



COMPARECENCIA DEL ARARTEKO ANTE LA COMISIÓN DE TRABAJO Y JUSTICIA DEL PARLAMENTO VASCO (29 de mayo de 2019)

Asunto: Observaciones a la proposición de ley de modificación de la *Ley 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores.*

Eusko Legebiltzarraren Lan eta Justizia Batzordeko Mahaiak arartekoaren agerraldia eskatzea erabaki du, ekarpenak egin ditzan ekainaren 30eko 7/2015 Legea aldatzeko lege-proposamenaz. Dakizuenez, lege hori gurasoen banantze edo haustura kasuetarako familia harremani buruzkoa da. Beraz, Legebiltzarraren agerraldi-eskaera hori betetzera noa.

Ezer baino lehen, esan nahi dut Ararteko erakundeak, gainontzeko Ombudsmanek bezalaxe, ez duela kontsulta-lanik egiten izapidetzen ari diren legegintza-proiektu zehatzei buruz, eta ez duela eskurik sartu behar legebiltzar honek bere legegintzailana betetzeko orduan.

Hortaz, agerraldi honetan, Ararteko erakundeak gai horren gainean egin dituen adierazpen batzuk aipatuko ditut, eta, hala badagokio, saihestezina iruditzen zaigun gogoetaren bat egingo dut, hertsiki teknika juridikoari dagokiona, gai horretaz egiten ari zareten eztabaidan baliagarria izango duzuelakoan.

Jarraian azalduko ditut lege-proposamen horri buruz Ararteko erakundeak egokitzen jotzen dituen oharrak:

El texto remitido como proposición de ley plantea una modificación de la *Ley 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores*, encaminada a introducir y regular una serie de limitaciones para el ejercicio de la guarda y custodia por parte de los progenitores incurso en un procedimiento judicial por violencia de género. Esta limitación para estos progenitores se concreta en la prohibición del ejercicio de la custodia compartida, así como en una restricción de las comunicaciones con sus hijos e hijas (régimen de visitas). Para ello, se plantea una modificación de los artículos 3, 9 y 11 de la mencionada ley del Parlamento Vasco: el artículo 3, en relación con los derechos y deberes de los progenitores; el artículo 9, en lo que respecta a la custodia compartida; y el artículo 11, por lo que se refiere al régimen de comunicación y visitas.

Paso a exponer la doctrina del Ararteko en el ámbito de la corresponsabilidad parental, y de la salvaguarda y protección de los hijos e hijas en casos de violencia de género.

La institución del Ararteko ha expresado en los últimos años nítidamente su posición de defensa del **principio de corresponsabilidad familiar**, que debe extenderse también a los progenitores separados, particularmente en su *Recomendación General 1/2010, de 15 de octubre, sobre corresponsabilidad parental en las parejas separadas: el papel de los poderes públicos*. Al dictar dicha recomendación general el Ararteko quiso contribuir a allanar el camino para que los avances sociales en materia de corresponsabilidad parental tuvieran su reflejo también en los tribunales, atendiendo para ello a dos de los ejes que han de vertebrar nuestra actuación: promover la igualdad entre mujeres y hombres, y defender el interés prioritario de los y las menores. El interés superior de los menores debe identificarse también con una estabilidad psicoafectiva, la cual descansa no solo en la solidez de las referencias espacio-temporales que pautan su vida cotidiana, sino también en la conciencia que los niños y niñas tengan de que, a pesar de la separación, siguen siendo queridos y atendidos por ambos progenitores, en este caso, tanto por su padre como por su madre. Concluíamos en dicha recomendación general que los poderes públicos vascos debían promover las modificaciones legislativas necesarias para favorecer, como opción más deseable, en casos de separación y divorcio, que el cuidado de hijas e hijos comunes fuera ejercido por ambos progenitores en régimen de corresponsabilidad parental, salvaguardando en todo caso el interés prioritario de los hijos e hijas menores. El Parlamento Vasco, cinco años después de emitirse esta recomendación general del Ararteko, aprobó la Ley 7/2015, *de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores* (también conocida como ley de custodia compartida, en la medida que promueve esta fórmula de custodia), cuya propuesta de modificación hoy nos ocupa.

Resulta esencial manifestar aquí que el Ararteko ha apoyado de manera inequívoca, en diferentes ocasiones, y en especial a lo largo de todas sus intervenciones en el GTI (grupo de trabajo técnico interinstitucional, en el marco del II Acuerdo Interinstitucional contra la Violencia doméstica) **la necesidad de lograr que los órganos judiciales actúen con perspectiva de género, y de impedir como no puede ser de otra manera-, en aras de la salvaguarda de la integridad física y moral de los hijos e hijas menores, la asignación judicial de la custodia compartida en supuestos de violencia de género, así como de limitar o suspender también el régimen de visitas y comunicaciones** en dichos casos. En esa medida, los esfuerzos encaminados a lograr que se haga realidad dicha premisa básica para la protección de los hijos e hijas menores deben ser, sin ninguna duda, avalados por la institución que represento.

Resulta necesario realizar una contextualización legal de la cuestión objeto de reforma, ya que no puede desconocerse que existen ya en el ordenamiento jurídico determinadas previsiones legales que contemplan la exclusión de la custodia compartida en estos supuestos. Me refiero concretamente, por un lado, al **apartado 7 de artículo 92 del Código Civil**, que opera como límite, sentando una prohibición expresa a la custodia compartida en los supuestos de violencia doméstica y/o género. En efecto, al amparo de dicho precepto **“no procederá la**

guarda conjunta cuando cualquiera de los padres esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos. Tampoco procederá cuando el Juez advierta, de las alegaciones de las partes y de las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica”.

Es decir, de acuerdo con el mencionado artículo del Código Civil, no solo deberá excluirse dicho régimen de custodia compartida en supuestos en que uno de los progenitores esté incurso en una causa por violencia de género (tal y como establece en su artículo segundo la proposición de ley que aquí se comenta, al introducir un nuevo apartado *bis* al artículo 9 de la Ley 7/2015), sino también cuando **“el Juez advierta, de las alegaciones de las partes y de las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica”**. Esta última previsión cubre, en consecuencia, una mayor amplitud de supuestos para impedir la asignación de la custodia compartida, al incorporar también la posibilidad de excluir la custodia compartida a partir de la existencia de indicios de situaciones de violencia que pudieran derivarse también del propio procedimiento civil de separación o divorcio.

En virtud de dicha disposición legal del Código Civil, el Tribunal Supremo, aunque entiende que el régimen más deseable y beneficioso para los hijos e hijas menores es el de custodia compartida, viene manteniendo que ese régimen debe llevarse a cabo siempre bajo la prevalencia del respeto del interés superior de los hijos e hijas menores, optando por el sistema que en el caso concreto se adapte mejor al menor y a su interés, no al de sus progenitores. El Tribunal Supremo ha clarificado, sin embargo, la improcedencia de la aplicación de la custodia compartida en supuestos de violencia de género. A modo de ejemplo, quiero reseñar la Sentencia del tribunal Supremo de 4 de febrero de 2016, que dado que resulta muy pertinente para la cuestión que estamos debatiendo me voy a permitir transmitírsela en su literalidad:

Esta sentencia señala que:

(...)“La custodia compartida conlleva como premisa la necesidad de que entre los padres exista una relación de mutuo respeto en sus relaciones personales que permita la adopción de actitudes y conductas que beneficien al menor, que no perturben su desarrollo emocional y que pese a la ruptura afectiva de los progenitores se mantenga un marco familiar de referencia que sustente un crecimiento armónico de su personalidad. Y es que una cosa es la lógica conflictividad que puede existir entre los progenitores como consecuencia de la ruptura, y otra distinta que ese marco de relaciones se vea tachado por una injustificable condena por un delito de violencia de género que aparta al padre del entorno familiar y de la comunicación con la madre, lo que va a imposibilitar el ejercicio compartido de la función parental adecuado al interés de los hijos. El art. 2 de la Ley 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, exige que la vida y

desarrollo del menor se desarrolle en un entorno «libre de violencia» y que «en caso de que no puedan respetarse todos los intereses legítimos concurrentes, deberá primar el interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir»; criterios que aun expresados en una ley posterior a la demanda, incorpora los que esta Sala ha tenido reiteradamente en cuenta a la hora de integrar el interés del menor. Corolario lógico es lo dispuesto en el artículo 92.7 del Código Civil (...).

Por otro lado, más recientemente, también la **Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia** citada en esta sentencia, recoge en su **Disposición final tercera** una relevante modificación de la **Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género**, que reconoce la calidad de víctimas directas de los hijos e hijas menores de las mujeres víctimas de violencia de género, ampliando el alcance subjetivo de las medidas de protección previstas en la mencionada ley orgánica contra la violencia de género, también a dichos hijos e hijas menores. Además, a partir de dicha reforma, que modifica los artículos 1.2, 61.2, 65 y 66 de la mencionada Ley Orgánica 1/2004, se articulan potestades judiciales para decretar medidas de suspensión de la patria potestad o la custodia, así como para suspender el régimen de visitas, estancia, relación o comunicación con los menores, en supuestos de violencia de género. Si bien es cierto que dicha reforma legal no explicita la prohibición de la custodia compartida en casos de violencia de género, sin embargo ello puede derivarse implícitamente del mencionado texto legal. Con todo, sin duda, resulta para ello un fundamento más sólido y explícito la disposición antes mencionada del Código Civil.

Procedo a realizar algunas apreciaciones de índole técnica y consideraciones de *lege ferenda* sobre la reforma propuesta.

Por lo que respecta a la literalidad de la reforma propuesta, llaman la atención algunas de las modificaciones planteadas y su posible efecto distorsionador respecto a la legislación actualmente vigente. Además, se considera conveniente que el concepto de violencia que se maneje en el texto sea coherente con los planteamientos internacionales y que *de lege ferenda* se están asumiendo desde Emakunde, con vistas a la reforma de la **Ley del Parlamento Vasco 4/2005, para la Igualdad de Mujeres y Hombres**, en los términos que seguidamente se explican.

Así pues, concretamente, son tres los aspectos que resulta oportuno remarcar:

- ✓ En primer lugar, la reforma propone suprimir el apartado 3 del vigente artículo 11 de la Ley 7/2015 (que excluía la custodia compartida tan solo en supuestos de sentencia penal firme condenatoria) y sustituirlo por una nueva redacción del **apartado primero del mencionado artículo 11**. Pues bien, la sustitución que el nuevo artículo 11.1 hace del término *incapacitados* por el término *discapacitados* no puede entenderse más que como un error conceptual, que lleva a asimilar a las personas con diversidad funcional con los menores y deja sin la protección adecuada a las personas que han sido incapacitadas

jurídicamente, a las que se refiere obviamente el vigente artículo 11.1 de la vigente Ley 7/2015¹. Por tanto, salvo que exista alguna otra objeción, se propone mantener la referencia a las personas incapacitadas en el mencionado apartado primero del artículo 11.

- ✓ En segundo lugar, quiero referirme a la **modificación que se propone del artículo 3 de la Ley 7/2015, en su apartado 3**, por la que se sustituye una cláusula de excepción al derecho de los hijos e hijas a mantener comunicación con ambos progenitores, que resulta más amplia y protectora que la que actualmente se propone. Así, se reproducen seguidamente el tenor literal de ambos apartados:

En su actual redacción el artículo 3.3 de la Ley 7/2015 señala:

*“3. En la regulación de las relaciones familiares, **excepto cuando circunstancias graves aconsejen lo contrario en beneficio del menor**, los hijos e hijas menores de edad tendrán derecho a un contacto directo con sus progenitores de modo regular y a que ambos participen en la toma de decisiones inherentes a la titularidad y ejercicio de la patria potestad, siempre que sea posible.”*

Por su parte, el artículo 3.3 de la reforma propuesta quedaría redactado en los siguientes términos:

*“3. En la regulación de las relaciones familiares, los hijos e hijas tendrán derecho a un contacto directo con sus progenitores de modo regular, y a que ambos participen en la toma de decisiones inherentes a la titularidad y ejercicio de la patria potestad, **salvo cuando se encuentre el progenitor incurso en una causa por violencia de género, en cualquiera de sus modalidades legales, y se haya adoptado alguna medida de protección respecto de la víctima, o cuando la causa que se lleve adelante lo sea por violencia contra el menor o la menor sobre quien deba versar la medida**”.*

Pues bien, se propone que aunque se explicita una limitación para los supuestos de violencia de género, no se cierre la posibilidad de salvaguardar a los hijos e hijas menores de otras circunstancias graves que también pudieran aconsejar la suspensión del contacto con el progenitor, más allá de las señaladas en la propuesta de reforma legislativa.

- ✓ Finalmente, debe hacerse referencia al **anteproyecto de reforma de la Ley 4/2005, de 18 de febrero, para la Igualdad de Mujeres y Hombres**, cuyo **artículo 50. 3** define el concepto de violencia machista contra las mujeres, en consonancia con lo establecido en el *Convenio del Consejo de Europa sobre*

¹ **Artículo 11. Régimen de comunicación y estancia.**

1. El progenitor que no tenga consigo a los hijos e hijas menores o incapacitados gozará con carácter general del derecho a visitarles, comunicar con ellos y tenerlos en su compañía.

prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica (Convenio de Estambul). La mencionada reforma pretende articular el sistema vasco de derechos y prestaciones para las mujeres víctimas de violencia machista, y sus hijos e hijas, en torno a dicho concepto. Se transcribe seguidamente el mencionado apartado 3 del artículo 50 de dicho anteproyecto:

Artículo 50.3.:

“Constituyen violencia machista contra las mujeres la violencia en la pareja o expareja, la intrafamiliar, la violencia sexual, el feminicidio, la trata de mujeres y niñas, la explotación sexual, la mutilación genital femenina, los matrimonios forzosos y otras prácticas tradicionales perjudiciales, la violencia perpetrada o tolerada por el Estado, así como cualquier otra forma de violencia que lesione o sea susceptible de lesionar la dignidad, la integridad o la libertad de las mujeres que se halle prevista en los tratados internacionales, en el Código Penal español o en la normativa estatal o autonómica. Todo ello, independientemente de que se produzcan en cualquier ámbito público o privado, lo que incluye, pero no se limita, a los ámbitos familiar, laboral, educativo, sanitario, deportivo, los medios de comunicación, los espacios de ocio y/o festivos y el entorno virtual”.

Como puede observarse, se trata de un concepto de violencia más amplio que el de violencia de género, que abarca una multiplicidad de tipos penales más allá del concreto tipo de la violencia de género. Parece adecuado pensar que, antes de acometer una reforma de la Ley 7/2015 en torno al impacto que la violencia de género pudiera tener en los hijos e hijas menores en los casos de separación o ruptura de las parejas, se estudie la posibilidad de incorporar también –en coherencia con la anunciada reforma de la Ley vasca de Igualdad (Ley 4/2005)- otros supuestos de violencia machista contra las mujeres, que igualmente pueden impactar en los hijos e hijas menores y que merecen también la atención del legislador para salvaguardar sus derechos en relación con las formas de custodia y de comunicación que hayan de decretarse por los órganos judiciales.

Conclusiones

Debemos partir de la premisa básica de que los hijos e hijas menores en contextos de violencia machista son víctimas directas y que, por tanto, deben ser protegidos. El Ararteko acoge positivamente, por ello, el reforzamiento de las medidas dirigidas a impedir que, en contextos de violencia de género o violencia machista contra las mujeres, pueda compartirse la custodia de los hijos o hijas con el progenitor incurso en un procedimiento judicial por esa causa. Apoya, en consecuencia, con esa idea que también deba asegurarse la limitación o suspensión de las comunicaciones con esos menores. Todo ello sin perjuicio de que este Ararteko continúa defendiendo la idoneidad de la custodia compartida como un modelo de custodia que, en condiciones de no violencia y de seguridad, consolida adecuadamente la necesaria corresponsabilidad parental, acorde con el principio de



igualdad de mujeres y hombres y con la defensa del interés superior de los hijos e hijas menores.

Desde un punto de vista técnico jurídico deben analizarse dos cuestiones: en primer lugar si este objetivo no está ya debidamente cubierto con la legislación vigente, en particular mediante la aplicación de lo dispuesto en el artículo 92.7 del Código Civil, y por otro lado que la reforma que se propone no merme en ningún caso las posibilidades de salvaguarda y protección de los hijos e hijas menores que ya ofrece la vigente Ley del Parlamento Vasco 7/2015, *de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores*.

Azkenik, lehen esan dugunez, legea aldatzeko aukera hau baliatuta, egokia dirudi lege-testuan emakumeen kontrako indarkeria matxistaren kontzeptu berria sartzeak, izan ere, Istanbulgo Hitzarmena sinatu ondoren, nazioarteko betebeharrak sortu dira. Dakizuenez, Istanbulgo Hitzarmena Europako Kontseiluarena da, emakumearen eta etxeko indarkeriaren kontrako indarkeria prebenitu eta horren aurka borrokatzeari buruzkoa. Kontzeptu berri horren barruan sartzen dira genero-indarkeriaren tipo penaletik harago doazen beste delitu mota batzuk. Horrela, koherentzia gordeko litzateke Emakumeen eta Gizonen berdintasunerako 4/2005 Legea aldatzeko aurreproiektuarekin, bada, bere artikuluko multzoan kontzeptu horretaz ematen duen definizioa bat dator Istanbulgo Hitzarmenean onetsi zen emakumeen kontrako indarkeriaren kontzeptuarekin. Kontzeptu horren inguruan gauzatuko litzateke emakumeentzako eta beren seme-alabentzako prestazio eta eskubide sistema osoa, indarkeria mota horren biktima direnez.

Besterik gabe, eskerrik asko zuen arretagatik. Egin nahi dizkidazuen galderei erantzuteko prest naukazue.