MALOS TRATOS Y FAVOR FILII EN EL ANTEPROYECTO DE LEY SOBRE EL EJERCICIO DE LA CORRESPONSABILIDAD PARENTAL EN CASO DE NULIDAD, SEPARACIÓN Y DIVORCIO

Magdalena Ureña Martínez
Profesora Titular de Derecho Civil
Centro de Estudios de Consumo
Universidad de Castilla-La Mancha

Fecha de publicación: 10 de enero de 2013

Aunque tradicionalmente el Derecho Civil ha dedicado escasa atención a los malos tratos familiares, en la última década el legislador ha dado un giro copernicano en esta materia y ha dictado normas jurídico-civiles que coadyuvan en la lucha contra la violencia en el hogar; *vid*., entre otras, la Ley Orgánica 1/2004 de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, en cuyos arts. 65 y 66 se establecen medidas relativas a la suspensión de la patria potestad, de la custodia de los hijos y del régimen de visitas, o el Código Civil, tras su reforma por la Ley 15/2005, que tiene en cuenta los malos tratos familiares a efectos de no exigir plazo alguno para la interposición de la demanda de separación (art. 81.2º) o de no conceder una custodia compartida (art. 92.7).

El Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio, presentado en julio de 2013, también aborda esta materia en el art. 92 bis, apartado 5º, y aunque en un principio parece que sigue una línea acertada, al señalar que no procede la guarda y custodia –individual o compartida- ni un régimen de estancia, relación y comunicación con los hijos cuando un progenitor ha sido condenado penalmente por malos tratos al otro cónyuge o a los hijos; sin embargo, a renglón seguido permite que el Juez de manera excepcional pueda establecer un régimen de estancia, relación y comunicación, atendiendo al superior interés de los menores. Más estupor causa, sin duda, el apartado 6º de dicho precepto, cuando señala que si ambos progenitores estuvieran incluidos en alguno de los supuestos del apartado anterior –condenados penalmente por malos tratos o que existan indicios fundados y racionales de tales delitos -, el Juez atribuirá la guarda y custodia de los hijos menores a los familiares o allegados más idóneos, salvo que, excepcionalmente y en interés de los hijos, entienda que debe ser otorgada a éstos o alguno de ellos; en defecto de todos ellos

o cuando no fueran idóneos para su ejercicio, la custodia recaerá en las entidades públicas que, en el territorio concreto, tengan asignada la función de protección de los menores.

Las preguntas que surgen son las siguientes: ¿qué interés reporta a un hijo estar, relacionarse o comunicarse con su progenitor maltratador?; ¿unos progenitores, condenados penalmente por malos tratos, pueden ser idóneos para ejercer una custodia –*v. gr.*, educar y formar integralmente- sobre sus hijos? Para los redactores del Anteproyecto de Ley parece que sí beneficia al menor, apoyándose en el principio general y absoluto del *favor filii*; opinión de la que discrepo, al entender que ningún interés le reporta, por lo que sería conveniente la supresión de dichas excepciones fundadas en dicho cláusula general. El *favor filii* no es un principio ilimitado que pueda utilizarse para mantener la invisibilidad de las agresiones y de los daños infligidos a los menores directamente o a través de otros miembros del grupo familiar con los que están fuertemente interconectados.