo por la PANDEMIA DEL CORONAVIRUS nuestro consejo es que las madres y padres separados con hijos menores hagan un ejercicio responsable para alcanzar los mayores acuerdos posibles, recomendando que quedara constancia por escrito y, reducir al máximo la movilidad de sus hijos, no exponiéndolos a situaciones de riesgo para garantizar la salud pública.

ROSAURA MARTÍNEZ GARCÍA