

Artículo de opinión

Título

La incidencia de la declaración del estado de alarma de 14 de marzo de 2020 en el régimen de custodia y visitas de los menores.

Autor: Juan Pablo González del Pozo, magistrado juez del Juzgado de 1ª instancia n 24, de Familia, de Madrid.

ABSTRACT: La declaración del estado de alarma por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, ha provocado una auténtica avalancha de dudas e incertidumbres, entre los progenitores separados o divorciados con hijos menores comunes, acerca del alcance y efectos que las restricciones a la libertad de movimientos de las personas establecidas en el RD producen en los sistemas de custodia y regímenes de visitas establecidos en las resoluciones judiciales. El objetivo de este artículo es arrojar alguna luz sobre las cuestiones que se plantean.

Sumario: I. Introducción: las diversas posiciones existentes sobre la cuestión. II. Las limitaciones al derecho fundamental de libertad deambulatoria impuestos por la declaración de estado de alarma. III. La incidencia de las restricciones de libre circulación de personas por el territorio nacional en el régimen de visitas en caso de custodia monoparental o exclusiva. IV. La no afectación del régimen de custodia compartida. V. Consideraciones complementarias.

Texto

I.- Introducción: las diversas posiciones existentes sobre la cuestión.

Se me pide emitir opinión, casi a vuela pluma por la premura y urgencia que el caso requiere, sobre la incidencia y efectos que la declaración de Estado de Alarma llevada a cabo por Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, puede producir en el desarrollo y cumplimiento de los regímenes de custodia y visitas de menores en los casos de ruptura de convivencia de los progenitores que tienen fijadas medidas paterno filiales por sentencia (o convenio aprobado judicialmente) de separación, divorcio, nulidad o de regulación de relaciones paterno filiales.

Sobre el particular se mantienen por distintos juzgados de familia de toda España (Gijón, Zaragoza, Alcorcón, Barcelona, Murcia, etc.) y en diferentes foros (Aeafa, Sección de Derecho de Familia del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, Ilustre colegio de Abogados de Barcelona, etc.), posiciones diversas que se concretan, fundamentalmente, en tres:

- A) Negar que el Decreto 463/2020, de 14 de marzo, tenga incidencia alguna en el desarrollo y cumplimiento del régimen de custodia y visitas, sosteniendo en consecuencia que los regímenes de custodia y de visitas y estancias con el progenitor no custodio deben cumplirse en los términos establecidos en la sentencia o convenio y, por ello, que han de seguir produciéndose los intercambios o entregas de los niños de uno a otro progenitor para el desarrollo de las visitas o estancias, tanto de fines de semana, como de días inter semanales o periodos de alternancia (ordinariamente semanales) en los casos de custodias compartidas.

En apoyo de esta posición puede esgrimirse el derecho fundamental de todos, incluidos padres y madres separados e hijos menores comunes, a la tutela judicial efectiva, que incluye el derecho a que las resoluciones judiciales se cumplan en sus propios términos. Se dice que el Decreto 463/2020 no puede dejar en suspenso lo establecido en una sentencia y, además, que tampoco lo establece expresamente.

Una variante de esta posición, sostenida por la Asociación de Abogados de Familia de España en su página web, mantiene que los movimientos o traslados del menor desde el domicilio de uno al del otro progenitor, vienen amparados por el apartado e) del artículo 7 del Real Decreto, que admite los desplazamientos para asistencia y cuidado a menores.

Yendo aún más allá, podría también sostenerse que los desplazamientos de los menores desde el domicilio de uno al del otro progenitor, para cumplir los sistemas de custodia o visitas establecidos en la resolución judicial, tiene cobertura y amparo en el apartado g) del art. 7 del Decreto, que permite que las personas o vehículos circulen por la vía pública a causa de estado de necesidad, si se entiende que el traslado del menor es necesario para cumplir la sentencia.

E, inclusive, también podría invocarse lo dispuesto en el apartado h) del Decreto (que se refiere a “cualquier otra actividad de análoga naturaleza”).

- B) En el extremo opuesto al de la posición anterior, se sitúan quienes entienden que los menores solo podrán trasladarse desde el domicilio o residencia habitual de un progenitor al del otro en los casos previstos en el artículo 7, apartado d) del Real Decreto, es decir para retornar al lugar de su residencia habitual. Y ello impide que, en los casos de custodia monoparental o exclusiva se cumpla el régimen de visitas con el progenitor no custodio, al implicar el mismo un desplazamiento del menor a un lugar que no constituye su residencia habitual.
- C) Por último, entre una y otra posición encontramos una variada gama de posturas intermedias que abogan:

Bien por considerar, analógicamente, que el periodo de vigencia del estado de alarma puede asimilarse a los periodos vacacionales escolares y que, por tanto, los mismos deben repartirse por mitad entre ambos progenitores, siguiendo al efecto lo que la sentencia establezca sobre el particular para vacaciones de verano, por ejemplo.

Bien por estimar que la decisión de cada caso concreto ha de hacerse valorando el riesgo de contagio del menor, en el entorno familiar materno o paterno, en atención a las circunstancias concurrentes, debiendo permanecer el menor durante la vigencia del estado de alarma bajo la custodia de aquel progenitor con quien el menor corra menos riesgo de contagio del Covid-19.

A tales efectos, se dice, no es lo mismo que el régimen de visitas exija el traslado del menor de una ciudad a otra o que tenga lugar en la misma población; tampoco que el régimen de visitas exija el traslado del menor a una ciudad en que hay un elevado índice de infectados o no; que la familia del progenitor no custodio esté muy próxima a la del custodio o en el otro extremo de la ciudad; que en la familia de un progenitor haya población de riesgo (abuelos, p.e.) y en la del otro no, etc.

II. Las limitaciones al derecho fundamental de libertad deambulatoria impuestos por la declaración de estado de alarma.

El Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, modificado por el Real Decreto 465/2020, de 17 de marzo, establece en su artículo 7:

“Artículo 7. Limitación de la libertad de circulación de las personas.

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.

- a) Adquisición de alimentos, productos farmacéuticos y de primera necesidad.
- b) Asistencia a centros, servicios y establecimientos sanitarios.
- c) Desplazamiento al lugar de trabajo para efectuar su prestación laboral, profesional o empresarial.
- d) Retorno al lugar de residencia habitual.
- e) Asistencia y cuidado a mayores, menores, dependientes, personas con discapacidad o personas especialmente vulnerables.
- f) Desplazamiento a entidades financieras y de seguros.
- g) Por causa de fuerza mayor o situación de necesidad.
- h) Cualquier otra actividad de análoga naturaleza.»

2. Igualmente, se permitirá la circulación de vehículos particulares por las vías de uso público para la realización de las actividades referidas en el apartado anterior o para el repostaje en gasolineras o estaciones de servicio.”

El Decreto 463/2020 se dicta por el Gobierno al amparo de las facultades que le concede la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los Estados de Alarma, Excepción y Sitio, que en su art. 4ª dispone:

“El Gobierno, en uso de las facultades que le otorga el artículo ciento dieciséis, dos, de la Constitución podrá declarar el estado de alarma, en todo o parte del territorio nacional, cuando se produzca alguna de las siguientes alteraciones graves de la normalidad:

- a) Catástrofes, calamidades o desgracias públicas, tales como terremotos, inundaciones, incendios urbanos y forestales o accidentes de gran magnitud.
- b) Crisis sanitarias, tales como epidemias y situaciones de contaminación graves.
- c) Paralización de servicios públicos esenciales para la comunidad, cuando no se garantice lo dispuesto en los artículos veintiocho, dos, y treinta y siete, dos, de la Constitución, concurra alguna de las demás circunstancias o situaciones contenidas en este artículo.
- d) Situaciones de desabastecimiento de productos de primera necesidad.”

Así pues, un Decreto del Gobierno, dictado en virtud de una ley orgánica habilitante, para hacer frente a la situación de emergencia sanitaria grave y urgente creada por el avance en España de la pandemia del Covid-19, restringe y limita el derecho fundamental de libertad deambulatoriaⁱ, es decir, el de libertad de movimientos de las personas por todo el territorio nacional, reconocido en el artículo 19.1 de la Constitución, y acuerda, con limitaciones que impiden considerarlo casi una pena privativa de libertad, el confinamiento domiciliario de todas las personas restringiendo la circulación de personas o vehículos por las vías o espacios de uso público, salvo para las excepciones que el Decreto expresamente señala. Se trata por tanto de una obligación, impuesta a todos los ciudadanos, de permanecer en el domicilio propio, con prohibición de salir del mismo, salvo para realizar las actividades que el Decreto señala en el artículo 7. Y eso afecta a todas las personas, incluidos los menores, que se encuentren en territorio nacional, sin distinción de edad, nacionalidad, sexo o cualquier condición personal.

Es importante señalar que nos encontramos, como acertadamente señala la exposición de motivos del Decreto, ante una crisis sanitaria sin precedentes y de enorme magnitud tanto por el muy elevado número de ciudadanos afectados como por el extraordinario riesgo para sus derechos (principalmente el derecho a la vida, el más preciado de todos), y por tanto, es necesario adoptar medidas para proteger la salud y seguridad de los ciudadanos, contener la progresión de la enfermedad y reforzar el sistema de salud pública ante el imparable avance de la pandemia, que ya ha causado centenares de muertes en nuestro país.

Se destaca que la finalidad de todas las medidas establecidas en el Decreto no es otra que la de proteger la salud pública general porque es fundamental en este caso interpretar las restricciones a la libre circulación de movimiento de personas y vehículos impuestas en el artículo 7 de forma finalista, haciendo una interpretación teleológica del precepto.

En este sentido, parece indiscutible que en caso de conflicto entre la protección de la salud pública general, que es la que pretende garantizar la declaración del estado de alarma, y el derecho a la tutela judicial efectiva y a la ejecución de la sentencia en sus propios términos debe imponerse el de salvaguarda del interés público general concretado en la consecución de la salud pública. E igual cabe decir en el conflicto entre el interés superior del menor, concretado en este caso en la protección de su salud y en el derecho de éste a relacionarse y mantener contacto con ambos progenitores, y la protección del salud pública general y detención del avance de la pandemia.

Con estos criterios interpretativos, parece claro que los menores solo pueden salir y circular por las vías o espacios públicos en los supuestos expresamente permitidos en el artículo 7 del Decreto, y no en otros, y ello porque en la situación excepcional y temporal en que nos encontramos el cumplimiento de las resoluciones judiciales queda supeditado, en cuanto a los sistemas de custodia y visitas, a su compatibilidad con la escrupulosa observancia de las normas restrictivas vigentes durante el estado de alarma

III. La incidencia de las restricciones de libre circulación de personas por el territorio nacional en el régimen de visitas en caso de custodia monoparental o exclusiva

El artículo 7.1.d) del Decreto autoriza la circulación de personas por las vías o espacios de uso público para “retorno al lugar de residencia habitual”, lo cual permite que, en caso de hallarse los menores con el progenitor no custodio puedan regresar al del custodio, que es el lugar de su residencia habitual.

Así cabe deducirlo con meridiana claridad de lo dispuesto en el artículo 54.2 del Reglamento de Población y Demarcación Territorial de las Entidades Locales, aprobado

por el Real Decreto 1690/1986, de 11 de julio, y modificado por Real Decreto 2612/1996 de 20 de diciembre. Este precepto establece que los menores de edad no emancipados y los mayores incapacitados tendrán la misma vecindad que los padres que tengan su guarda o custodia o, en su defecto, de sus representantes legales, salvo autorización por escrito de éstos para residir en otro municipio.

El art. 7.1º.d) no permite, en cambio, el traslado del menor desde el domicilio del progenitor custodio al del no custodio, porque el mismo supone la salida del menor de su residencia habitual, no su retorno a ella.

Tampoco puede ampararse la salida del domicilio del menor para el cumplimiento del régimen de visitas, en caso de custodia exclusiva, en el apartado e) del artículo 7 del Decreto, que autoriza la circulación de personas para “asistencia y cuidado a mayores, menores, dependientes, personas con discapacidad o personas especialmente vulnerables”, pues, por definición, existiendo un régimen de custodia exclusiva, ha de presumirse que los menores se encuentran debidamente cuidados y asistidos en el entorno del progenitor custodio y que éste satisface debidamente todas las necesidades materiales y afectivas del menor. De no ser así, nos encontraríamos en un escenario de posible aplicación de las medidas previstas en el art. 158 del Cc. o, en su caso, de iniciación de un proceso de modificación de medidas.

Finalmente, en mi opinión, tampoco permite dar cobertura legal a la salida de los menores del domicilio del progenitor custodio para cumplir el régimen de visitas lo dispuesto en el apartado 1, letra g) del artículo 7 del Decreto (“Por causa de fuerza mayor o situación de necesidad”) en tanto la situación de necesidad a que se refiere el precepto, en este contexto de pandemia, ha de referirse no a la necesidad de cumplir una resolución judicial, sino a situaciones de necesidad de salir del domicilio por causas ajenas a la voluntad del menor o del progenitor con quien se encuentra, de forma perentoria o inaplazable, como pueden ser asistir al entierro de un familiar, abandonar el domicilio en caso de agresión o intento de robo de un tercero, acudir al hospital para recibir asistencia en caso de enfermedad ajena al corona virus covid-19 u otros similares.

El Real Decreto 465/2020, de 17 de marzo, al modificar el apartado 1 del artículo 7 ha introducido un elemento que genera cierta confusión al establecer que 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..., o por otra causa justificada”, contraponiendo así la salida del domicilio para realizar las actividades que señala en las letras a) a h) y la salida por otra causa justificada. Parece que se trata de un error de redacción o de transcripción y que la causa justificada hace alusión a que la actividades no se lleven a cabo individualmente, sino acompañados de otra persona que no sea un menor, mayor (claramente se refiere el precepto a mayores de avanzada edad) o persona incapacitada, como por ejemplo el traslado al puesto de trabajo de dos personas que viven juntas y tienen que desplazarse al mismo en su vehículo particular por encontrarse a gran distancia del domicilio o no poderse llegar a él en medios de transporte públicos.

Así pues, como conclusión, en el supuesto de custodias monoparentales o exclusivas, durante la vigencia del estado de alarma, los regímenes de visitas de fin de semana y de días inter semanales, y también, por supuesto, de los días especiales, como el día del padre, por ejemplo, no son susceptibles de cumplimiento o, lo que es lo mismo, quedan en suspenso por imposibilidad legal de hacerlos efectivos.

Y es que, el cumplimiento del régimen de visitas de fines de semana o días inter semanales con el progenitor no custodio no puede justificar en modo alguno poner en serio riesgo la salud del menor ni de las personas de su entorno pues es claro que el traslado del menor del domicilio de uno al del otro progenitor no sólo expone al menor a sufrir un contagio del covid-19 sino que convierte al propio menor, en caso de ser portador del virus, en vehículo de potencial transmisión del mismo a terceros. Y la cuestión no es baladí. En ciudades como Madrid, cumplir el régimen de visitas de fines de semana alternos establecido en los miles de rupturas de pareja existentes en esta ciudad con régimen de custodia exclusiva, puede suponer que el viernes por la tarde se realicen miles de desplazamientos de menores acompañados de uno u otro progenitor, ya sea en vehículo particular o transporte público, por todas las zonas de la ciudad, y otros tantos el domingo o lunes por la mañana para reintegrarlos al domicilio del custodio.

En el mismo sentido se pronuncia, hoy 18-3-2020, la Información elaborada por la Delegación del Gobierno contra la Violencia de Género, con la supervisión del

Observatorio contra LA Violencia de Género del Consejo General del Poder Judicial, en respuesta a las consultas de víctimas de violencia de género formuladas en relación con el cumplimiento del régimen de visitas durante la vigencia del estado de alarma.

IV. La no afectación por el estado de alarma del régimen de custodia compartida.

En los casos de menores en régimen de custodia compartida, el menor tiene dos residencias habituales, la del padre y la de la madre, lo que permite que los hijos puedan desplazarse del domicilio de uno al del otro progenitor para la alternancia de los periodos de convivencia del menor con uno y otro progenitor sin que ello suponga infringir lo dispuesto en el art.7.1.d) del Decreto 463/2020, toda vez que, salgan de uno u otro domicilio, siempre “retornan al lugar de su residencia habitual.”

Como señala la Instrucción de la Fiscalía General del Estado 1/2006, de 7 de marzo, sobre “Guarda y Custodia compartida y el empadronamiento de los hijos menores” no existe norma civil ni administrativa expresa y específica para la determinación del domicilio del menor en situaciones de patria potestad y guarda y custodia compartida, pues el artículo 54.2 del Reglamento de Población y Demarcación Territorial de las Entidades Locales, aprobado por el Real Decreto 1690/1986, no resuelve la cuestión en la medida en que ambos son progenitores custodios. Por tanto, en estos casos, ningún obstáculo legal existe para realizar los traslados de los menores al domicilio de uno u otro progenitor para dar cumplimiento al reparto de tiempos de convivencia judicialmente establecidos.

Ello no obstante, en los casos, los más frecuentes, de custodias compartidas por semanas alternas en que se hayan establecido días de visita inter semanales para el progenitor que no desempeña la custodia en la semana que el ejercicio de ésta le corresponde al otro, es recomendable que los progenitores lleguen al fácil acuerdo de prescindir ambos de esos días de visita inter semanal para no realizar tantos traslados de los menores y minimizar, de este modo, el riesgo de contagio de los menores y del adulto que le/s acompaña, derivado del mero hecho de transitar por las vías o espacios públicos al haberse comprobado que el coronavirus causante de la pandemia

sobrevive en el suelo durante horas y de allí puede pasar fácilmente al calzado o ropa de los viandantes y posteriormente, a través del contacto corporal con la indumentaria, a las personas.

Al margen de la conveniente supresión de los días de visita inter semanal, con o sin pernocta, en los regímenes de custodia compartida, para reducir el riesgo de contagio al eliminar uno o dos traslados semanales del domicilio de uno al del otro progenitor, también debe tenerse presente la necesidad de cumplir las prescripciones médico-sanitarias de aislamiento o cuarentena en caso de que el menor resulte infectado por covid-19, hasta el momento de su ingreso hospitalario, o presente síntomas de padecer coronavirus o haya estado en contacto con un progenitor o persona que haya arrojado positivo al covid-19 en una prueba diagnóstica, ya que en tales casos, durante la vigencia de la medida de aislamiento o cuarentena quedan sin efecto las medidas de custodia establecidas en la sentencia, salvo el supuesto en que, por un estado de necesidad, el menor quedara desasistido en caso de ingreso hospitalario del progenitor con el que se encontrare, hipótesis en la cual, por aplicación de lo dispuesto en el art. 7.1.g), es decir, por estado de necesidad, podría ser trasladado al domicilio del otro progenitor.

V. Consideraciones complementarias.

Al margen de todo lo dicho anteriormente respecto del cumplimiento/no cumplimiento del régimen de vistas y custodia monoparental o compartida a la luz del Decreto 463/2020, de 14 de marzo, no puede dejar de señalarse que las circunstancias excepcionales en que nos encontramos por la situación de emergencia sanitaria grave ocasionada por la pandemia del covid-19, además de comportar las restricciones al régimen de visitas que han quedado expuestas, obligan también a ambos progenitores a **extremar el cumplimiento de su deber de facilitar al otro progenitor**, sea el no custodio, o al custodio que, siéndolo, no se encuentre con el menor, **toda cuanta información sanitaria posea sobre éste**, no solo en relación con los síntomas de la enfermedad que pueda experimentar, sino también con el cuidado y tratamientos médicos que reciba, diagnósticos y cualquier incidencia relevante relacionada con la enfermedad del covid-19, pues el deber de información de uno a otro progenitor es un deber inherente a las funciones de ejercicio de la patria potestad que es

consustancial y derivado del deber de velar por los hijos menores, que compete a ambos progenitores por igual en tanto tengan atribuido el ejercicio conjunto de la patria potestad.

Igualmente se considera que es deber inexcusable del progenitor que conviva con el menor durante la vigencia del estado de alarma, **procurar que diariamente el menor se ponga en contacto por teléfono, Skype o cualquier sistema telemático de videoconferencia, con el progenitor con el que no conviva**, para que ese contacto visual y oral del progenitor y el menor permita a este último, en momentos tan angustiosos como los que vivimos, no solo conservar y fortalecer los vínculos afectivos parento-filiales, sino también disfrutar y sentir el aliento, apoyo y estímulo de ambos progenitores hasta la finalización del estado de grave emergencia sanitaria que atravesamos a causa de la pandemia.

Por último, deberán los progenitores **extremar las medidas de prevención de riesgo de propagación de la pandemia hechas públicas por las autoridades sanitarias para evitar el contagio de los menores en las transiciones o intercambios**, adoptando las precauciones necesarias tanto al salir de casa como al regresar a ella y en la vida diaria en el interior de la vivienda que habiten, y tratando de minimizar tanto como sea posible, en atención a las circunstancias, daños a la salud del menor, interés superior y prioritario del menor en la situación de grave crisis sanitaria que padecemos.

Todo ello sin excluir que, terminado el estado de alarma sanitaria, el progenitor que hubiere estado apartado del menor durante la totalidad o la mayor parte del tiempo de su vigencia, pueda solicitar judicialmente la compensación de los días de visitas o estancias perdidos a causa de la pandemia, con días que corresponda disfrutar al otro progenitor, para el supuesto de que ambos progenitores no alcanzaren acuerdos extrajudiciales sobre tal extremo.

ⁱ Aunque el Decreto 463/2020 dice expresamente que no se suspende ningún derecho fundamental, en razón de lo dispuesto en el artículo 55.1 de la Constitución (" Los derechos reconocidos en los artículos 17, 18, apartados 2 y 3, artículos 19, 20, apartados 1, a) y d), y 5, artículos 21, 28, apartado 2, y artículo 37, apartado 2, podrán ser suspendidos cuando se acuerde la declaración del estado de excepción o de sitio en los términos previstos en la Constitución. Se exceptúa de lo establecido anteriormente el apartado 3 del artículo 17 para el supuesto de declaración de estado de excepción."), que no permite suspender el derecho de libertad de circulación de personas reconocido en el art. 19.1 de la CE, en los supuestos de declaración de estado de alarma, es lo cierto que, en la práctica, son tantas las restricciones impuesto que estamos más cerca de la suspensión que de la plena vigencia del derecho fundamental. Esto no obstante, dada la situación de grave emergencia sanitaria que vivimos, nadie va a poner reparos a la constitucionalidad o legalidad del Decreto