

Una Crítica a los argumentos judiciales y legales contra la custodia compartida de los hijos.

El pasado verano, se me encargó un pequeño estudio sobre porqué en España se otorgaban tan pocas custodias compartidas de los hijos tras el divorcio de los padres, pese a que el Gobierno aprobase en 2005 una ley en dicho sentido.

Este pequeño estudio se hizo para su presentación ante instituciones europeas, y en particular ante la D.G. de Justicia, Seguridad y Libertad de la Comisión Europea en Bruselas, y a determinados miembros del Parlamento Europeo.

Consiste en un estudio realizado sobre sentencias de las Audiencias Provinciales de toda España, que tratan sobre la guardia y custodia de hijos/as menores de edad en procesos de separación, divorcio, nulidad y relaciones paternas y maternas filiales. Se basó en 400 sentencias sacadas al azar de los últimos diez años.

Buscamos sobre todo, porqué en España es tan difícil obtener una custodia compartida, pese a estar regulada en el Código Civil, y porqué, según datos del CGPJ, los padres varones son en un 92% tratado como incapaces de cuidar de sus hijos.

Partimos de la base de que la Custodia Compartida es *"el régimen de convivencia y cuidado de los hijos e hijas, durante (art. 68 C. Civil) y después de la existencia de la pareja (matrimonial o no), por el que ambos progenitores, sean del mismo o distinto sexo, se obligan al cuidado, educación y atención plena para con sus hijos/as, de forme equitativa, tanto espacial como temporalmente, siendo todo ello favorecedor del diálogo y comprensión mutua"*.

Tras esta definición, hemos de decir que en este breve estudio de las sentencias que hemos comparado, hemos podido llegar a dos conclusiones muy significativas:

- Sexismo en las sentencias, con connotaciones de discriminación por razón de sexo.
- Ignorancia de la realidad social del país, ya que muchas sentencias parecen aplicar criterios más del siglo XIX que de los tiempos actuales.

Tras este breve estudio, podemos afirmar con rotundidad que en España no se cumple el ordenamiento europeo en las sentencias que se dictan en estos casos. Se está vulnerando sistemáticamente la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (Diario Oficial n° C 303 de 14 diciembre 2007); el propio Tratado Constitutivo de la Unión Europea; el Tratado de Lisboa que sustituye a la malograda Constitución Europea, y el principio jurídico general de no discriminación (art. 14 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales).

Vamos a ir viendo, gracias a la mejor preparación de abogados/as de familia, un incremento sustancial de recursos de amparo a Tribunales Europeos en materia de Derecho de Familia, en los que el Estado Español será condenado una y otra vez a pagar sustanciosas cantidades económicas en concepto de indemnizaciones. Véanse los casos de Alemania, Chequia, Reino Unido, etc. Que fueron condenados sistemáticamente por estos motivos. Otros países han visto desaparecer demandas y recursos ante Tribunales Europeos, a raíz de legislar de forma sensata sobre la custodia compartida de los hijos.

Las sentencias que se han consultado han sido obtenidas tanto como del fondo CENDOJ del CGPJ como de la base de datos especializada de Derecho de Familia de la Editorial Lex Nova.

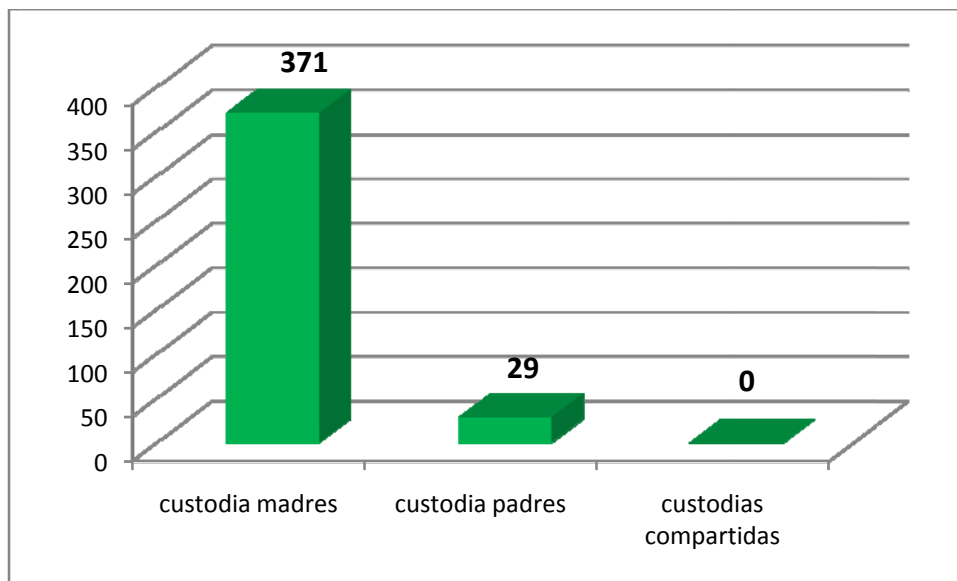
Las palabras clave del estudio han sido:

- Custodia
- Custodia compartida
- C. Alternativa, C. Conjunta
- Visitas
- Interés Superior del Menor (favor filii, bonus filii)

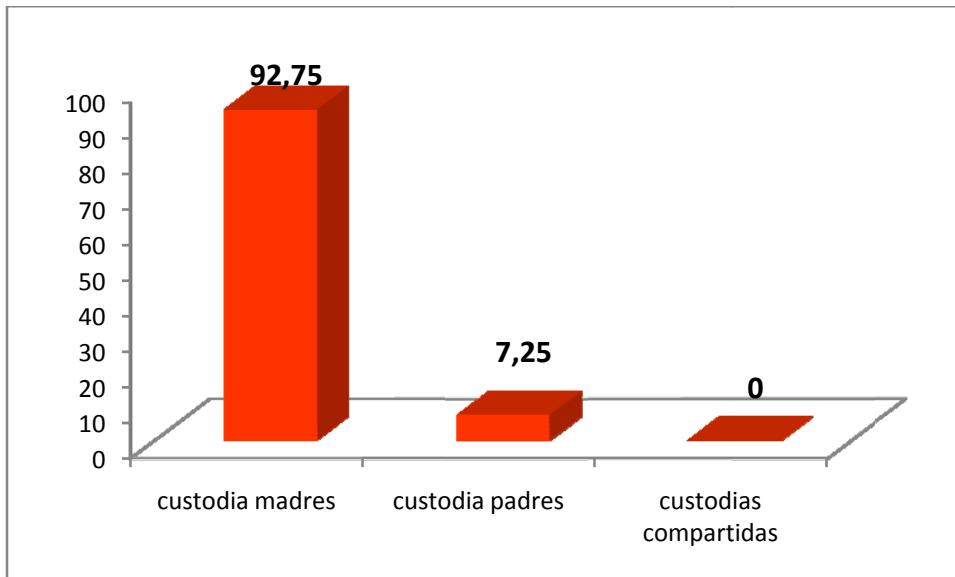
Las 400 sentencias estudiadas van desde los años 1999 a 2009, ambos inclusive.

Del estudio del Letrado Pérez Roldán (2008), buscamos coincidencias con este estudio. En comparación a aquel estudio, hubo diferencias poco significativas en los datos finales que no superaban el 3%.

Resultó que, efectivamente, un 92,75 % de las sentencias daban a las madres la custodia exclusiva de los hijos, siendo en un porcentaje del 62,53 % que no estaban ni siquiera motivadas, esto es, que se otorgaba la custodia sin más a las madres, sin explicación alguna. Este es el cuadro explicativo:



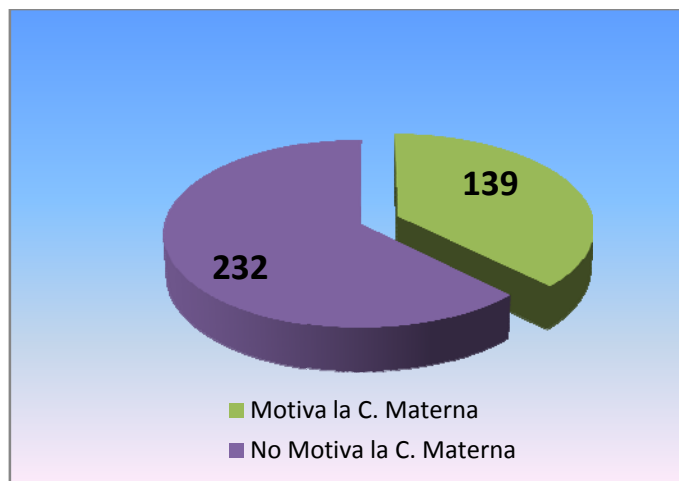
Veamos este cuadro por porcentajes para comprender mejor lo que ocurre:



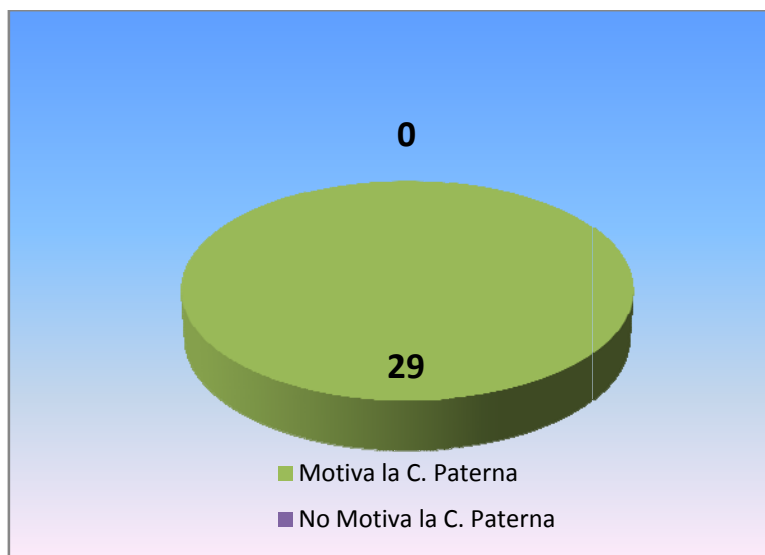
Los casos en que se otorga la custodia exclusiva al padre (7,25%), están basadas en motivos muy claros de excluir a la madre del cuidado de los hijos, por incapacidad, trastorno mental, adicción al alcohol o a las drogas, etc.

En el 92,75% de las familias, se otorgaba la custodia exclusiva a las madres, pero hay un 62,53% de padres que perdían la custodia sin más, y no se esgrimía ni existía razón alguna para excluir del cuidado de sus hijos a los mismos.

Veamos el cuadro explicativo partiendo de la base de que de los 371 casos en los que se otorga la custodia de los/as hijos/as en exclusiva a las madres, para comparar visualmente con aquellos casos en los que se motivo o no, la custodia a favor de los padres.



Veamos ahora el cuadro de las sentencias aplicadas a los padres:



Está más que claro que en el estado español es necesario motivar por qué se le otorga una custodia de los/as hijos/as a un padre y no a la madre, mientras que el otorgar la custodia a favor de una madre no necesita una justificación alguna en el 62,53 por ciento de los casos, en el caso de otorgar una custodia a un padre se debe motivar en el 100%.

Entendemos que tras esta forma de aplicar la ley, debe existir un modo de aplicar la ley o bien discriminatoria (de forma indirecta), o bien ideológica sexista-machista.

La discriminación indirecta, según la reciente LO sobre igualdad entre hombres y mujeres, el su art. 6,2 nos dice que" ***Se considera discriminación indirecta por razón de sexo la situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pone a personas de un sexo en desventaja particular con respecto a personas del otro, salvo que dicha disposición, criterio o práctica puedan justificarse objetivamente en atención a una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean necesarios y adecuados***".

Si partimos de esta base legal y con los datos obtenidos se puede afirmar que es práctica usual en las Audiencias Provinciales del Estado Español la vulneración de las siguientes leyes:

- Art. 14 de la CE 1978
- L.O. 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres
- Art. 20 de la Carta de derechos Fundamentales de la UE.
- Art. 2, 3 y 13 del Tratado de la CE.
- Art. 13 del Tratado de Ámsterdam (1999)
- Art. 8 y 14 del Convenio Europeo de Roma (1956).
- Art. 21, 23, 24 de la Declaración de Derechos Humanos de Niza (2000)
- Art. 9,3 la Convención sobre los derechos de la Infancia de la ONU (1989)
- Art. 14.1 y 23,4 del Pacto por los Derechos Civiles y Políticos (1966).
- Protocolo número 12 del Consejo de Europa.

Creemos que queda patente que se está haciendo una inaplicación de las leyes por parte de las Audiencias Provinciales del Estado Español en su conjunto.

Veamos ahora los motivos de rechazo a la custodia compartida en nuestro país, pese a estar regulada, aunque de forma muy deficiente ya que el art. 92 del Código Civil que la regula, no respeta el espíritu de la ley en que se basó, ya que basta comprobar la distinta idea que se saca de la custodia compartida comparando la letra del art. 92 con la propia exposición de motivos de la ley de 2005. Parecen como si hablaran de cosas distintas. No obstante, antes, con la ley de divorcio de 1981, aunque no estaba regulada la custodia compartida, si era más fácil para Juzgados de Primera Instancia regular la CC, ya que al existir una laguna legal y no tener carácter dispositivo, se podía acudir a la analogía y el Derecho Comparado para su establecimiento. Por ello, en este pequeño dictamen no sólo criticamos a falta de voluntad de magistrados/as de las Audiencia Provinciales a la hora de rechazar la custodia compartida, sino también la falta de voluntad de la clase política en legislar sobre la custodia compartida de una forma coherente y sensata.

El Gobierno que aprobó y propuso dicha modificación legislativa, se doblegó a intereses de grupo de presión política de tendencias radical-feminista-postmachistas del que tanto dependían para mantenerse en el poder el grupo socialista, y aprobaron una ley de custodia compartida muy deficiente.

Pero volvamos a los motivos de rechazo en las sentencias, al establecimiento de la Custodia Compartida, independientemente que dicho rechazo lo haya sido antes o después de la reforma de 2005.

Los principales motivos son:

1. La indebida aplicación de la ley del divorcio de 1981 inicial que articulaba por ley la custodia de los hijos menores de siete años siempre a favor de las madres.
2. Inexistencia prácticamente total de la aplicación del art. 92,8 del actual Código Civil.
3. Excesiva aplicación del párrafo 7 del art. 92 del Código, que se presume contrario a la constitución, por cuanto es discriminatorio (solo es aplicable al hombre) y porque presume la culpabilidad del hombre, porque se dice que basta que exista una denuncia para rechazar la petición de custodia compartida.
4. Rechazo a la custodia compartida por aceptación del padre de c. exclusiva anterior, esto es, como quiera que los hijos/as han estado desde antes de la demanda con la madre y ha pasado tanto tiempo hasta la sentencia definitiva ¿para qué cambiar las cosas ahora?
5. Premisa que como hay un pleito, por ello hay un conflicto en la pareja, y ello es obstáculo para la custodia compartida. Sólo este motivo, es suficiente como para decir rotundamente que en el Estado Español nunca se podrá otorgar una custodia compartida en juicios contenciosos. Buscando un símil, es tan fácil como decir que como nunca se podrá llegar a acuerdos sobre los fondos interterritoriales porque hay un conflicto preexistente, por ejemplo entre Catalunya y el Estado Español.
6. Premisa de que es necesario y obligatorio que ambos progenitores estén de acuerdo, ya que si uno de ellos no quiere, la custodia compartida es imposible. Es tan sexista esta motivación que aún no han pensado en el caso de la madre que pide la custodia compartida (porque se niega a la exclusiva) y el padre que no quiere la custodia, solo visitas. ¿qué haremos entonces?. Asimismo vulnera este argumento el art. 24 de la CE, ya que según esto, ningún ciudadano podrá pedir en un contencioso la custodia compartida, porque sabe de antemano que no se la otorgarán, ya que la decisión depende del otro progenitor (acepta o no la CC) y no de la decisión

de los jueces. Ósea, se está dando la razón jurídica a alguien que simplemente se opone a las pretensiones de la otra parte. Es como si dijéramos que toda reclamación de cantidad será rechazada, si la parte demandada se opone al pago de la deuda. De todas formas este argumento está ya resuelto por el TEDH que establece que esta motivación es del todo inaceptable.

7. Negativa a establecer la custodia compartida en base a las conclusiones de los equipos psicotécnicos adscritos a los Juzgados. Este punto es sumamente importante ya que se decide el futuro de unos ciudadanos/as en unas horas. Lo lógico es hacer como se hace en otros países, ambos progenitores siguen ostentando la custodia compartida de sus hijos, antes, durante y después del proceso judicial, y si un progenitor pone en tela de juicio la capacidad del otro, los tribunales someten a seguimientos periódicos a la familia en su conjunto y les ayudan a ir resolviendo desfases y problemas de adaptación a la nueva realidad de la familia. Esto sería lo sensato. En insensato e inaceptable que una ley establezca que debe haber un informe que "DECIDA" sobre la custodia compartida o sobre la custodia exclusiva de los hijos. No vamos a entrar a valorar la falta de metodología y de especialización de los/as profesionales que hacen estos informes, y de las múltiples denuncias que existen contra muchos de estos equipos en todo el Estado Español.
8. La aceptación por las Salas del informe desfavorable de la fiscalía contra la custodia compartida, pese a que este asunto está pendiente de ser resuelto por el TC. No es lógico que una sentencia se base en la decisión de la fiscalía, ya que son los jueces quienes deciden. Si se acepta que el informe de la fiscalía es lo que vale ¿para qué están los jueces en estos casos? En realidad la ley de 2005 convierte a los jueces en SIMPLES FEDATARIOS PUBLICOS (como en Cuba o la Federación Rusa), que dictan la sentencia que, ora le indica el equipo psicosocial, ora la fiscalía.
9. Aceptación de establecer una custodia compartida de facto (amplio régimen de visitas) pero negativa a reconocerla en sentencia. Se vislumbra cierto miedo y falta de preparación en las Salas a establecer sobre el papel la aceptación de la figura legal de la custodia compartida, ya que no saben cómo resolver el resto de cuestiones que llevan aparejada la c. compartida, como es el tema de que se hace con el uso de la vivienda en estos casos, o con las pensiones de alimentos. Nadie en el CGPJ, en la Escuela de Formación Permanente de Jueces y Magistrados, se le ha ocurrido darles ideas sobre ello en los cursos que reciben.
10. Hemos encontrado sentencias que basan su razonamiento en la negativa de los hijos/as a la Custodia Compartida. No se han buscado las razones y se ha confundido el interés superior del menor con opiniones de menores en situación de alto grado de estrés emocional. No se piensa que mañana el niño/a que tenga un problema en el cole con un profesor "se creará" con el poder de decidir que podrá dejar de ir al colegio o la escuela. Niños y niñas que aprenden a tener el control de la separación de sus padres y se convierten en alienadores de sus padres. Así lo indican distintos estudios realizados en EE.UU. y Canadá.
11. Hemos encontrado argumentos que interpretan que la custodia compartida es aplicable sólo a familias de determinado nivel social medio-alto, lo cual no deja de ser discriminatorio.
12. Se argumenta en muchas sentencias el famoso interés superior del menor como base para denegar la custodia compartida, y en un alto porcentaje ni siquiera se entra a explicar en qué consiste dicho interés superior del menor, sino que simplemente se relacionan una serie de artículos sin conexión

alguna, y se nombran leyes y Tratados Internacionales pero sin especificar en donde ponen en todas estas regulaciones que la custodia compartida es perjudicial para niños y niñas. Es como si hubieran recibido muchos/as magistrados/as del Estado Español unas instrucciones y se copian en todas las sentencias, ya que hemos visto el mismo texto copiado exactamente igual, y con el mismo error a la hora de referirse a una norma (ya derogada) en muchas sentencias de distintas provincias. Ósea, cortar y pegar de algún sitio, aunque sea con los mismos errores.

13. Terminando este análisis nos topamos con la famosa ley de violencia de género como motivo para denegar una custodia compartida, incluso en casos en los que "presunto hombre culpable" resultó inocente tras el juicio. El abuso de Derecho, el fraude de ley, etc. son como si no existieran en nuestro país. No ha una sola sentencia que considere a la madre (denunciadora en falso) incapacitada de educar a sus hijos, cuando ha quedado demostrado que comete fraude a los propios Tribunales de Justicia. Si además tenemos en cuenta que en la ley de violencia de género existe una presunción de culpabilidad del hombre pareja o ex pareja de la mujer que denuncia, y además existe la directriz por parte de la Fiscalía General del Estado de acusar aunque no haya indicios de malos tratos. Esto no ayuda a resolver los problemas, sino todo lo contrario.
14. Por último nos hemos encontrado un error legal en todas las sentencias, que deniegan la custodia compartida, cual es que ninguna tiene en cuenta que ambos progenitores poseen la custodia antes de la sentencia, y por ende, no basta con adjudicar la custodia exclusiva a uno de ellos (casi siempre la madre) sino que hay que establecer legalmente en el fallo y de forma expresa, porqué se le quita la custodia de los/as hijos/as a un progenitor en concreto, ya que afecta a derechos fundamentales y por ende susceptible de recurso de amparo. No debemos olvidar que desde el 2005 está regulada la obligación de compartir el cuidado de los hijos a los progenitores, en cuanto cónyuges (art. 68 Código Civil) y en cuanto progenitores.

Veamos las pocas sentencias que hay a favor de la Custodia Compartida, y son estas las que hemos encontrado, después de buscar bastante:

SAP de Barcelona de fecha 20 de febrero de 2007, Aranzadi JUR 2007\101427

SAP Valencia, Sec. 10.^a, Sentencia de 8 de septiembre de 2008.

SAP de Córdoba de 24 de abril de 2006, Aranzadi JUR 2006\230967

SAP de Madrid de 31 de octubre de 2006, Aranzadi JUR 2007\61611

SAP de Las Palmas de 15 de abril de 2004. El Derecho EDJ 2004\22706

SAP de Barcelona de 22 de julio de 2004. Aranzadi JUR 2004\217508

SAP de Baleares de 17 de septiembre de 2004. El Derecho EDJ 2004\1584

SAP de Castellón de 14 de octubre de 2003. El Derecho EDJ 2003\145843

SAP de Girona de 25 de febrero de 2001. Aranzadi AC 2001\1827

SAP de Valencia de 22 de abril de 1999. El Derecho 1999/25565

SAP de Baleares de 19 de abril de 1999. Aranzadi AC 1999/4858

SAP de Las Palmas de 15 de marzo de 1999. Aranzadi AC 1999\4921

SAP de Alicante de 7 de julio de 1997. Aranzadi AC 1997/1591

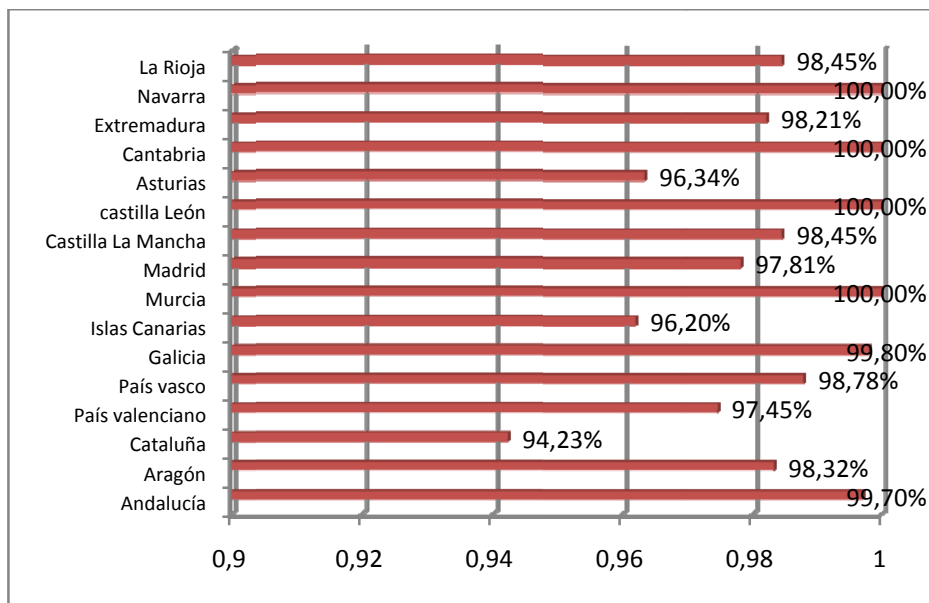
En cuanto a la Custodia compartida; solo hemos encontrado una (ya existen otras posteriores basadas en esta misma) que manifiesta y recoge que las ventajas son muy superiores a los inconvenientes, y es de Barcelona:

SAP de Barcelona de fecha 20 de febrero de 2007, Aranzadi JUR 2007\101427

Las sentencias con fechas más actuales, aún no están disponibles en bases de datos, pero seguimos asistiendo a la presencia de sentencias con argumentos indignos para la modernidad que se le supone a este país.

Por último vamos a dar un porcentaje por Comunidades Autónomas, a saber:

Porcentaje de sentencias que niegan la custodia compartida:



Estos datos, aunque muy parciales, ya que hay Comunidades que sólo consta con una sentencias y otras con muchas mas que las demás, como son Madrid y Cataluña, pero nos deja patente que en todos los casos se ronda el 96% de media en denegaciones de establecimiento de custodia compartida, lo cual nos hace pensar muy mucho si realmente estamos los ciudadanos/as, en el Esatdo Español, en buenas manos, referidos por supuesto a quien dirimen las disputas familiares cuando hay hijos/as. Los datos hablan por si mismos, y dan una respuesta intrínseca a mi retórica pregunta.

EPILOGO AL ESTUDIO

Para reflexionar un poco sobre todo esto, termino haciéndome las siguientes preguntas:

¿Hasta cuándo jueces y magistrados no se darán cuenta que quienes tienen derecho a la custodia compartida son los niños y las niñas de los padres/madres separados/as y no éstos?

¿Hasta cuándo vamos a seguir creando familias infelices y niños y niñas que crecerán huérfanos e infelices en vida?

No debemos olvidar que todo el mundo se queja actualmente de lo que está pasando:

- | | | |
|--------------|------------|----------|
| ➤ Padres | Madres | Hijos/as |
| ➤ Abuelos/as | Primos/as | Tíos/as |
| ➤ Amigos/as | Jueces/zas | Fiscales |

Está claro que en la mayoría de los casos de separación y/o divorcios, las cosas se están haciendo mal no sólo desde las Audiencias Provinciales, sino desde la propia abogacía, desde la política, etc. En todos estos casos no se está dando respuesta a los problemas que tienen miles de personas (padres, madres, abuelos/as, niños y niñas, etc.) en nuestro país, cuando se afronta el problema social del divorcio, y ya es hora de que hagamos algo. Una ley de mediación nacida muerta desde su aprobación como anteproyecto de ley, no es la solución, la solución es legislar y aprobar de una vez la Custodia Compartida por defecto, salvo casos excepcionales.

José Luis Sariego Morillo
Abogado de Familia y Gestor de Conflictos Familiares
Sevilla febrero 2010