

Altamira Gonzalo Valgañón
Abogada
Socia de la Asociación de
Mujeres Juristas Themis

La custodia compartida impuesta

La custodia compartida de los descendientes menores de edad en caso de ruptura de la familia no responde a una demanda mayoritaria de la sociedad en nuestro país. La custodia compartida en estos casos está siendo impulsada en todo el mundo por el contramovimiento neomachista de las asociaciones de padres separados, amparada en la ideología del pretendido Síndrome de Alienación Parental, teoría desacreditada por la comunidad científica. En estas asociaciones, muy minoritarias, a veces se esconden hombres condenados por malos tratos. En Aragón la Ley, recientemente aprobada, fue impulsada por la Asociación de Padres Separados "Aragoneses en Acción".

La custodia compartida impuesta es un arma para dificultar el divorcio. Para conseguir reducir la pensión de alimentos. Para conseguir vender el domicilio familiar. La mujer cederá en todo con tal de proteger a sus hijos e hijas, lo que agravará su empobrecimiento económico. Es un arma igualmente para mantener el control sobre la mujer tras el divorcio.

Según afirma la Asociación Americana de Psicología "existe el doble de posibilidades que un maltratador o abusador sexual solicite la custodia compartida que un padre no violento".

Las leyes de custodia compartida, aprobadas hasta la fecha, se basan en la conjugación de dos derechos: el de los hijos e hijas a relacionarse con ambos progenitores y el derecho de éstos a la igualdad en la ruptura de las relaciones familiares. Así, dice por ejemplo la *Ley de Aragón* que la custodia compartida tiene como finalidad *garantizar a ambos*

**La custodia
 compartida
 impuesta es un
 arma igualmente
 para mantener el
 control sobre la
 mujer tras el
 divorcio**

Si se quisiera implantar la igualdad en la relación de pareja se acordarían permisos de paternidad obligatorios de la misma duración que los de maternidad

progenitores el ejercicio de sus derechos y obligaciones en situación de igualdad.

Es de conocimiento público que la situación de mujeres y hombres en nuestra sociedad, y en concreto, en la pareja durante la convivencia dista mucho de ser igualitaria. El tratamiento de las situaciones desiguales para erradicar la desigualdad, según reiterada y pacífica doctrina del Tribunal Constitucional, requiere tratar de manera desigual a los desiguales y no de manera igual, como hacen estas leyes, conculcando abiertamente esta doctrina y el artículo 14 de la Constitución.

Dada la constatada situación de desigualdad mujer-hombre en las relaciones de pareja, desigualdad que se evidencia con el análisis de múltiples datos, uno de los más elocuentes, a mi parecer, son las cifras publicadas por el Ministerio de Trabajo sobre reconocimiento de excedencias por cuidado de hijos e hijas y de familiares dependientes, que para los últimos años publicados son las siguientes:

	Total excedencias	Mujeres	Hombres	% Hombres
* Año 2007	34.816	33.335	1.481	4%
* Año 2008	37.771	36.300	1.471	3,9%
* Año 2009	33.942	32.549	1.393	4%

Podemos concluir que más del 95% de las excedencias para cuidado de hijos e hijas y familiares dependientes son tomadas por las mujeres. Todo ello supone una merma de sus ingresos de presente y de futuro, por la repercusión que tiene también en el importe de las pensiones.

Pues bien. Dada esta situación, no se comprende bien cómo no preocupa, más

que la custodia compartida, que afectará como mucho a un 25% de las familias, que es el porcentaje actual de ruptura en nuestro país, que haya más mujeres paradas que hombres; que haya un millón y medio de trabajadoras a tiempo parcial, que exista una brecha salarial mujer-hombre del 25%, todo lo que hace que haya una cifra muy elevada de mujeres, varios millones más que hombres, que no tienen ingresos suficientes para vivir de manera independiente.

Tampoco se comprende bien que en España se mantenga un marco legislativo que empuja a las mujeres a la dependencia económica y a los hombres al alejamiento del cuidado de los hijos e hijas. Ante el nacimiento de descendientes la legislación de Seguridad Social sólo da a los padres 2 semanas, mientras que la madre tiene 16 semanas, lo que significa atribuir roles de género desde la propia legislación.

Si de verdad desde el poder se quisiera implantar la igualdad en la relación de pareja, se acordarían permisos de paternidad obligatorios de la misma duración que los de maternidad (y no se congelaría como se ha hecho la fecha de ampliación del permiso de paternidad prevista en la Ley de Igualdad). Y da la casualidad, que no debemos pasar por alto, de que entre las asociaciones que demandan la regulación de la custodia compartida *ninguna* promueve esas reformas que propiciarían más igualdad en la pareja cuando aún se está a tiempo y ninguna de esas asociaciones impulsoras de la custodia compartida luchó por la implantación del permiso de paternidad, como hicimos las asociaciones feministas.

Leyes que regulan la custodia compartida de hijos e hijas

El **Código Civil**, en el **artículo 92.8** reformado por *Ley 15/2005, de 8 de julio*, contempla la posibilidad de que el Juez, a instancia de una de las partes, pueda excepcionalmente acordar la custodia compartida, si considera que de esa manera se protege el interés del o la menor y si cuenta con el informe favorable del Ministerio Fiscal. Además, cuatro Comunidades Autónomas con competencias en materia de Derecho Civil han legislado en el último año sobre la materia.

La primera de estas leyes autonómicas fue la *Ley 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres, de Aragón*. Tras la publicación del Código de Derecho Foral de Aragón, la Ley 2/2010 se ha integrado en el Libro I, Sección Tercera, artículos 75 y siguientes del mismo, aprobado por Decreto legislativo 1/2011, de 22 de marzo, de la Comunidad de Aragón, por el que se aprueba el Texto Refundido de las leyes civiles aragonesas.

Esta ley de custodia compartida en Aragón fue propuesta por el Partido Aragonés Regionalista y obtuvo los votos favorables del PP y del PSOE y fue, como se indica anteriormente, una iniciativa de Padres Aragoneses en Acción.

La ley regula la guarda y custodia, la atribución del uso del domicilio familiar, la pensión de alimentos y la asignación compensatoria.

Cuando exista acuerdo en los efectos de la ruptura, los progenitores deberán

presentar al Juez un *Pacto de Relaciones Familiares*, cuyo contenido es similar al de convenio regulador del artículo 90 del Código Civil.

A falta de acuerdo de los progenitores, establece que el Juez adoptará de forma preferente la custodia compartida en interés de los hijos menores, salvo que la custodia individual sea más conveniente.

Los progenitores deberán presentar al Juez un Plan de Relaciones Familiares y el Juez deberá tener en cuenta, además de este Plan, la edad de los hijos, el arraigo social y familiar; su opinión, la aptitud y voluntad de los progenitores para asegurar su estabilidad, las posibilidades de conciliación de la vida laboral y familiar y cualquier otra circunstancia de especial relevancia para el régimen de convivencia.

El artículo 76 del Código establece que toda decisión, resolución y medida que se afecte a los hijos e hijas menores de edad, se adoptará siempre en atención al beneficio e interés de los y las menores. Pero el artículo 80.2 ya establece que la custodia compartida es el interés de los menores, salvo prueba en contrario. Con lo cual habrá que demostrar, en su caso que la misma resulta perjudicial para los hijos e hijas.

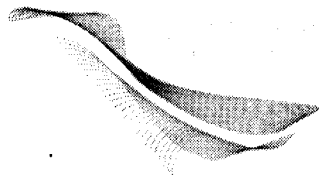
El uso del domicilio familiar deja de estar vinculado a los menores de edad y el Juez lo atribuirá al progenitor que por razones objetivas tenga más dificultad de acceso a una vivienda. Y en su defecto, se decidirá por el Juez el destino de la vivienda en función del mejor interés para las relaciones familiares, incluida en su caso la venta. Concepto éste que

deberá ser desarrollado jurisprudencialmente.

En relación con los *gastos de los hijos e hijas* hay que señalar que ya no se tiene en cuenta, como aportación económica, los cuidados y desvelos del progenitor que los tenga con él o ella, sino que se fijarán en proporción a los recursos económicos de cada progenitor.

La Ley aragonesa crea la "**asignación compensatoria**", que viene a sustituir a la pensión compensatoria del artículo 97 Cc. cuyos requisitos prácticamente son coincidentes. La novedad es que como la ley aragonesa es de aplicación a todas las parejas con hijos a cargo que se separen, esta pensión se aplica de igual manera a uniones matrimoniales que a las parejas estables no casadas o a las uniones de hecho.

La Ley 2/2010 entró en vigor el día 8 de septiembre de 2010. Dado que la Disposición Transitoria prevé el plazo de un año para solicitar la custodia compartida en aquellas parejas ya separadas, sin que se comprenda bien por qué no se podrá plantear la modificación pasado ese plazo, han existido abundantes demandas que han colapsado los Juzgados, de manera que unos juzgados que funcionaban razonablemente bien, han pasado a funcionar mal, con el consiguiente perjuicio para los justiciables.



La siguiente ley que se aprobó fue la **Ley 25/2010, de 29 de julio, del Libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia.**

Esta ley, que entró en vigor el 1 de enero de 2011, regula la custodia de manera bien diferente a como se hizo en Aragón y ello a pesar o porque en Cataluña hacía muchos años que discutían sobre esta cuestión.

Cuando existe acuerdo entre las partes, deben viabilizarlo a través de un **Plan de Parentalidad** que, al igual que el Pacto de Relaciones Familiares de Aragón, responde a similares requisitos que el artículo 90 Código Civil establece para el convenio regulador.

El artículo 233.10 dispone que la autoridad judicial, si no existe acuerdo, debe determinar la forma de ejercer la guarda, ateniéndose al carácter conjunto de las responsabilidades parentales. Sin embargo, la autoridad judicial puede disponer que la guarda se ejerza de modo individual si conviene más al interés del hijo/hija.

No existe por tanto preferencia ni generalidad, sino lo que hasta la fecha ha venido haciéndose siempre en favor *filiis*: examinar en cada caso concreto en qué consiste el beneficio de los hijos e hijas menores de edad.

Uno de los criterios que a tenor del Preámbulo de la Ley deben tenerse en cuenta para determinar la guarda individual es la vinculación especial e los hijos con uno de los progenitores y la dedicación a los hijos que la madre o el padre hayan tenido antes de la ruptura.

Se introduce como norma que la ruptura no altera las responsabilidades con los hijos. En consecuencia estas responsabilidades mantienen después de la ruptura el carácter compartido y corresponde a la autoridad judicial determinar, si no hay acuerdo, cómo deben ejercerse y en particular la guarda de los y las menores, atendiendo siempre a su interés, sin preferencias.

La Exposición de Motivos dice también que en el contenido de la Ley se ha tenido en cuenta que el papel de la madre es cualitativamente más necesario para los menores que el del padre cuando las dinámicas familiares han sido construidas sobre modelos tradicionales. Y alerta que las relaciones familiares en nuestro país tienen aún un alto grado de machismo.

La Ley Foral 3/2011, de 17 de marzo, sobre custodia de los hijos en los casos de ruptura de la convivencia de los padres, fue aprobada en la Comunidad de Navarra.

Esta Ley, propuesta por IU con el mismo o similar contenido que tiene la ley aragonesa, fue finalmente aprobada con un contenido bien diferente. Regula exclusivamente la custodia en caso de ruptura de convivencia de los padres.

El artículo 3.2 dispone que en el caso de que la solicitud de custodia se realice por uno sólo de los progenitores *"el Juez podrá acordar la guarda y custodia compartida o la custodia individual, oído el Ministerio fiscal y previos los dictámenes y audiencias que estime necesarios recabar, cuando así convenga a los intereses de los hijos."* No existe, por tanto, preferencia por

ningún sistema de custodia y sí la necesidad de analizar en cada caso concreto qué representa el interés de los menores.

Dispone también esta Ley que en cualquier caso la decisión judicial conciliará, siempre que sea posible, todos los intereses en juego, considerando como *prioritarios* los intereses de los hijos menores o incapacitados y asegurando la igualdad de los padres en sus relaciones con los hijos en todo lo que vaya en beneficio de éstos.

Comunidad Valenciana: **Ley 5/2011, de 1 de abril, de relaciones de los hijos e hijas cuyos progenitores conviven.**

Los acuerdos de los progenitores se instrumentalizan a través de un **Pacto de Convivencia Familiar.**

En el caso de desacuerdo, el artículo 5 dispone que *"como regla general atribuirá (el Juez) a ambos progenitores, de manera compartida, el régimen de convivencia de los hijos e hijas menores de edad, sin que sea obstáculo para ello la oposición de uno de los progenitores o las malas relaciones entre ellos"*.

Se llama la atención acerca de esto último, pues la custodia compartida obliga a tener una mayor comunicación entre los progenitores y la existencia de mala relación entre ellos, supone un mal pronóstico del que saldrán sin ninguna duda perjudicados los hijos.

Este mismo artículo en su apartado 3.a) prevé especialidades para la custodia compartida de menores lactantes! Por tanto, se implanta de manera general la custodia compartida.

También introduce novedades esta Ley en materia de uso del domicilio familiar. Cuando el no usuario del mismo sea el titular o el cotitular del inmueble podrá considerarse su aportación *en todo o en parte* como contribución a los gastos ordinarios de los hijos, es decir, como pensión de alimentos, lo que supone pagar por el uso de la vivienda.

Previsiones legales en caso de violencia familiar

El artículo 92.7 del Código Civil dispone que no procederá la guarda conjunta cuando cualquiera de los padres esté incurso en un procedimiento 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 las pruebas practicadas la existencia de indicios fundados de violencia doméstica.

Iguales o similares prevenciones contienen las leyes analizadas, con matices en la ley valenciana, artículo 5.6, que dispone que no procederá la custodia compartida en caso de existencia de violencia de género, siempre y cuando la aplicación del régimen de convivencia pudiera suponer riesgo objetivo para los hijos e hijas o para el otro progenitor.

La Disposición Adicional 4ª de la Ley de Aragón prevé que en el caso de sentencia absolutoria firme, se revisará la atribución de la guarda y custodia.

La *Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género* prevé en su artículo 65 la posibilidad de suspender la patria potestad y la custodia y el artículo 66 dispone que el Juez podrá acordar la suspensión de las visitas del inculpaado.

El problema está en que con mucho grado de generalidad, la violencia de género no se denuncia, y, al no existir causas de separación ni de divorcio, no se alega, dándose además la circunstancia de que el maltratador suele ofrecer una imagen de padre amistoso o amigable, favorecedor de la relación de los hijos con la madre, lo que puede hacerle acreedor de custodia compartida.

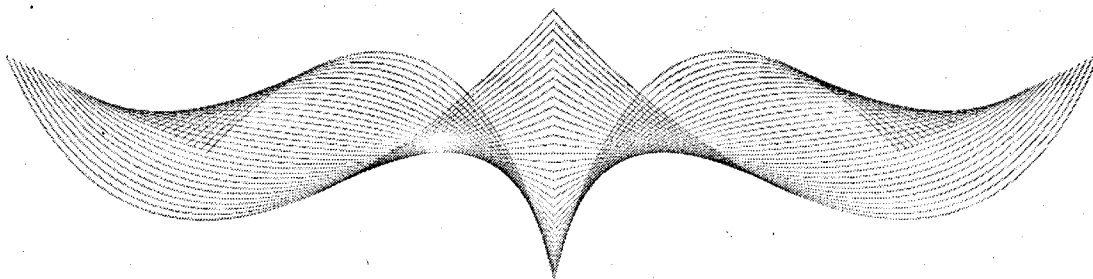
Las leyes analizadas se han apartado de la jurisprudencia del Tribunal Supremo existente hasta la fecha sobre la custodia compartida. Así, en la sentencia de 11 de marzo de 2010 con cita de la de 8 de octubre de 2009, se afirma: *"Del estudio del derecho comparado se llega a la conclusión que se están utilizando criterios tales como la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales; el resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada en una convivencia que forzosamente deberá ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven."*

Ni la dedicación anterior a la ruptura ni la existencia de buenas relaciones o respeto entre los progenitores se cuentan entre los criterios o requisitos o incluso se excluyen, en estas leyes autonómicas.

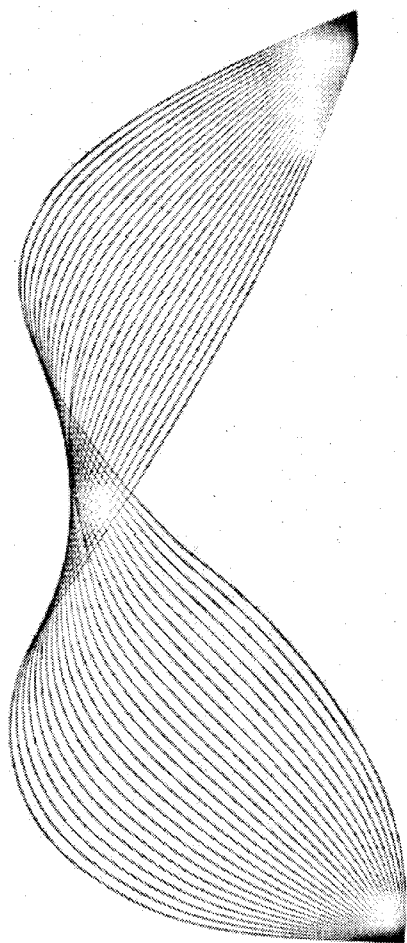
Las leyes analizadas, fundamentalmente la aragonesa y la valenciana, suponen modificar profundamente los artículos 92 y 96 del Código Civil para esas Comunidades, y, a juicio de la Asociación de Mujeres Juristas Themis pueden ser inconstitucionales. Porque conforme al artículo 149. 1º 8ª de la Constitución española creemos que no es competencia de las Comunidades Autónomas modificar el Código Civil. Tienen competencia para revisar, desarrollar y modificar, pero no para crear ex novo, que es lo que hacen estas leyes. Probablemente también conculquen el artículo 149. 1, 1ª de la Constitución, ya que atenta al principio de competencia estatal en la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de sus derechos

Las leyes autonómicas que regulan la custodia compartida se han apartado de la jurisprudencia del Tribunal Supremo existente hasta la fecha

y en el cumplimiento de sus deberes. Pudiera ocurrir que en Aragón se legisle la custodia compartida como preferente y en otra comunidad se haga como excluyente. Y creemos, también, que la



**La custodia
compartida impuesta
puede suponer un
maltrato institucional
para los y las
menores que se vean
obligados a vivir en
una ambiente
conflictivo**



custodia compartida impuesta puede suponer un maltrato institucional para los y las menores que se vean obligados a vivir en un ambiente conflictivo como consecuencia de una custodia compartida no deseada y ello puede atentar al artículo 14 en relación con los artículos 10 y 39 de la Constitución.

La Ley de Aragón ha dado lugar a una importante litigiosidad y ha colapsado el funcionamiento de los Juzgados de Familia donde los hay y, donde no los hay, se han retrasado notablemente todos los asuntos de familia.

La Asociación de Mujeres Juristas Themis cuando se aprobó la Ley 2/2010 de Aragón trató de que la Defensoría del Pueblo interpusiera recurso de inconstitucionalidad. No lo conseguimos, a pesar del trabajo que se hizo para ello. Esperamos que ahora, una vez entrada en vigor la Ley valenciana, quien tiene legitimación para interponer recurso de inconstitucionalidad, lo haga y podamos tener un pronunciamiento del Tribunal Constitucional acerca de la adecuación o no de estas leyes a la Constitución.