

**ESTUDIO DE LA
JURISPRUDENCIA DE LAS
SECCIONES 22 Y 24 DE LA
AUDIENCIA PROVINCIAL DE
MADRID
(Derecho de Familia)**

*Javier M^a Pérez-Roldán y Suanzes-Carpegna
Colg. ICAM 66950*

INTRODUCCIÓN GENERAL

El presente informe consiste en un estudio detallado de las últimas sentencias de las Secciones 22 y 24 de la Audiencia Provincial que tratan sobre la guardia y custodia de menores en procesos de separación, divorcio, nulidad y relaciones paterno filiales.

Para su análisis se ha contado con la participación de 6 juristas, expertos civilistas y procesalistas, que han asesorado al firmante, que es quien ha dado unidad al estudio.

El objeto del mismo era indagar en las razones que impiden a los letrados ejercientes en Madrid la debida defensa de sus clientes, cuando son varones, en este tipo de procedimientos, pues la experiencia cotidiana es la falta de admisión de las tesis sostenidas en nuestras demandas y contestaciones. Es más, es comentario común en muchos compañeros de profesión la dificultad para defender a los hombres en estos procedimientos. Por eso, preocupado por cierto sesgo tendencioso en las resoluciones judiciales, hubo que emprender un estudio detallado de las actuaciones judiciales. El estudio no se pudo realizar, como era de desear, sobre la actuación de los Juzgados de Primera Instancia, y ello por no tener acceso a sus sentencias, por lo que se limitó a los asuntos de los que conoce, por vía de recurso, la Audiencia Provincial.

El presente estudio, aún muy esquemático, pues no va acompañado de unas conclusiones ordenadas y sistematizadas, que se harán en breve, deja al descubierto aspectos que conviene destacar, como pudiera ser ciertas resoluciones que pudiera ser constitutivas de imprudencia grave o ignorancia inexcusable del derecho (por confusión de instituciones jurídicas que no puede ignorar una sección especializada), o incluso cierto sesgo discriminatorio por razón sexual. Estos aspectos se comentan ahora de manera tangencial, pues deben ser objeto de un análisis más detallado. Estimamos, además, que estas conclusiones pueden ser de interés social, mediático e incluso legal, por las posibles implicaciones a la hora de formalizar recusaciones o solicitar abstenciones.

Estimamos, que el estudio deja en evidencia que en España no se cumple el ordenamiento europeo, aplicable incluso en contra del propio ordenamiento español. Así los artículos 3.1, 6, 7, 20, 21, 23, 24, 33 y 47 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (Diario Oficial nº C 303 de 14 diciembre 2007); los artículos 2 y 3 del Tratado Constitutivo de la Unión 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) . Por ello, en derecho de fa-

milia estamos en una situación que pudiera calificarse de irregular y que permitiría, incluso, acudir a Europa en busca de amparo. Un elemento clave, que apoya nuestras tesis, es el llamado informe Arce (*Razonamientos Judiciales en Procesos de separación*) que hace un minucioso estudio sobre el sentido de las Sentencias y su fundamentación en lo referente a la tendencia de los Juzgados españoles a otorgar la guarda y custodia de los hijos a un progenitor u otro.

Para la realización del estudio, los autores partieron de una muestra de 1.000 sentencias civiles datadas entre 1993 y 1999 y que tenían por objeto una separación o divorcio y en las que se dirimían asuntos relativos a la guarda y custodia de los hijos comunes. Las sentencias fueron obtenidas al azar del banco de datos de todo el territorio nacional del CENDOJ, organismo dependiente del Consejo General del Poder Judicial. Pues bien, un análisis detenido de estas Sentencias llevó a la conclusión de que en el 91,56 % de los casos, la guarda y custodia fue asignada a la madre y sólo en el 8,44 % de los casos fue asignada al padre. Lo más sorprendente, además, es que un análisis de contenido sistemático de las sentencias mostró que el 57,3% no estaban motivadas en criterio alguno; los criterios de motivación no siempre eran válidos; los criterios de decisión no eran consistentes intergénero del padre custodio; la custodia al padre se derivaba, en buena medida, de un criterio de exclusión de la madre; no se seguía un proceso de verificación de la decisión; el procesamiento de la información se «orientaba a la tarea» y a «la exclusión de la información» contraria a la decisión alcanzada. Es decir: la custodia se concede a la madre en más del 90 % de los casos porque sí, sin justificación alguna, por la inercia de una antigua concepción, hoy superada, de que los hijos son de la madre.

Al respecto, hay que indicar que **el principio de igualdad es un Principio General del derecho comunitario**.

El TJE ha creado una jurisprudencia que supedita el ejercicio de la competencia comunitaria al requisito del respeto a los “principios generales” del Derecho comunitario, lo cual tiene implicaciones para la igualdad y la discriminación de varias formas importantes.

A pesar de que numerosas disposiciones del Tratado “establecen el principio de igualdad de trato con respecto a asuntos específicos”, el Tribunal de Justicia ha mantenido que el principio de igualdad es uno de los principios generales del Derecho comunitario. El Tribunal de Justicia ha reconocido, por ejemplo, que **el principio de que todos somos iguales ante la ley es un principio básico del Derecho comunitario** [Asunto 283/83 Racke, Recopilación 1984, 3791; Asunto 15/95 EARL, Recopilación 1997, I-1961; Asunto 292/97, Karlson (13 de abril de 2000)].

Por otra parte, la protección de los derechos fundamentales es uno de los principios generales del Derecho comunitario. Las exigencias derivadas

de la protección de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico comunitario son vinculantes para las instituciones comunitarias. También son vinculantes para los Estados Miembros cuando aplican las normas comunitarias [Asunto C-442/00, *Caballero v Fondo de Garantía Salarial (Fogasa)*, Recopilación 2003, 115 en el párrafo 30] Los “derechos fundamentales” identificados por el TJE proceden de las tradiciones constitucionales de los Estados Miembros y, en particular, del *Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales*. Entre los derechos fundamentales protegidos por el Tribunal de Justicia, éste ha identificado aspectos particulares de la igualdad. Dichos aspectos incluyen la igualdad religiosa [Asunto 130/75, *Prais v Consejo*, Recopilación 1976, 1589] y la prohibición de discriminación por razón de sexo [*Defrenne v Sabena*, C-149/77, Recopilación 1978, I-1365 at paras 26, 27]. Con un carácter más amplio, el Tribunal ha afirmado que los derechos fundamentales “incluyen el principio general de igualdad y no discriminación.” [Asunto C-442/00, *Caballero v Fondo de Garantía Salarial (Fogasa)*, Recopilación 2003, 115, párrafo. 32].

Del mismo modo, entendemos que **es aplicable la doctrina jurisprudencial de la discriminación indirecta.**

La discriminación indirecta ha recibido un tratamiento detallado en materia laboral, por lo que quizá nada mejor, para poder desarrollar esta discriminación, que hacer una breve exposición.

El TJCE [TJCE, sentencia de fecha 31.3.1981, asunto 96/80 (Jenkins)] se abocó por primera vez en el año 1981 al conocimiento de un asunto que reúne los típicos elementos de un caso de discriminación laboral indirecta. A partir de ese momento la jurisprudencia constante y uniforme del TJCE [Entre las más importantes, por haber permitido configurar jurisprudencialmente el instituto de la discriminación laboral indirecta, destacan las siguientes sentencias del TJCE: de fecha 13.5.1986, asunto 170/84 (Bilka-Kaufhof); de fecha 1.7.1986, asunto 237/85 (Rummler); de fecha 13.7.1989, asunto 171/88 (Rinner-Kühn); de fecha 17.10.1989, asunto 109/88 (Danfoss); de fecha 27.6.1990, asunto C-33/89 (Kowalska); de fecha 7.2.1991, asunto C-184/89 (Nimz); de fecha 4.6.1992, asunto C-360/90 (Bötel); de fecha 27.10.1993, asunto C-127/92 (Enderby)] ha establecido que, en términos generales, se está frente a un caso de discriminación indirecta cuando una disposición o regla formulada neutralmente, esto es, sin referencia a un sexo determinado, en los hechos genera un trato esencialmente menos favorable para trabajadores de un cierto sexo, sin que aquel trato menos favorable pueda explicarse por razones o circunstancias que no digan relación con una discriminación por motivos de sexo.

Por otra parte, atendido el hecho de que a nivel comunitario cerca del 90% de los trabajadores a tiempo parcial son mujeres, el TJCE estableció la existencia de discriminación por ciertas medidas dirigidas contra los

trabajadores a tiempo parcial (y que por tanto en un 10 % eran aplicables a hombres)

Así pues, la actuación, en concreto, de la Audiencia Provincial, en sus dos secciones dichas, crea una discriminación indirecta por motivos sexuales, que se concreta en la existencia de normas **(y de aplicación judicial de normas)** de derecho interno contrarias al derecho comunitario, violando el espíritu de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE promulgada en 2000, y en concreto el capítulo titulado Igualdad, y más en concreto el artículo 20, pues prohíbe toda discriminación, entre otros motivos, por razón de sexo; los artículos 2, 3 (2) y 13 del Tratado de la CE, que establece el objetivo de la promoción de la igualdad entre hombres y mujeres; el artículo 13 del Tratado de Ámsterdam; los artículos 8 y 14 del Convenio Europeo de Roma de 4 de Noviembre de 1950; la Declaración de Derechos Humanos de Niza de 2000, en sus artículos II-21, II-23 y II-24; la Convención sobre los derechos del niño de 20 de noviembre de 1989, en su artículo 9.3; el Pacto por los Derechos Civiles y Políticos de 1966 en sus artículos 14.1 y 23.4; y el Protocolo nº 12 del Consejo de Europa.

Hay que recordar que no sólo el artículo 3 del TCE establece como objetivo de la Unión Europea la igualdad en todos los ámbitos entre el hombre y la mujer, sino también el artículo 13 y las disposiciones sociales del mismo, han supuesto una revolución para la igualdad debiendo muchos Estados miembros modificar sus legislaciones y sus prácticas judiciales, cual fue el caso español en cuanto a incorporar (objetivar) la igualdad entre hombre y mujer en la letra de la ley, en el Estatuto de los Trabajadores con respecto a niveles salariales y derecho de baja por paternidad en igualdad de condiciones con la mujer. En casos anteriores las resoluciones del Tribunal de Luxemburgo han dado lugar a la obligatoriedad de la revisión normativa en los estados miembros de la Unión Europea de forma que se ha incorporado en el texto legislativo la igualdad entre hombre y mujer para que no se vulnerara el principio de igualdad y de no discriminación, principio general que también rige en nuestro ordenamiento jurídico.

Por ello se puede decir que la Jurisprudencia de la Audiencia Provincial de Madrid no responde a la actual legislación europea y española que establece el principio de igualdad entre mujer y hombre. Como detalle de esta legislación y recomendaciones conviene señalar varios hitos:

- **Ley Órgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.** En su Exposición de Motivos establece lo siguiente: « I

El artículo 14 de la Constitución española proclama el derecho a la igualdad y a la no discriminación por razón de sexo. Por su parte, el artículo 9.2 consagra la

obligación de los poderes públicos de promover las condiciones para que la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas.

La igualdad entre mujeres y hombres es un principio jurídico universal reconocido en diversos textos internacionales sobre derechos humanos, entre los que destaca la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas en diciembre de 1979 y ratificada por España en 1983. En este mismo ámbito procede evocar los avances introducidos por conferencias mundiales monográficas, como la de Nairobi de 1985 y Beijing de 1995.

La igualdad es, asimismo, un principio fundamental en la Unión Europea. Desde la entrada en vigor del Tratado de Amsterdam, el 1 de mayo de 1999, la igualdad entre mujeres y hombres y la eliminación de las desigualdades entre unas y otros son un objetivo que debe integrarse en todas las políticas y acciones de la Unión y de sus miembros.

II

[...]

Resulta necesaria, en efecto, una acción normativa dirigida a combatir todas las manifestaciones aún subsistentes de discriminación, directa o indirecta, por razón de sexo y a promover la igualdad real entre mujeres y hombres, **con remoción de los obstáculos y estereotipos sociales que impiden alcanzarla**. Esta exigencia se deriva de nuestro ordenamiento constitucional e integra un genuino derecho de las mujeres, pero es a la vez un elemento de enriquecimiento de la propia sociedad española, que contribuirá al desarrollo económico y al aumento del empleo.

[...]

III

[...]

De ahí la consideración de la dimensión transversal de la igualdad, seña de identidad del moderno derecho antidiscriminatorio, como principio fundamental del presente texto.

[...]

De este modo, **la Ley nace con la vocación de erigirse en la ley-código de la igualdad entre mujeres y hombres.**

[...]

Se dirige, en este sentido, a todos los poderes públicos [INCLUIDO EL JUDICIAL, DECIMOS NOSOTROS] un mandato de remoción de situaciones de constatable desigualdad fáctica, no corregibles por la sola formulación del principio de igualdad jurídica o formal. Y en cuanto estas acciones

puedan entrañar la formulación de un derecho desigual en favor de las mujeres, se establecen cautelas y condicionamientos para asegurar su licitud constitucional.

El logro de la igualdad real y efectiva en nuestra sociedad requiere no sólo del compromiso de los sujetos públicos, sino también de su promoción decidida en la órbita de las relaciones entre particulares. [...].

IV

[...]

*En el Título II, Capítulo I, se establecen las pautas generales de actuación de los poderes públicos en relación con la igualdad, **se define el principio de transversalidad y los instrumentos para su integración en la elaboración, ejecución y APLICACIÓN DE LAS NORMAS.***

[...]»

En su artículo 3 establece que « *El principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres supone la ausencia de toda discriminación, directa o indirecta, por razón de sexo, y, **especialmente, las derivadas de la maternidad, la asunción de obligaciones familiares y el estado civil.*** » y el 4 que « *La igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres es un principio informador del ordenamiento jurídico y, como tal, **se integrará y observará en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas.*** »; el 6 establece 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.* »; el 8 « *Constituye discriminación directa por razón de sexo todo trato **desfavorable a las mujeres relacionado con el embarazo o la maternidad*** »; el 12 « ***Cualquier persona podrá recabar de los tribunales la tutela del derecho a la igualdad entre mujeres y hombres, de acuerdo con lo establecido en el artículo 53.2 de la Constitución, incluso tras la terminación de la relación en la que supuestamente se ha producido la discriminación*** »; el 13.1 que « *De acuerdo con las Leyes procesales, en aquellos procedimientos en los que las alegaciones de la parte actora se fundamenten en actuaciones discriminatorias, por razón de sexo, corresponderá a la persona demandada probar la ausencia de discriminación en las medidas adoptadas y su proporcionalidad.*

A los efectos de lo dispuesto en el párrafo anterior, el órgano judicial, a instancia de parte, podrá recabar, si lo estimase útil y pertinente, informe o dictamen de los organismos públicos competentes »; el 14 que « *A los fines de esta Ley, serán criterios generales de actuación de los Poderes Públicos:*

1. *El compromiso con la efectividad del derecho constitucional de igualdad entre mujeres y hombres.*

2. *La integración del principio de igualdad de trato y de oportunidades en el conjunto de las políticas económica, laboral, social, cultural y artística, con el fin de evitar la segregación laboral y eliminar las diferencias retributivas, así como potenciar el crecimiento del empresariado femenino en todos los ámbitos que abarque el conjunto de políticas y el valor del trabajo de las mujeres, incluido el doméstico.*
8. *El establecimiento de medidas que aseguren la conciliación del trabajo y de la vida personal y familiar de las mujeres y los hombres, así como el fomento de la corresponsabilidad en las labores domésticas y en la atención a la familia.*
10. *El fomento de la efectividad del principio de igualdad entre mujeres y hombres en las relaciones entre particulares.»; y finalmente el 15 que « **El principio de igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres informará, con carácter transversal, la actuación de todos los Poderes Públicos.** Las Administraciones públicas lo integrarán, de forma activa, en la adopción y ejecución de sus disposiciones normativas, en la definición y presupuestación de políticas públicas en todos los ámbitos y en el desarrollo del conjunto de todas sus actividades. »*
- **La Ley 15/2005**, de 8 de julio, por la que se modifica el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, establece en su exposición de motivos que « En todo caso determinará, en beneficio del menor, cómo éste se relacionará del mejor modo con el progenitor que no conviva con él, y **procurarán la realización del principio de corresponsabilidad** en el ejercicio de la potestad»
 - **Comunicación de la comisión al consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y social europeo y al comité de las Regiones relativo al plan de igualdad entre las mujeres y los hombres**, en la que se contemplan diversas medidas para compensar la discriminación que el cargo de los hijos produce en la mujer.
 - **Directiva 97/80/ CE del Consejo de 15 de diciembre de 1997 relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo.**
 - **Informe de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo, y al Comité de regiones, sobre igualdad entre hombres y mujeres - 2007**, en su punto 3.4 establece que «*El acervo comunitario en materia de igualdad entre hombres y mujeres ha contribuido en gran medida a los avances realizados desde hace cincuenta años, y sigue evolucionando y modernizándose a fin de ser más claro y eficaz. No obstante, es importante garantizar una aplicación efectiva de la legislación que vaya más allá de la mera transposición del acervo. Es responsabilidad de los agentes nacionales apoyar activamente el establecimiento de esta legislación a fin de garantizar una aplicación total del Derecho. - Es im-*

portante tomar medidas para fortalecer las capacidades de los agentes del sistema judicial en materia de igualdad entre hombres y mujeres, en particular jueces y abogados, a fin de que dispongan de la formación y de la asistencia técnica necesarias para tratar cuestiones de igualdad de género en sus actividades. - Los Estados miembros y los interlocutores sociales deberían apoyar de forma activa la aplicación efectiva de la legislación de igualdad de trato entre los hombres y las mujeres y crear las condiciones que permitan su cumplimiento. - Los organismos de promoción de la igualdad previstos en la Directiva 2002/73[26] pueden desempeñar un papel activo en la aplicación de la legislación. Se les debería apoyar en su acción garantizando los recursos financieros y humanos necesarios y velando por que dispongan de todas las competencias mencionadas en la Directiva.

- **El informe de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. La igualdad entre hombres y mujeres-2008**, establece en su punto 3.2 que «**Los estereotipos constituyen barreras que obstaculizan las decisiones individuales tanto de los hombres como de las mujeres Contribuyen al mantenimiento de desigualdades al influir sobre las decisiones en materia de educación, formación o empleo, sobre la participación en las tareas domésticas y familiares y sobre la representación en puestos de dirección.** Asimismo, pueden afectar al valor que se atribuye al propio trabajo. Su eliminación es una de las prioridades del Plan de Trabajo y del marco de actuación de los interlocutores sociales europeos a favor de la igualdad.» No se debe olvidar que la conciliación forma parte de los temas prioritarios definidos en la declaración de la Troika presidencial sobre igualdad de género en la UE, adoptada al término de la reunión informal de los ministros responsables de las cuestiones de igualdad en mayo de 2007, durante la presidencia alemana del Consejo.
- Finalmente, y por lo que respecta al **Consejo de Europa**, estas cuestiones tienen transcendencia a la hora del posible recurso al Tribunal Europeo de Derechos Humanos (y ello en aplicación del artículo 34 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y de los artículos 45 y 47 del Reglamento del Tribunal):
 - i. **Violación del artículo 8 del Convenio**, ya que el disfrute mutuo de los padres y de los hijos de la compañía del uno y del otro progenitor constituye un eje angular en la vida familiar incluso cuando los padres se han separado, y las medidas derivadas de la legislación española o de su aplicación que impiden tal disfrute representan una interferencia con el derecho pro-

tegido en virtud del artículo 8 del Convenio (*Johansen vs. Noruega*, sentencia del 7 de agosto de 1996; y *Eisholz vs. Alemania*, sentencia del 13 de julio de 2000, art. 43); este tipo de restricciones causan una limitación real de las relaciones familiares entre un menor y un padre (*inter alia Sommerfeld vs. Alemania*, sentencia del 8 de julio de 2003, art. 63 y *Gorgulu vs. Alemania*, sentencia del 26 de febrero de 2004). De hecho, los razonamientos jurisprudenciales para impedir la custodia compartida ni son relevantes ni son suficientes como lo requiere el Tribunal (*inter alia Ölson vs. Suecia*, sentencia del 24 de marzo de 1988, art. 68 y *Glaser vs. Reino Unido*, sentencia 19 de septiembre de 2002, art. 64). El perpetuar el alejamiento del progenitor masculino puede causar consecuencias irremediabiles en la relación del menor con su progenitor (*inter alia Sophia Gudrun Hansen vs. Turquía*, sentencia del 23 de septiembre de 2003, art. 100 y *Maire vs. Portugal*, sentencia del 26 de junio de 2003, art. 74). Por otra parte, las autoridades competentes tienen una obligación positiva de permitir el establecimiento de una vida familiar lo más apropiada posible (*Kroon y otro vs. Países Bajos*) debiendo hacer cuanto esté en su poder para facilitar la cooperación entre todas las partes involucradas (*Ignaccolo-Zenide vs. Rumanía*, sentencia del 25 de enero de 2000).

- ii. **Violación del artículo 13 del Convenio**, por cuanto como expuso el Tribunal en su sentencia en el caso *Doran vs. Irlanda*, del 31 de julio de 2003, el artículo 13 del Convenio garantiza la disponibilidad a nivel nacional de un instrumento para aplicar y hacer cumplir los derechos y libertades establecidos en el Convenio de cualquier forma en la que resulten asegurados en el ordenamiento jurídico interno de los estados signatarios.
- iii. **Violación del artículo 14 del Convenio**, pues según acordó el Tribunal en su sentencia de 28 de mayo de 1993 en el caso *Schuler-Zgraggen vs. Suiza*, los avances para conseguir la igualdad entre géneros constituye hoy en día un objetivo importante en los estados miembros del Consejo de Europa. Del mismo modo, la jurisprudencia del tribunal demuestra que la diferencia en el trato es discriminatoria si no puede ser justificado mediante un objeto legítimo y en el caso de no

existir una relación razonable de proporcionalidad entre los medios utilizados y el objetivo que se intenta conseguir (*inter alia* *Darby ss. Suecia*, sentencia del 23 de octubre de 1990 y *Palau Martínez vs. Francia*, sentencia del 16 de diciembre de 2003)

Pues bien, la conclusión de todo lo anterior, es que en la Audiencia Provincial de Madrid se puede estar discriminando al varón, e igualmente se puede estar aplicando el derecho sin la debida *finura y diligencia* que exige el interés prioritario de los menores, pues hay sentencias que confunden instituciones básicas en derecho de familia o que directamente parecen desconocer ciertas reformas legales y ciertos principios aplicables.

Javier M^a Pérez-Roldán y Suanzes-Carpegna
Colg. ICAM 66950

Jurisprudencia de la Sección 22 de la Audiencia Provincial de Madrid en materia de Custodia Compartida.

ÍNDICE:

- Extracto**
- Metodología del estudio.**
- Concepto de custodia compartida.**
- Planteamiento general de la Sección 22ª.**
- Marco legal.**
- Fundamentos del rechazo de la custodia compartida.**
 - El conflicto entre los progenitores.
 - Inercia respecto a la situación de custodia exclusiva.
 - Actos propios del no custodio.
 - Falta de medios en el progenitor.
 - Voluntad en contra de los menores.
 - Informe pericial psicosocial
 - Informe del Ministerio fiscal
- Sentencias que declaran custodia compartida.**
- Sentencias que confieren la custodia exclusiva al padre.**

EXTRACTO

La AP Madrid, y en particular su Sección 22ª, mantiene, antes y después de la Ley 8/2005 de 8 de Julio, una postura frontalmente contraria al sistema de custodia compartida en los casos de conflicto familiar, considerándola genérica e intrínsecamente perjudicial para los menores e inviable en la práctica.

A consecuencia de ello, durante la vigencia de la actual regulación legal de los efectos del divorcio no ha concedido ninguna (es decir, cero) custodia compartida a petición de uno de los progenitores revocando la sentencia de primera instancia.

Invoca en apoyo de su posición una jurisprudencia consolidada al menos desde 1992, así como el rango constitucional de la normativa de protección de los derechos del menor, interpretando en sentido contrario a la custodia compartida los instrumentos internacionales sobre la materia ratificados por España. Esta tendencia no se ha modificado con ocasión de la reforma del Código Civil en materia de separación y divorcio operada por la Ley de 8 de Julio de 2005.

Para fundamentar las sentencias que reflejan esta tesis, la Sala instrumentaliza los requisitos exigidos por la ley para aplicar la custodia compartida y otros de elaboración jurisprudencial, dando lugar a una **interpretación no ya restrictiva sino materialmente derogatoria del artículo 92,8 del Código civil**, con posible vulneración del principio constitucional de legalidad. En concreto:

Aprecia “conflicto” entre los progenitores obstativo a la alternancia en la custodia sólo por el hecho de no aceptar uno de ellos, en general la madre, su establecimiento, o por haber solicitado judicialmente el no custodio compartirla, o por precedentes de anteriores contiendas judiciales entre los padres sin consideración al sentido en que hayan sido resueltos, ni siquiera en los casos de desestimación y archivo de denuncias penales. Esta jurisprudencia no entra, en general, en el contenido del conflicto ni en su entidad respecto a la educación de los hijos, ni en los posibles beneficios de la alternancia en la custodia para suavizarlo. Identifica incomunicación entre los progenitores con conflicto obstativo.

La sección 22 considera consolidada la custodia exclusiva (“inercia”) en situaciones imputables a la rebeldía de hecho de uno de los progenitores a compartirla o a incumplimientos continuados por el progenitor custodio del régimen de visitas concedido al otro. En algunos casos, la situación de hecho de custodia exclusiva se ha consolidado en no poca medida por el propio retraso en la resolución de la apelación.

La jurisprudencia que analizamos considera vinculado por sus propios actos al progenitor que, respetando la custodia exclusiva de hecho del otro hasta la resolución judicial, se ha abstenido prudentemente de conductas que de otro modo hubieran generado lo que la misma sala considera “conflicto”, o incluso responsabilidad penal del no custodio.

La aplicación conjunta que realiza la Sala de los tres condicionantes anteriores (conflicto, inercia y propios actos) genera un absurdo lógico: **Para la Sección 22ª el progenitor inicialmente no custodio NUNCA puede ser considerado idóneo para la ejercer la guarda compartida por vía de recurso de apelación; si actúa en el intermedio, por generar conflicto; si no actúa, por consentidor. Actúe o no, el tiempo entre la sentencia de instancia y la resolución de la apelación habrá consolidado de facto la custodia exclusiva en términos cuya modificación la sala siempre considerará “desestabilizador” o “perturbador” para el menor, aunque el Informe psicosocial diga lo contrario.**

El informe psicosocial previsto en la ley de 2005, es utilizado por esta Sección generalmente en contra de la aplicación de la custodia compartida. Y ello no sólo cuando sus conclusiones son inequívocas en ese sentido. También se invoca dicha prueba pericial en apoyo de la tesis negativa cuando la Sala interpreta su contenido en sentido contrario a la alternancia en la custodia, pese a la ambigüedad o ambivalencia de las recomendaciones del informe, cuando a lo largo de su texto (consideraciones previas o recomendaciones finales) hay afirmaciones interpretables en sentido negativo por reflejar inercia, conflicto o manifestaciones de los menores, o cuando la ratificación en el acto de la vista los peritos matizaron las conclusiones escritas favorables a la custodia compartida lo suficiente para avalar la tesis contraria. En otras ocasiones, la Sala prescinde de la consideración del informe que consta en autos, o falla directamente en contra de sus pronunciamientos inequívocos, por no considerarse vinculada por su contenido. Lo anterior es aplicable a los

casos en que se han elaborado uno o varios informes, tanto si proceden de los peritos adscritos al órgano jurisdiccional como si de peritos independientes. Ninguna sentencia argumenta acerca de la posible ilegalidad de la intervención de los peritos, ni ninguna aprecia alegaciones del progenitor apelante sobre irregularidades en la elaboración del informe o en la cualificación de sus autores.

Respecto a la necesidad de informe favorable del Ministerio fiscal, en ocasiones la sala resuelve contra la custodia compartida pese al sentido favorable del informe o pese a no haberse emitido. En muchas sentencias, sin embargo, se invoca el informe contrario como argumento determinante para el rechazo de la petición del no custodio; de estas, solo cuatro sentencias recientes aluden a la dudosa constitucionalidad del requisito, mencionando la admisión a trámite en el 2006 de una cuestión de inconstitucionalidad al respecto.

La posición contraria a la custodia compartida y sobrevaloración de la exclusiva se extiende al contenido de la resolución sobre el régimen de visitas, siendo excepcionales las que, pese a rechazar la custodia compartida, amplían el régimen de comunicación y estancias de los menores con el no custodio.

Esta línea contrasta con la interpretación que defienden otros órganos jurisdiccionales acerca de la adecuación del sistema a los principios constitucionales y normas internacionales de protección del menor y acerca de la concurrencia de los requisitos legales para su aplicación.

La jurisprudencia analizada puede implicar una discriminación inconstitucional en contra de los hijos de padres divorciados, privados así de la guarda de uno de sus progenitores, respecto de los hijos de padres en situación de normalidad familiar, constitucionalmente amparados en su derecho a ser educados por los dos; y ello sin consideración al sexo del progenitor preferentemente custodio.

METODOLOGIA DEL ESTUDIO

Se han seleccionado las sentencias de la Sección 22ª de la Audiencia Provincial de Madrid que aluden a la custodia compartida a partir de dos bases de datos de jurisprudencia: la de libre acceso del Poder judicial www.poderjudicial.es, y la de acceso mediante firma electrónica de La Ley (Wolters Kluwer). En ambos casos se han introducido en el respectivo buscador las voces “custodia compartida”, “custodia alternativa”, “custodia alterna”, “custodia conjunta”, “custodia compartimentada” y las mismas voces con el sustantivo “guarda...” y “guarda y custodia...”, tanto en expresiones literales como mediante los operadores avanzados de busca “y”, “o”, “near”, y “phrase”, en todo caso sobre la totalidad del texto de la resolución. A partir de este proceso se han seleccionado aproximadamente 150 sentencias de la Sección 22 y 130 de la Sección 24 de la Audiencia Provincial de Madrid. Seguidamente se ha realizado la misma operación sobre las voces “artículo 92 del Código civil” y artículo 159 del Código civil”, con las posibles variables de consignación literal, en la base del Poder Judicial, y realizando la búsqueda específica de dicho artículo en la base de La Ley, que permite ese modo de búsqueda.

En el proceso de tabulación, tras su lectura y análisis individual se han desechado las sentencias que, aun aludiendo al concepto, no lo abordaban directamente, y se han añadido otras que, resolviendo sobre otros temas, contenían alusiones a la custodia compartida suficientemente significativas. Se han cruzado los resultados de las dos bases de datos, para subsanar posible omisiones de una u otra y se han terminado seleccionando 130 sentencias para su tabulación.

Las sentencias se han tabulado mediante la versión profesional del programa Acces de Microsoft, sobre una sola tabla para esta sección. Con las siguientes columnas:

-Fecha: En formato estándar, de día, mes y año. La búsqueda ha pretendido ser exhaustiva en lo que afecta a las sentencias publicadas después de la entrada en vigor de la Ley de 8 de Julio de 2005, con independencia de si la de instancia se había tramitado o resuelto antes o después de dicha fecha, y hasta finales de Mayo de 2008. En el presente trabajo se analizan algunas otras sentencias muy significativas de la misma sección, más antiguas, que también aluden al tema, especialmente las

citadas por las resoluciones modernas como antecedentes y origen de la actual línea jurisprudencial, excluyéndose sin embargo de de la tabulación estadística.

-Composición: Campo de texto. Alude a la composición de la sala, con los nombres de los tres magistrados.

-Ponente: Campo de texto limitado a las variables del anterior. El nombre del magistrado que aparece como redactor de la sentencia.

-Juzgado de Procedencia: Campo de texto libre. Identificación del órgano jurisdiccional que dictó la sentencia contra la que se apela.

-Plazo desde la instancia: Campo numérico. Se ha computado el numero de días transcurrido desde la fecha de la sentencia que se apela hasta la que resuelve el recurso.

-Reclamante: Campo de variables PADRE-MADRE-CERO. Esto es, si la apelación, o al menos en lo que afecta a la custodia compartida, ha sido formulada por el padre o por la madre. El campo está en blanco en los casos en que este sistema de guarda había sido establecido en la sentencia de instancia y el otro progenitor reclama custodia exclusiva. No se ha detectado ninguna sentencia a instancias de matrimonios homosexuales.

-Sentido: Campo alternativo SI (marcado), NO (sin marcar). Alude al sentido de la resolución, exclusivamente en lo que afecta a la concesión (SI) o rechazo (NO) de la custodia compartida solicitada por uno de los progenitores contra la voluntad del otro. De esta columna no cabe extraer datos acerca del porcentaje de sentencias revocatorias, total o parcialmente, de las de instancia, pues prácticamente todas las apelaciones resuelven otros motivos de apelación.

-Amplía visitas: Campo alternativo SI (marcado), NO (sin marcar). Se alude a los casos en que, no habiendo sido declarada la custodia compartida, la sentencia de la Audiencia amplía el régimen de visitas del progenitor no custodio. No se discrimina si la medida había sido solicitado

el progenitor apelante o se ha establecido en todo o en parte a instancias del propio órgano jurisdiccional.

-Inf. Fiscal: Alude a si consta en el texto de la sentencia explícitamente el haberse elaborado informe del Ministerio Fiscal acerca de la conveniencia de la custodia compartida. En la mayor parte de las sentencias, aun constando la intervención del Fiscal, no resulta del texto que su informe haya sido decisivo para resolver en un u otro sentido. Se comentan aquellas en las que se ha promovido invidente de nulidad de actuaciones por falta de intervención del fiscal.

-Sentido del informe fiscal: Campo alternativo, solo con valor si el campo anterior está marcado. A favor de la custodia compartida: SI (marcado). En contra, NO (sin marcar).

-Informe psicosocial: Campo alternativo. Alude a si consta en el texto de la sentencia explícitamente el haberse elaborado informe pericial psíquico o informe psicosocial acerca de la conveniencia de la custodia compartida, que haya sido tenido en cuenta en la resolución. No discrimina si el informe fue elaborado por los servicios adscritos al Juzgado o a instancia de parte, si hubo ratificación en el acto de la vista o no, ni si hubo uno o varios, si bien en los comentarios analizamos detalladamente el tema.

-Sentido del informe psicosocial: Campo alternativo, solo con valor si el campo anterior está marcado. Sentencia a favor de la custodia compartida: SI (marcado); en contra, NO (sin marcar). Se ha aceptado la interpretación que del sentido del propio informe ha hecho la Sala utilizándolo con valor de ratio decidendi. En los comentarios analizamos los casos en que la interpretación de la Sala resulta sólo de las consideraciones previas o de comentarios contenidos en el informe, de las conclusiones propiamente dichas, de las aclaraciones de los peritos en la ratificación, así como cuando la Sala lo ha interpretado abiertamente en contra de la literalidad y del sentido reconocido en el propio texto de la sentencia.

-Invoca la Constitución: Campo alternativo. SI alude a las sentencias que de modo explicito invocan la Constitución Española como referente legal que justifica el sentido de la sentencia. La inmensa mayoría de las

sentencias invocan, además, instrumentos internacionales ratificados por España, por lo que se prescinde de configurar columna propia.

-Argumentos: Todos son campos de texto libre. Alude a los motivos invocados con valor de ratio decidendi en los fundamentos jurídicos de la sentencia para rechazar el sistema de custodia compartida. El orden de su consignación implica un cierto grado de subjetivismo en el análisis. Sin perjuicio de su comentario en el apartado correspondiente, se especifica su enunciado:

Inercia: Alude a la existencia de una situación anterior a la resolución de la apelación de custodia compartida, que la Sala no considera adecuado revertir.

Propios actos: Alude a los casos en que uno de los progenitores con su actitud, procesal o extraprocésal ha contribuido a consolidar el sistema de custodia exclusiva del otro, durante el periodo anterior a la resolución de la apelación.

Conflicto: La falta de acuerdo de los progenitores se utiliza como argumento decisivo para rechazar la custodia compartida. Dentro del concepto se incluyen los casos en que la sala constata la existencia del conflicto exclusiva o preponderantemente por razón de la incomunicación o dificultades de comunicación entre los progenitores

Informe: Indica que la sala interpreta el contenido del informe psicosocial en sentido contrario al establecimiento de la custodia compartida. Este campo es compatible con los de inercia, conflicto, testimonio de menores y propios actos, cuando estos motivos han sido incluidos en el informe y la sala, en general, los ha apreciado separadamente. El informe del Fiscal se menciona como “Fiscal en contra”.

Excepcionalidad: Casos en que la sala explicita su posición genéricamente contraria al sistema, rechazándolo sin consideración o con consideración secundaria a la falta de concurrencia de requisitos legales.

Procesales. Supuestos en que la sala, en general, ha rechazado la petición por motivos formales o procedimentales: señaladamente, por su extemporaneidad.

Testimonio de niños: La voluntad explícita de los niños ha sido determinante para rechazar el sistema. En la mayor parte de los casos en que se utiliza este argumento el testimonio de los niños lo deduce la Sala de la exploración directa a los mismos en el acto de la vista de la primera instancia que consta en autos. Se incluye también en esta apartado los casos en que dichos testimonios están recogidos y transcritos en el propio informe psicosocial, pero la Sala los destaca separadamente de las conclusiones del propio informe.

Fiscal en contra: Indica que el informe que consta en autos del Ministerio Fiscal es contrario. La sala nunca detecta dudas interpretativas sobre el sentido de tales informes, cuando se invoca su posición en contra.

Medios: Alude a las requisitos o circunstancias personales o materiales concurrentes en alguno de los progenitores, que desaconsejan la custodia compartida a juicio de la sala. Se incluyen la ubicación alejada del domicilio del progenitor no custodio, su horario o régimen laboral, la falta de apoyos en el ejercicio de la guarda, etc.

Ninguno: No alude a inmotivación de la sentencia, sino a casos en que se limita a manifestar que se aceptan los razonamientos de la primera instancia, no recogidos en la apelación, o sencillamente que del examen conjunto de los autos no se aprecian motivos para considerar la solicitud de custodia compartida.

-Pernocta de fin de semana. Tardes de visita. Los dos campos, numéricos, expresan el régimen de visitas reconocido al progenitor no custodio a resultas de la apelación. La pernocta de fin de semana expresa el número de noches que duerme el hijo en compañía de su padre, luego los valores van de cero (si está obligado a devolver al hijo a casa del custodio cada tarde del fin de semana) a tres (pernocta con el padre las noches del viernes, del sábado y de domingo). La expresión tardes de visita alude a las visitas intersemanales, especificándose en comentario aparte cuando incluyen la pernocta de ese día con el padre. Los valores van de cero (ninguna tarde entre semana) a cuatro (todas las tarde de lunes a jueves)

- Condena en costas: Campo alternativo. Si se ha condenado al progenitor apelante a pagar las costas de la propia apelación. No detectamos ningún caso de apelación contra la condena en costas de la primera instancia, ni siquiera en los casos de modificación de medidas, en que teóricamente, sería posible el criterio del vencimiento objetivo o incluso de la temeridad.

CONCEPTO DE CUSTODIA COMPARTIDA.

A lo largo de este análisis denominamos “custodia compartida” el régimen de guarda según el cual, en los casos de conflicto legal entre los progenitores, anteriormente casados entre sí o no, los menores alternan los periodos de convivencia en casa y compañía de cada uno de los dos padres, o bien, los menores continúan residiendo permanentemente en el hogar que constituyó domicilio habitual de la familia antes de la crisis o en otro, rotando cada uno de los padres en convivir con ellos por periodos temporales. En puridad de concepto, sería mas correcta la expresión “custodia periódicamente alternativa”, o “custodia alterna”, reservando el campo semántico del término “compartida” a los casos de custodia conjunta o solidaria, propia de la normalidad familiar, pero la expresión anterior ha ganado carta de naturaleza en la doctrina y jurisprudencia española y de gran parte de los países hispanoamericanos. Pese a alguna precisión terminológica, sobre todo en las sentencias anteriores a la ley de 2005 y mas acusadamente en la sección 24 que en la 22, es la expresión aceptada en las resoluciones que analizamos.

A nivel internacional, en los países donde está establecida legalmente como sistema de aplicación prioritaria general se habla de “joint-custody”, en el ámbito anglosajón, “autorité parental partagée” o “coparentalité”, en el ámbito francés, “affidamento condiviso”, en Italia, etc.

El concepto abarca los casos en que la distribución temporal de las estancias de convivencia con cada uno de los padres no es aritméticamente equivalente, pero, partiendo del derecho de los menores a mantener la completa referencia coparental, se distribuyen entre sus progenitores los periodos de convivencia con ellos. La línea de separación con el sistema de custodia exclusiva es que, en la compartida, la relación entre los menores y sus dos progenitores se estatuye en pie de igualdad entre éstos en cuanto a la convivencia de padres e hijos bajo el mismo techo, mientras que en la exclusiva un progenitor comparte residencia con los menores en las situaciones de rutina cotidiana, en especial durante la pernocta, mientras que el otro se relaciona con ellos en modos y periodos de excepcionalidad (días libres de obligaciones escolares, ratos sueltos, comunicaciones por telefono, etc).

Cada uno de los dos sistemas tiene sus consecuencias respecto a la toma de decisiones que afectan a los menores, tanto de rutina diaria, como de sentido general de la crianza, educación y convivencia, y colateralmente, en cuando a la articulación general del conflicto conyugal, atribución de la vivienda familiar, pensión alimenticia, etc.

PLANTEAMIENTO GENERAL DE LA SECCIÓN 22.

La sección vigésimo segunda de la Audiencia Provincial de Madrid, mantiene una postura frontalmente contraria al sistema de custodia compartida de los menores en los casos de conflicto familiar, considerándola como una anomalía respecto al régimen legal y natural de guarda, y genérica e intrínsecamente perjudicial para los menores.

Esta postura aparece con toda claridad en la parte de los fundamentos jurídicos de las sentencias, que antes de entrar en los pormenores del caso concreto, contienen posicionamientos genéricos contrarios al sistema, conceptuando al sistema como “contraproducente”, “perturbador”, “desestabilizador”, “sistema negativo”, etc.

La línea jurisprudencial es anterior de antes de la reforma del 2005. La propia Sección 22, en la sentencia de 21/03/03 cita como referencias históricas de esta tendencia las sentencias de 31/10/95 y 23/04/96.

En esta fase anterior a la reforma del 2005, además, parece excluirla categóricamente para todo supuesto en que no lo soliciten de común acuerdo ambos progenitores, y aun así el tribunal deberá comprobar la concurrencia de los requisitos:

Ejemplifica el carácter general de la tendencia en contra, anterior a la reforma, la de 21/03/03: (ponente Galán):

“En orden a la problemática relativa a la custodia del hijo, y puesto que la sentencia impugnada establece dicha función de modo compartida cada quince días, al tiempo que atribuye a la esposa la obligación de permanecer con el menor todas las tardes hasta que el padre vuelva de su trabajo conviene precisar que esta sala, en sentencias, entre otras, de 31 de octubre de 1995 y 23 de abril de 1996, ha señalado que dicha medida, sobre custodia compartida, es excepcional, pues sin prohibirla expresamente el legislador según se deduce del tenor literal del art 92 del Código Civil, se trata de una medida de suma trascendencia, que hace difícil el desarrollo de la vida cotidiana y doméstica, lo cual también contribuye a la formación integral del hijo, y ello difícilmente puede compartirse por quienes no viven juntos, a menos que se admita la invasión de la esfera privada de un

progenitor en la del otro, o en otro caso un continuo peregrinaje de los hijos de un hogar otro, siendo entonces mas correcto hablar de custodia alternativa.

El hecho de no acceder a la custodia compartida no supone vulnerar el artículo 14 de la Constitución Española, puesto que resulta inviable la solución a que ha llegado la sentencia apelada, y ello teniendo en cuenta del artículo 39 de la Carta Magna, y los artículos 1 y 2 y 11-2 de la Ley de Protección Jurídica del Menor de 15 de enero de 1996.

En suma, sólo en aquellos supuestos en los que ambas partes estén de acuerdo en el ejercicio de la custodia compartida o alternativa, una vez comprobada la viabilidad de dicha medida, a través del análisis de las circunstancias en las que se desarrolla la vida del menor, y acreditado a través del desarrollo y el ejercicio de dicha función compartida los aspectos absolutamente positivo para el desenvolvimiento integral de la vida del menor, será posible excepcionalmente acordar tal medida.”

Incidentalmente destacamos que la sección 24 de la misma audiencia remonta más lejos la consolidación de la doctrina jurisprudencial en contra del sistema de custodia compartida, y la formula, incluso después de la reforma, en términos aun más negativos:

Sentencia AP Madrid, Sección 24, 31/01/08 (ponente Correas):

“Ahora bien, si con mayor acierto lo que se pretende es una guarda y custodia periódicamente alternativa conviene recordar que la doctrina jurisprudencial existente, constante desde diciembre de 1985, la mira con disfavor pues de cambiar los hijos, como en el caso se establece, cada mes, es verles en continuo peregrinaje de un domicilio a otro de los progenitores; de ser estos los que cada mes vinieren al domicilio familiar, los menores estarían, cada poco tiempo cambiando de estilos, formas, usos, costumbres de vida, horarios, estudios; etc.; lo que les llevaría, sin duda, a un total desequilibrio en casa, colegio y relaciones.”

Parecida, Sección 24 AP Madrid, 17/01/08 (ponente Correas):

”En otro orden de cosas, la guarda y custodia compartida en puridad jurídica y terminológica es un contrasentido con la medida nuclear de la separación matrimonial (antes), que conlleva la separación física de cuerpos; y con la declaración del divorcio (ahora) que rompe el vínculo matrimonial; y en base a la terminología correcta de una guarda y custodia periódicamente alternativa, amén de no haberse pactado por las partes; es mirada con disfavor por la doctrina jurisprudencial existente desde abril de 1985, por

ser altamente perjudicial para los menores, desestabilizadora al tener que mudarse periódicamente de vivienda; o ver como en cada período de tiempo es su padre o madre, al venir al domicilio familiar para estar con ellos, los que cambian sus horarios, costumbres, estilos para estudiar, asearse, descansar, etc.

Es paradigmática, ya de nuevo en la sección 22, la de 10/06/03 (ponente Galan): la parte apelante aboga por la custodia compartida o alternativa:

“A ello debe darse respuesta teniendo en cuenta fundamentalmente el interés de los menores por encima de las legítimas pretensiones de los progenitores de conseguir la convivencia de la prole con estos, con todo lo que ello implica en el orden familiar y afectivo, si bien es sabido que la situación se dulcifica parcialmente, con relación al progenitor no custodio, a través de la fijación del régimen de comunicaciones, señalando el más amplio posible si consta la buena relación entre el progenitor no custodio y los hijos.”

Es decir, según la concepción que exterioriza esta sentencia, la “situación” naturalmente resultante de un conflicto familiar es la atribución de la custodia exclusiva a uno sólo de los progenitores, aunque no deja de ser significativo que la Sala considere el régimen de visitas como mecanismo para “dulcificar”, siquiera “parcialmente”, la amargura total que la custodia exclusiva representa para el no guardador.

En la misma línea, la 09/07/04 (Chamorro):

“Para el análisis de la cuestión suscitada en relación con la guarda y custodia, hay que tener presente que toda ruptura matrimonial al implicar la cesación de la convivencia familiar lleva consigo la imposibilidad de permanencia de los hijos con ambos cónyuges, debiendo necesariamente encomendarse la custodia a uno de ellos.”

El párrafo se reproduce idénticamente en otras sentencias posteriores a la reforma del C.c, como por ejemplo en la de 16/01/06 (ponente Chamorro)

Aun mas clara, ya después de la reforma, la de 29/04/08:(ponente Galán). Se aclara que la expresión “es necesario excluir” no se refiere al caso concreto resuelto por la sentencia, sino al planteamiento jurídico

general del tema y se formula justo después de invocar el marco legal constitucional y de derecho internacional.

“Por lo demás es necesario excluir el sistema de alternancia en la custodia, aun contemplada en la reforma legal operada en el artículo 92 del texto legal citado, en un correcto análisis e interpretación del principio del interés a proteger a favor de los menores, que, por el rango de las normas en que aparece consagrado, (art. 39 de la Constitución) debe prevalecer sobre cualquier otro condicionante. “

Algunas sentencias, como hemos visto centran el rechazo en sus consecuencias respecto del domicilio, ya de los progenitores, ya de los menores. Así la de 17/02/98, (ponente Val Suarez) afirma respecto a sus dos posibles variantes (rotar los hijos en dos domicilios o rotar los padres en el familiar, permaneciendo los menores) lo siguiente:

“supondría (...) una invasión de la esfera privada del un progenitor en la del otro o en otro caso un peregrinaje del hijo de un hogar a otro y en otro caso(...)”

En el mismo sentido la de 18/09/98 (ponente Val Suarez):

“supondría un peregrinaje diario el hijo de un hogar a otro situación nada recomendable tanto desde el punto de vista físico como psicológico, ya que el menor se vería sometido a unas costumbres probablemente diferentes lo que abocaría en una inestabilidad emocional”.

La posición contraria se formula en otras ocasiones en sentido positivo, especialmente tras la reforma legal, es decir, enumerando exhaustivos requisitos que, además de los establecidos en la ley, deben concurrir simultanea e inequívocamente. Por ejemplo, en la de 16/11/07 : (ponente Galán):

“Por lo demás la custodia compartida solo se prevé para aquellos supuestos en los que, aun teniendo en cuenta la reforma operada en el art. 92 del CC, existen los condicionamientos personales, afectantes a los progenitores, adecuados en orden a la cercanía, el buen entendimiento, la buena relación, la fluidez en las comunicaciones, la existencia, en el ámbito material de los medios adecuados para procurar a los hijos la

estabilidad de la vida diaria, teniendo en cuenta los hábitos escolares, situación de domicilio y centros escolares, etc.”

La de 29/09/06 (ponente Chamorro) exige para la idoneidad de la custodia compartida., no solo el habitual proyecto en común en relación a la educación y formación de los hijos, y un marco de entendimiento y flexibilidad, sino adicionalmente:

“condiciones de semejanza en los diversos ordenes de la vida, personales, sociales, culturales, etc”.

Mas detallada, pero igualmente exigente, la de 11/04/08(ponente Galán):

“En definitiva, es necesario demostrar una cercanía en la relación personal entre ambos progenitores compartiendo ambos un proyecto común de vida para los hijos en todos los ordenes, educativo, de descanso, de ocio, etcétera, al tiempo que se exige una especial predisposición de los mismos menores en orden a asumir sin trauma personal alguno la convivencia periódica y alterna, en plazos determinados, de meses o días, acreditándose, en fin la posibilidad de diálogo entre dichos progenitores en orden a conseguir, de manera permanente, y periódica, una fluida relación en torno a los acuerdos y decisiones adoptar en relación al desarrollo integral y a la educación de los hijos.”

La postura contraria de esta Sección se manifiesta en que, si bien, como hemos dicho, no hay una sola sentencia revocatoria para establecer la custodia compartida en sentido contrario a la de instancia tras la reforma de 2005, sí se encuentra alguna al menos anterior a tal fecha que revoca la custodia compartida para establecer la exclusiva solicitada por la madre. La de 21/03/03 (ponente Galan) se apoyó para revocarla en el mismo informe psicosocial que sirvió de base para establecerla en primera instancia desde las medidas provisionales. Tras expresar las habituales consideraciones en contra de la custodia compartida, afirma:

“No es el caso que se analiza en los presentes autos, pues, antes bien, existe prueba suficiente para concluir en la improcedencia de dicha custodia compartida, teniendo en cuenta el resultado del informe pericial psicológico que, aun practicado en fase de medidas provisionales, aparece plenamente vigente en lo que se refiere a la problemática familiar y personal del menor. Así, se refiere en dicho informe que la custodia compartida transcurre

con problemas para el niño, quien no tiene facilidad real para ir de un domicilio a otro, propio de cada cónyuge, no obstante la proximidad de los mismos, al tiempo que se afirma la mayor vinculación del menor con la madre, así como la desconfianza de dicho hijo hacia la figura paterna, y aun aceptando que ambos progenitores tienen capacidad para asumir la custodia, se recomienda una convivencia continuada de dicho menor con la madre, propiciando, a través del régimen de visitas, una estrecha comunicación con el padre.”

La postura anterior es defendida sin fisuras en la línea jurisprudencial resultante de las sentencias analizadas. Cabe apreciar, sin embargo, una posición algo más matizada, dentro de la tendencia negativa, en las siguientes dos:

08/05/07: (Galan) ”(...) la sanción judicial de la custodia compartida sólo será viable cuando la misma se revela como la solución más idónea para el sujeto infantil en orden a favorecer, por el contacto regular y fluido con uno y otro progenitor, un desarrollo armónico de aquél en sus distintos aspectos pues así se suavizan las nocivas consecuencias que conlleva, no solamente para sus progenitores, la ruptura de la convivencia de quienes asumieron la responsabilidad de traerle al mundo”.

De ahí deriva una exigencia más matizada de los requisitos:

“para dar lugar a la medida, que ya expresamente se recoge en el citado precepto, con los condicionantes y presupuestos señalados en el mismo, se hace preciso una prueba concluyente al respecto de las positivas relaciones de los progenitores y a la unitaria voluntad de los mismos de atender los intereses y los beneficios de la prole bajo el sistema de dicha custodia compartida, concurriendo no solamente los presupuestos personales y familiares oportunos, sino las condiciones materiales exigidas para dar lugar a dicha custodia compartida.”

También más matizada la de 25/05/07 (Hijas), que da por supuesto que el inicio del régimen de custodia compartida pueda dar lugar a problemas transitorios de adaptación, no obstante ser considerado como sistema posiblemente idóneo:

“(...) pues la idoneidad del mismo no puede quedar en entredicho por las iniciales y lógicas dificultades en orden a la adaptación de la menores a su nuevo entorno convivencial, en el que según se infiere de las manifestaciones de ambos litigantes en el

acto de la vista, del recurso, se encuentra correctamente acomodadas en la actual coyuntura.”

Se especifica que el disfavor de la sala contra sistema el **no recoge matices en atención a la concreta modalidad de alternancia** propuesta por el requirente, significativamente en lo relativo a la duración de las alternancias, y no se encuentra ningún caso en que esta sección, aplicando la suavización del principio dispositivo en las cuestiones afectantes a menores, haya establecido, ni siquiera sugerido, otro sistema de custodia compartida distinto del propuesto por la parte apelante.

Así, en las sentencias de la que es ponente la Ilma. Sra. Magistrada Neira, el párrafo estandar relativo al marco general de requisitos para el establecimiento de la custodia compartida es, a partir de la sentencia de 22/02/05, del siguiente tenor literal:

“(..)la guarda y custodia compartida requiere para su establecimiento unas condiciones y circunstancia concurrentes en la situación familiar y los interesados, progenitores de los hijos en cuestión, definidas por los especialistas, en orden a un proyecto común, comunicación y flexibilidad, ausentes por lo general en el conflicto familiar objeto de la controversia judicial.

Y es así que cabe paliar, compensar o desvirtuar la disfunción o alteración vital de los menores que supone la alternancia periódica de viviendas, entornos, desplazamientos, hábitos, horarios o detalles mínimos y cotidianos de la vida domestica en aquellos supuestos de responsabilidad máxima de los padres que proyectando de acuerdo y conjuntamente el desenvolvimiento de la vida del hijo en común se relacionan en condiciones tales de confianza y entendimiento que permiten un marco referencial de afinidad para el hijo, (...)

A continuación, cada una de las sentencias argumenta acerca de por qué no considera que concurren tales presupuestos básicos en el concreto caso resuelto, añadiéndose y..

“(..)máxime en los periodos de mas corta duración”

El inciso daría pie a pensar que en función de la duración o distribución de los periodos de alternancia, podría atenuarse la hostilidad de la Sala contra la custodia compartida. Pues bien, esta sección de la

Audiencia, utilizando idéntico párrafo en la parte de fundamentos jurídicos de la sentencia, **ha considerado inadecuados los siguientes periodos de alternancia solicitados por el no custodio:**

-Medias semanas en las de 01/06/07 y 01/02/08.

-Semanas: 06/11/07.

-Quincenas: 09/02/07 y 27/05/08.

-Meses: 19/10/06.

-Trimestres en las de 02/03/07, 15/02/08 y 22/04/08; en las tres se califican los períodos de tres meses como “tiempos tan cortos y reducidos”.

-De cinco meses, en la de 02/01/08, también calificados en la sentencia como “periodos tan cortos y reducidos”.

-Semestres: 27/10/06, 26/07/07, (en que la madre se había llevado a las niñas a Ecuador), 17/01/08, en la que también se califican los semestres como “periodos tan cortos y reducidos”, y 15/04/08.

-Semestres o Años: 05/05/06.

-Anualidades escolares: 20/12/06, 03/01/07, 23/11/07 y 27/12/07.

-Duración indeterminada, 19/01/07, en la que el demandante parecía dar pie a su concreción judicial.

-No consta en la de 14/05/08, pero argumenta con idéntico tenor literal contra la duración de los periodos propuestos.

No obstante esta valoración globalmente negativa, de la sentencia de 27/12/07: (Neira) podría conjeturarse una menor animadversión a la custodia en el mismo domicilio familiar rotando los padres, que alternando los hijos las estancias en los domicilios separados de los padres.

“y es lo cierto que las menores con edades durante la tramitación de la causa de 13 y 15 años de edad se manifestaron en el sentido de la resolución apelada, por lo que no consta que tal medida suponga perjuicio alguno para las hijas, disponiendo la sentencia apelada que las hijas comunes no se trasladen de un domicilio a otro, lo que determina en este punto la confirmación de la sentencia recurrida. “

La consideración negativa que el sistema de custodia compartida inspira a la sala **se extiende incluso a la pernocta con el no custodio en las visitas intersemanales.**

Sentencia 09/03/07 (ponente Galán): *“Tampoco es procedente la modificación del régimen de visitas en los términos que interesa el recurrente, por cuanto que se presume negativa para la vida de la menor la pernocta con el padre, en los días entre semana, no solo por la corta edad de aquella, sino también porque, para el futuro, es necesario asegurar a la misma unos hábitos relativos a su descanso, alimentación, horarios, estudios, todo lo cual se consigue con menor dificultad si la hija permanece, en régimen de pernocta, durante toda la semana, con el progenitor custodio”.*

En la de 16/03/07, (ponente Chamorro), ninguno de los dos había solicitado custodia compartida pero el padre tenía atribuida por la sentencia de instancia fines de semana alternos con tres noches de pernocta, y dos tardes intersemanales también con pernocta. La AP suprime la noche del lunes y deja la estancia intersemanal en un día, sin pernocta. Esta sentencia organiza la vida de los menores contrariando incluso la voluntad de la propia madre apelada, menos restrictiva que la Audiencia, pues aquella proponía sustituir las pernoctas entre semana por dos fines de semana continuos de cada tres con el padre, sin oponerse a la noche de los domingos. La Audiencia razona que:

“el padre tiene habilidades para cuidar y educar a sus hijos menores pero el régimen de visitas establecido tiene una excesiva amplitud que no es conveniente para la estabilidad de los menores (...)- A fin de asegurar el descanso de los menores el reintegro al domicilio familiar (...) será a las 20.30 horas”.

Esta apelación tardó en resolverse quince meses desde la sentencia de instancia, durante los cuales se aplicó el anterior régimen de visitas y sin que conste que generara disfunciones algunas para los menores. Sin embargo aquí, el requisito de la inercia y de no modificar perturbadoramente situaciones consolidadas no parece que tuviera tanta importancia para la sala como en los múltiples casos que, como luego veremos, resuelve en contra de la custodia compartida amparándose en los hechos consumados a favor del custodio.

MARCO LEGAL

Las sentencias reseñadas en la columna correspondiente de la tabulación invocan la Constitución de 1978 y en particular su artículo 39, junto con la Ley Orgánica 1/96 de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor que lo desarrolla, en particular los artículos 1 y 11-2 como superior fundamento legal de sus resoluciones en aras de la defensa de los derechos del menor.

La inmensa mayoría de las analizadas, invocan además, los instrumentos internacionales ratificados por España sobre la materia, y en concreto, la Declaración de los Derechos del Niño aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1959, “que proclamó que el niño, entre otros derechos, tiene el de crecer en un ambiente de afecto seguridad”, la Resolución de 29 de Mayo de 1967 del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de Noviembre de 1989. La mención se repite con literalidad ritual en muchas de las sentencias analizadas; la de 17/11/06 (ponente Chamorro), sin embargo, transcribe un inciso de la Declaración del 59, en el sentido de que “la Humanidad debe al niño lo mejor que ésta puede darle.”

En ninguna de las sentencias analizadas la Sección 22^a expresa dudas de legalidad o de constitucionalidad (salvo lo que se menciona en su lugar acerca del Informe fiscal) sobre la vigente regulación de la custodia compartida. Por el contrario, otros aspectos de las consecuencias del divorcio en su actual marco legal sí son objeto de comentarios críticos por esta Sala, Por ejemplo, a propósito del domicilio familiar, la de 01/06/07 (ponente Hijas):

“No ignora esta sala que la atribución de uso de la vivienda familiar constituye uno de los mayores obstáculos en orden a un pacífica y consensuada resolución de la problemática dimanante de la ruptura de la unidad convivencial, lo que aconseja en determinados supuestos, eso sí excepcionales, una aplicación flexible de las previsiones del art. 96 C.C. en tanto no se produzca una reforma en profundidad de dicho precepto.”

Tampoco se deduce de ninguna de las sentencias analizadas que el criterio del Tribunal sea que la aplicación de la custodia compartida a instancias de uno solo de los progenitores se haya de ver facilitada por su regulación expresa tras la reforma de 2005. En este sentido, la sentencia de 03/10/06 (ponente Hijas):

“en el caso que hoy examinamos llama ante todo la atención la postura mantenida por el hoy recurrente, pues habiendo mostrado su conformidad con la atribución a la madre de la guarda en la comparecencia de medidas provisionales previas, celebrada el 11 de Marzo de 2005, de lo que se deduce inequívocamente que considera dicho régimen como el mas adecuado para la niña acaba, sin embargo, en el tramite de contestación a la demanda principal por reclamar que dicha función le sea asignada a ambos progenitores y ello sobre la invocada base de haberse modificado el art 92. Tal estrategia procedimental parece querer ignorar que la normativa precedente no impedía, como ya se ha expuesto, un régimen de guarda cual el que ahora se postula, no obstante lo cual no se formuló durante su vigencia una específica posición al respecto.”

Ponemos de manifiesto lo anterior en relación a dos consideraciones:

- Los dos Estados con sistemas jurídicos análogos al nuestro que más recientemente han modificado sus legislaciones civiles para introducir con carácter general el sistema de custodia compartida, han invocado en uno u otro punto del iter legislativo e incluso en sus respectivos prólogos (equivalentes a las Exposiciones de Motivos de las normas españolas) la necesaria adecuación de sus legislaciones a la misma e idéntica normativa internacional que invoca la Sección 22 para fundamentar su rechazo al sistema. A saber:

Francia: (*Ley n° 2002-305 de 4 de marzo de 2002 art. 6 I y II Diario Oficial de 5 de marzo de 2002*).

Art 373.2: La separación de los padres no tendrá efectos en las normas de atribución del ejercicio de la patria potestad.

Tanto el padre como la madre deberán mantener relaciones personales con el niño y respetar los vínculos de éste con el otro progenitor.

Todo cambio de residencia de uno de los padres, en la medida en que modifique las modalidades de ejercicio de la patria potestad, deberá comunicarse con la debida antelación al otro progenitor. En caso de desacuerdo, el progenitor más diligente podrá solicitar al juez aux affaires familiales que adopte una decisión en función del interés del niño. El juez asignará los gastos de desplazamiento y ajustará en consecuencia el importe de la contribución para la manutención y la educación del niño.

Art 373.2-1.- Si el interés del niño lo exigiera, el juez podrá confiar el ejercicio de la patria potestad a uno de los padres.

El ejercicio del derecho de visita y de alojamiento no podrá denegarse al otro progenitor, salvo por motivos graves.

Este progenitor conservará el derecho y el deber de velar por el mantenimiento y la educación del niño. Deberá ser informado de las decisiones importantes relativas a la vida del menor. Deberá cumplir la obligación que le impone el artículo 371-2

Italia: Ley de 8 de febrero de 2006, (Gazzetta Ufficiale n° 50, del 1 Marzo 2006) Disposiciones en materia de separación de los padres y custodia compartida de los hijos. Modifica el artículo 155 del Código Civil italiano, que queda con la siguiente redacción:

1. Modificaciones del artículo 155 del código civil:

"Artículo 155. - (Medidas) – También en el caso de separación de los padres, el hijo tiene derecho a mantener una relación equilibrada y continuativa con cada uno de ellos, tiene derecho a recibir el cuidado, la educación y la instrucción por parte de ambos y de mantener relaciones significativas con los parientes de ambas familias (del padre y de la madre).

En relación al primer punto, el juez adopta las medidas relativas al hijo con exclusiva referencia al interés moral y material del niño. Tiene en cuenta prioritariamente la posibilidad de que se otorgue la custodia del menor a ambos padres o establece a quien de los dos le sea otorgada, determina los tiempos y el régimen de visitas de cada padre, fijando además la medida con la cual cada progenitor tiene que contribuir al mantenimiento del sustentamiento del hijo de ambos, a su cuidado, a su instrucción y su educación.

El juez, además, tiene que tener en cuenta, siempre tutelando el interés de los hijos, de los posibles acuerdos entre los padres. Adopta todas las medidas relativas a los hijos.

La patria potestad se otorga a ambos progenitores. Las decisiones de mayor relevancia para los hijos relativas a la instrucción, educación y la salud las tomarán ambos padres de común acuerdo teniendo en cuenta las capacidades, la inclinación natural y las aspiraciones de los hijos.

En caso de desacuerdo las decisiones las tomará el juez.

Solo para las decisiones sobre temas de ordinaria administración, el juez puede establecer que los padres ejerciten la patria potestad separadamente.

Salvo acuerdos diferentes libremente suscritos por las partes, cada uno de los padres tendrá que proveer al mantenimiento de los hijos en medida proporcional a sus ingresos; el

juez establecerá, si es necesario, un pago periódico para realizar el principio de proporcionalidad, a determinar teniendo en cuenta:

- 1) las necesidades actuales del hijo;*
- 2) el tenor de vida disfrutado por el hijo durante la convivencia con ambos padres;*
- 3) los tiempos de estancia con cada uno de sus padres;*
- 4) los ingresos de ambos progenitores;*
- 5) el valor económico de las tareas domésticas y del cuidado del hogar realizados por cada progenitor.*

El pago está automáticamente actualizado a los índices ISTAT o a otros posibles parámetros indicados por las partes o por el juez.

En caso de que las informaciones a nivel económico facilitadas por los padres no resulten suficientemente documentadas, el juez efectuará una estimación a través de la policía tributaria sobre las rentas y los bienes objeto de la denegación, incluso si interesados a sujetos diferentes.

2. Después del artículo 155 del código civil, sustituido por el punto 1 del presente artículo, están incluidos los siguientes:

"Artículo 155-bis. - (Custodia otorgada a uno solo de los padres y desacuerdo relativo a la custodia compartida) El juez puede otorgar la custodia de los hijos a solo uno de los padres en caso de que considere, con medida motivada, que la custodia al otro progenitor pueda perjudicar el interés del menor.

Cada uno de los padres, en cualquier momento, puede pedir la custodia exclusiva cuando existan las condiciones presentes en primer punto. El juez, si acepta la demanda, puede otorgar la custodia exclusiva al progenitor en manera inmediata, salvaguardando los derechos del menor presentes en el primer párrafo del artículo 155. Si la demanda resulta sin fundamento, el juez tendrá en cuenta la actitud del progenitor demandante para determinar las medidas a adoptar en el interés de los hijos, sin modificar la aplicación del artículo 96 del código civil.

Artículo 155-ter. - (Modificación de las medidas de la custodia de los hijos) – Los padres tienen derecho a pedir, en cualquier momento, modificaciones de la custodia de los hijos, la patria potestad y todas las medidas relativas a la custodia de los hijos.

Artículo 155-quater. – (Usufructo del domicilio familiar y normas relativas a la residencia) – El usufructo del domicilio familiar se otorga teniendo en cuenta el interés de los hijos. Para otorgar el usufructo el juez tiene en cuenta los ingresos de ambos progenitores, considerando el posible título de propiedad. El derecho al usufructo del

domicilio familiar pierde valor en caso de que el usufructuario no viva o termine de vivir en manera estable en el piso familiar o conviva more uxorio o se vuelva a casar.

En caso de que uno de los cónyuges cambie de residencia o de domicilio, el otro cónyuge puede pedir, si el cambio perjudica las medidas de la custodia, la modificación de los acuerdos o de las medidas adoptadas, incluidas las económicas.

Artículo 155-quinquies. - (Medidas relativas a hijos de mayor edad) – El juez, considerando las circunstancias, puede definir un pago periódico por parte de uno de los dos padres para los hijos de mayor edad no independientes económicamente. El pago, salvo diferente medida del juez, se ingresará directamente en la cuenta de quien tiene derecho a cobrar.

Para los hijos de mayor edad con problemas de minusvalía (artículo 3, parágrafo 3, de la ley 5 de febrero 1992, n. 104, se adoptan integralmente las medidas previstas para los hijos menores.

Artículo 155-sexies - (Poderes del juez y escucha del menor) – Antes de proceder a la ejecución incluso temporalmente, de las medidas del artículo 155, el juez puede pedir pruebas. El juez, además, puede pedir oír a los hijos mayores de 12 años o menores con suficiente juicio.

Al hilo de lo anterior, la implicación constitucional del tema deberá ser tenida en cuenta respecto a posibles cuestiones de inconstitucionalidad a plantear por ese u otro órgano jurisdiccional al aplicar el párrafo 8 del artículo 92 del Código Civil, y en lo relativo al interés casacional de la materia con vistas al hasta ahora vedado recurso al Tribunal Supremo. Debe recordarse sin embargo que la sentencia del Tribunal Supremo, de 17/06/08 (Civil), ha admitido, contra una sentencia de divorcio en que se solicitaba custodia compartida, recurso extraordinario ante dicho órgano por infracción procesal, en cuanto a la valoración del dictamen de peritos, así como el recurso de casación respecto al sistema de custodia compartida, al apreciar interés casacional por aplicación de norma de vigencia anterior a cinco años y por la existencia de jurisprudencia contradictoria de las audiencias provinciales en materia de alternancia en la custodia. En la misma línea respecto a la custodia compartida, pero solo por uno de los motivos anteriores, la de 04/03/08.

En cuanto a la concreta regulación legal de la custodia compartida en el Código Civil, se encuentra en el artículo 92 cuya transcripción es indispensable para analizar los términos que está siendo aplicada por el órgano jurisdiccional que analizamos:

Artículo 92

1. La separación, la nulidad y el divorcio no eximen a los padres de sus obligaciones para con los hijos.

2. El Juez, cuando deba adoptar cualquier medida sobre la custodia, el cuidado y la educación de los hijos menores, velará por el cumplimiento de su derecho a ser oídos.

3. En la sentencia se acordará la privación de la patria potestad cuando en el proceso se revele causa para ello.

4. Los padres podrán acordar en el convenio regulador o el Juez podrá decidir, en beneficio de los hijos, que la patria potestad sea ejercida total o parcialmente por unos de los cónyuges.

5. Se acordará el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador o cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento. El Juez, al acordar la guarda conjunta y tras fundamentar su resolución, adoptará las cautelas procedentes para el eficaz cumplimiento el régimen de guarda establecido, procurando no separar a los hermanos.

6. En todo caso, antes de acordar el régimen de guarda y custodia, el Juez deberá recabar informe del Ministerio Fiscal, y oír a los menores que tengan suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, partes o miembros del Equipo Técnico Judicial, o del propio menor, valorar las alegaciones de las partes vertidas en la comparecencia y la prueba practicada en ella, y la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos para determinar su idoneidad con el régimen de guarda.

7. 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 las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica.

8.- Excepcionalmente, aun cuando no se den los supuestos del apartado cinco de este artículo, el Juez, a instancia de una de las partes, con informe favorable del Ministerio Fiscal, podrá acordar la guarda y custodia compartida fundamentándola en que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor.

9. El Juez, antes de adoptar alguna de las decisiones a que se refieren los apartados anteriores, de oficio o a instancia de parte, podrá recabar dictamen de especialistas debidamente cualificados, relativo a la idoneidad del modo de ejercicio de la patria potestad y del régimen de custodia de los menores.

FUNDAMENTOS DEL RECHAZO A LA CUSTODIA COMPARTIDA.

EL CONFLICTO ENTRE LOS PROGENITORES:

El artículo 92 del Código Civil antes citado, parece aludir explícitamente al requisito de la necesaria buena relación entre los progenitores que pretenden compartir la custodia, al aludir en su párrafo 6, genérico para cualquier atribución judicial de guarda, lo siguiente:

“ En todo caso, antes de acordar el régimen de guarda y custodia, el Juez deberá (..) valorar las alegaciones de las partes vertidas en la comparecencia y la prueba practicada en ella, y la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos para determinar su idoneidad con el régimen de guarda.

Sin embargo, la Sección 22 de la Audiencia Provincial de Madrid, viene hipertrofiando esa exigencia cuando la custodia compartida es solicitada por uno solo de ellos, con arreglo a la su reseñada tendencia de considerar genéricamente desaconsejable la custodia compartida si no es solicitada de común acuerdo. La extrapolación de este criterio haría inidóneos para educar a sus hijos, según la opinión de este tribunal, a elevadísimos porcentajes de parejas en situación de normalidad familiar.

Así, por ejemplo la de 23/09/05 (ponente Chamorro), ya vigente la nueva regulación legal, la formula en términos rigurosos, considerando que la custodia compartida,

“implica la voluntad de mantener un marco de armonía y flexibilidad en todo lo que concierne al común descendiente”.

Términos mas matizados, aparecen en un texto muy reiterado en las sentencias de la que es ponente la Ilma. Sra. Magistrada Neira, que solo la considera aplicable *“en aquellos supuestos de responsabilidad máxima de los padres que proyectando de acuerdo y conjuntamente el desenvolvimiento de la vida del hijo en*

común se relacionan en condiciones tales de confianza y entendimiento que permiten un marco referencial de afinidad para el hijo”.

El rigor en esta exigencia del tribunal se aprecia en los casos en que **la existencia de conflicto determina la decisión de la sala en contra de la custodia compartida, frente al sentido del informe psicosocial**, favorable a tal sistema:

S 09/07/04: (ponente Chamorro):

“El informe pericial en el apartado valoración y conclusiones afirma (folio 102) que ambos progenitores poseen las mismas capacidades para la guarda y custodia de la menor y que ésta podría ser compartida por ambos estando la menor 6 meses con cada uno, pero no consideramos que esta sea la solución idónea aun teniendo en cuenta la capacidad de ambos progenitores para ostentar la guarda y custodia, dado que la guarda y custodia compartida requiere la existencia de armonía y una relación satisfactoria entre los progenitores que no concurren en el supuesto enjuiciado.”

La de 3/10/06 (ponente Hijas):

“El informe emitido por el Equipo Psico-social adscrito al Tribunal Superior de Justicia de Madrid, no obstante proponer un régimen de custodia compartida, al considerar que uno y otro litigante están capacitados al respecto, "pues es el modo en el que ambos progenitores, se responsabilicen y ejerzan sus funciones parentales", pone de manifiesto igualmente las diferencias que, en la actual coyuntura, existen entre aquéllos, hasta el punto de considerar preciso que los mismos acudan a un Servicio de Mediación Familiar, en orden a conseguir un desarrollo normalizado de la función compartida que se recomienda.”

En la de 17/01/08 (ponente Neira), tras alegar el padre el contenido del informe psicosocial que recomienda la custodia compartida, la sentencia ni siquiera cita su existencia en los fundamentos de Derecho y concluye:

“En efecto, la discrepancia de las partes sobre este particular impide acoger la pretensión que se formula, dadas las disfunciones que ello provocaría en el desarrollo y desenvolvimiento de vida cotidiana de los hijos (...)”

La de 21/02/08(ponente De la Fuente), termina manteniendo la exclusiva de la madre por el argumento de la inercia, pero desmonta el valor probatorio del informe favorable contraponiéndolo a las propias apreciaciones de la sala acerca del conflicto:

“No hay duda de que, en efecto, el informe psicosocial practicado por el equipo adscrito al Juzgado recomienda la custodia compartida para cada uno de sus los progenitores por trimestres escolares.(...) Y es que en efecto, para atribuir la guarda y custodia compartida se precisa como uno de los presupuestos aconsejables e importantes de la necesaria comunicación y entendimiento fluido entre ambos progenitores y lo expuesto en el informe -"tienen una actitud de...colaboración mutua" (a esto nos referimos y no a lo que sería deseable) - no parece concordar con lo declarado por las partes en el interrogatorio practicado pues don Imanol reconoció que "No tienen una relación fluida,..." (entre don Imanol y doña Elisa)"con ella no se pude negociar,.." "... con Elisa es muy difícil llegar a acuerdos...". Por su parte en el interrogatorio doña Elisa reconoció que "No hay una buena relación, (entre don Imanol y doña Elisa) "... no cede para nada... , no hemos cedido nunca, ... , se dejó de ceder en cuanto tuvo el convenio en la mano,...,por lo cual ... no nos hablamos, ... hablamos lo justo de nuestra hija.... que no le voy a llamar para decirle que trabajo por la noche, quieres dormir con tu hija... porque no hay relación., que no hay entendimiento fluido ni bueno, ni se entienden, ...sí hay discrepancias en orden a la niña".

En ocasiones, **el conflicto deriva exclusivamente de la voluntad del progenitor custodio, en general la madre, contraria a compartirla**, atribuyéndole así un derecho de veto.

En la de 26/09/05 (ponente Neira), no se recoge en sus fundamentos más argumento para rechazar la custodia compartida que el que se transcribe a continuación, y no resulta de su texto ni la concurrencia ni el sentido de los informes del Fiscal o del equipo psicosocial:

“ la parte ahora apelada (la madre) no muestra su conformidad con la pretensión apelante, lo que hace decaer la pretensión recurrente en los términos solicitados, lo que determina en este punto la confirmación de la sentencia recurrida.

Y en la de 20/12/06 (ponente Neira):

“Y así la propia postura procesal de las partes contraponiendo la ahora apelada objeciones al proyecto de tal custodia impide acoger la fórmula pretendida, estimando que la disfunción que ello puede producir en el normal desenvolvimiento de la vida cotidiana de los menores, y los familiares convivientes con los que residen en cada periodo anual supone una alteración y modificación del entorno habitual de los hijos incompatible con el necesario equilibrio y estabilidad propicio para el desarrollo y evolución de los mismos”.

En este panorama es excepcional la manifestación contenida en la sentencia 31/10/06 (ponente Hijas):

“Como bien se expone en la sentencia recurrida, la oposición de una de las partes a la distribución de la función que se debate no constituye un obstáculo insalvable para su sanción judicial, conforme así lo previene el apartado número 8 del artículo 92 C.C., máxime cuando, tras el dictamen emitido por el Equipo Psico-social adscrito al Juzgado, el Ministerio Fiscal mostró su criterio favorable al respecto. Ciertamente es que una rigurosa y literal aplicación del otro requisito exigido por el precepto examinado, esto es el de que “sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor”, podría conducir, en la inmensa mayoría de los casos, a la exclusión del sistema de alternancia en la custodia que contempla la reforma legal; no podemos, sin embargo, olvidar que tal requisito debe ser interpretado y aplicado en cada caso concreto bajo la inspiración del repetido principio del favor minoris que, por el rango de las normas en que aparece consagrado (artículos 39 de la Constitución y 2 y 11-2 de la Ley Orgánica 1/1996) debe prevalecer sobre cualquier otro condicionante sustantivo o procesal.”

En ocasiones, **el conflicto lo deduce el tribunal de lo que consta en autos relativo al desarrollo de acto de la vista de instancia.** Por ejemplo en la de 12/02/08:

“De otro lado, el correcto funcionamiento del sistema de custodia compartida que se propugna requiere una coincidente implicación de ambos procreadores, creando en torno al común descendiente un marco de afinidad y armonía, en modo tal que el mismo note lo menos posible los sucesivos cambios a que se ve obligado en el supuesto de admitirse dicho régimen. Y es lo cierto que la conflictividad existente entre ambos litigantes, como se puso de manifiesto en el acto de la vista celebrado en la instancia, se erige en el caso en un factor que contradice los expuestos presupuestos básicos.”

En idéntico sentido la de 17/11/06 (ponente Chamorro) en que después de restar valor a los motivos alegados por el padre apelante sobre la respectiva disponibilidad de los progenitores para atender a los menores,

llega a la conclusión de que no existe situación de entendimiento, sin apoyo en informe psicosocial alguno, exclusivamente en atención a las siguientes consideraciones:

“La guarda y custodia compartida exige entre otras cosas una situación de entendimiento y flexibilidad entre los progenitores y un proyecto común o al menos similar respecto de la educación de los hijos el cual no existe en el caso enjuiciado, tal como se desprende del hecho noveno del escrito rector del proceso en el que se afirma que “la madre está dando una dedicación a las hijas muy poco acorde con su edad, ya que su único objetivo es que coman duerman, lo demás no le preocupa” Por tanto esta petición debe ser igualmente desestimada.

Según el parecer de la Sala, **hay conflicto que hace inviable la custodia compartida, sólo o esencialmente por haberla solicitado judicialmente** o por haber apelado contra la sentencia que la deniega, o por precedentes de contiendas judiciales de cualquier tipo entre los padres, sin consideración al resultado.

La de 05/06/06 (ponente Neira) apunta a que el conflicto se exterioriza por la propia petición judicial de custodia compartida. En los fundamentos no se invoca la existencia ni el sentido del informe fiscal o el psicosocial:

“en efecto la posición contrapuesta por ambos progenitores demostrada en este procedimiento, discrepando de la medida adoptar en torno a la custodia compartida de las hijas comunes evidencia la ausencia de aquella referencia unitaria o conjunta en orden a ese proyecto como presupuesto básicamente necesario para el otorgamiento de dicha guarda conjunta de lo que derivarían eventuales dificultades y disfunciones en dicho cuidado cotidiano y que determinan el rechazo de la pretensión apelante”

En la misma línea: 27/07/07 (Neira).

“Tal situación de entendimiento, indispensable en la custodia compartida, no se aprecia en la contienda judicial que ahora se solventa, en la que la controversia en torno incluso al régimen de visitas o las cuantías económicas de la pensión alimenticia pone de manifiesto la falta de sólidos canales de relación y concierto entre los progenitores, lo que aboca ya a la desestimación del recurso que así se formula”.

En la S. 14/07/06 (ponente Hijas), en que había informe psicológico favorable a la custodia compartida, se rechaza con el único argumento de la existencia de conflicto entre las partes, que había llegado a la vía penal, concluyendo que:

“ni existe acuerdo entre las partes ni podemos concluir, desde esa perspectiva de alzada, que la impetrada solución sea la única que protege el interés de las menores”.

La existencia de otras contiendas judiciales entre los padres es consiguientemente considerado “conflicto” sin consideración al sentido de las respectivas resoluciones, posibles archivos, prescripciones, sentido de las denuncias, etc. No invoca al respecto la sala, en general, el párrafo 7 del artículo 92 del Código Civil, que establece, que “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 las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica”. Aun sin concurrir los supuestos de hecho del párrafo, se rechaza la custodia compartida por considerar el sistema incompatible con cualquier tipo de conflicto judicial entre los padres.

Así, en la de 28/04/08 (CHAMORRO):

“(…) Por otra parte la guarda y custodia compartida requiere aparte de un proyecto en común en los litigantes en lo tocante a la educación y formación de los hijos una situación de entendimiento y flexibilidad entre los padres la cual no consta, apuntando las sentencias de juicios de faltas de x de x de 200x y x de x de 200x de los Juzgados de Primeras Instancia e instrucción números 3 y 4 de Valdemoro, respectivamente, (documentos que obran del folio 210 al 217 ambos inclusive) y la declaración de la demandante a lo contrario”.

En idéntico sentido, la de 29/01/08 (ponente Galan):

“se hace preciso, en estos supuestos sobre alternancia en la custodia en favor de ambos progenitores demostrar que concurren las condiciones familiares y materiales idóneas para el adecuado desarrollo integral de los menores, lo que se demuestra a través

de la adecuada relación y comunicación y concurso de ideas y de proyectos de futuro entre ambos progenitores, en relación a la vida y educación de los hijos, en todos los ámbitos, lo que implica necesariamente la ausencia de conflictos y sea cual fuere el resultado formal y procesal de las actuaciones, la ausencia de denuncias y procedimientos iniciados, precisamente, a instancias de uno u otro progenitor”

Por tanto, mayor impedimento contra la custodia compartida hay en todo caso de acusaciones de maltrato ventiladas judicialmente (párrafo 7 ar.t 92 CC), y ello pese a haber sido el padre absuelto antes de la resolución de la apelación. Por ejemplo, en la 24/05/05 (ponente Galán), que matiza al respecto, para terminar resolviendo en contra:

“Así las cosas, y aun siendo cierto que en el proceso penal que en su día se tramitó contra el recurrente, a instancias de la demandante, no constituye factor determinante a la hora de resolver la cuestión planteada, sobre custodia, en este proceso civil, sí es posible valorar el resultado final de dicho proceso, que ha concluido en una sentencia, de fecha 4 de abril de 2005 , por la que se absuelve al recurrente del delito de maltrato del que venía siendo acusado, y del delito previsto en el artículo 173 del Código Penal , del que venía acusado por el Ministerio Fiscal y por la acusación particular, al tiempo que se valoró profusamente la prueba pericial practicada, así como los informes emitidos en dicho proceso penal, con mención a la conducta de la demandante. (...)

Así las cosas, y después de analizar detenidamente el citado informe, tampoco se observan causas que justifiquen la atribución de una custodia compartida , o alternativa, por ciertos periodos de tiempo, lo que exige, sin duda, la ausencia de conflictividad entre los progenitores y un deseo permanente, que debería conseguirse, de aunar criterios y posturas, de un modo permanente y cotidiano, para decidir en todo momento lo que mejor conviene a dichos hijos, y en modo alguno concurren circunstancias personales y familiares que aconsejen tal medida”

El conflicto obstativo a la custodia compartida derivado de la existencia del procedimiento judicial se aprecia por la sala **aunque los padres hayan vivido juntos con los hijos en el mismo domicilio hasta el día de la sentencia:** en la 16/10/07 (ponente Hijas):

“en el supuesto que por vía del presente recurso se somete a nuestra consideración obvio es que no concurren tales condicionantes básicos, ya, que, como reconoce el Sr. Bernardo al ser interrogado, no existe comunicación con su esposa, pues aun residiendo en la misma vivienda, “no se hablan”.”

En la de 17/01/08 (Neira), desde la separación de hecho entre los progenitores, el padre había estado conviviendo con los dos niños (de 1 y 6 años) en el domicilio familiar todas las noches hasta que se dormían y volvía a por ellos cada mañana. Según adujo el padre recurrente, el informe psicosocial recomendaba explícitamente la custodia compartida. Sin embargo, la sentencia de instancia la adjudica en exclusiva a la madre y la sala en apelación argumenta, escuetamente :

“En efecto, la discrepancia de las partes sobre este particular impida acoger la pretensión que se formula, dadas las disfunciones que ello provocaría en el desarrollo y desenvolvimiento de la vida cotidiana de los hijos (.,.)”

Un paso más allá en la interpretación expansiva de la existencia de conflicto entre los progenitores lo da la sentencia de 09/03/07 (ponente Galán). Según razona la Sala, el conflicto no solo existe, esto es, queda probado, por la contienda judicial entre los progenitores, sino que tal situación implica una **presunción de conflicto que desplaza la carga de la prueba al progenitor apelante en cuanto al hecho negativo del no conflicto**. En este caso el padre apelante apoyaba su petición de custodia compartida en la inexistencia de conflictividad alguna entre los progenitores, a nivel personal, laboral, sobre ubicación de domicilios, etc, mientras que la sentencia resuelve:

“no se han acreditado la concurrencia de los condicionantes que se exigen para dar lugar a la función en los términos interesados por el recurrente, en orden al entendimiento, la colaboración, la coordinación, y la ayuda mutua, no obstante la ruptura personal, de ambos progenitores (...).”

Puede encuadrarse también en la categoría de **presunciones de conflicto, la diversidad de circunstancias socioculturales entre de los progenitores** con independencia de su actitud durante la ruptura y respecto a los hijos. Así, en la de 15/03/07 (ponente Chamorro): un caso de matrimonio entre español y rumana, en que tras la ruptura hay riesgo apreciado por el tribunal de instancia de que la madre traslade al menor a su país. La Sala no estima la custodia compartida pedida por el padre, sin entrar en pormenores y sin aludir al informe psicosocial (sí lo hubo del Fiscal), por las siguientes consideraciones, cuya extrapolación a los supuestos de normalidad familiar arrojaría resultados alarmantes:

“la guarda y custodia compartida presupone, entre otras cosas, una condiciones de semejanza en los diversos ordenes de la vida, personales, sociales, culturales, etc. y un proyecto en comun en lo tocante a la educación y formación de los hijos. No consta que existan estos requisitos (...).

Un grupo importante de sentencias reconduce el concepto de conflicto entre los cónyuges al de **incomunicación**. En la de 30/06/06 (ponente Chamorro) el conflicto se reduce a la falta de comunicación entre los padres, pues el informe psicosocial afirmaba expresamente que los dos compartían criterios pedagógicos:

“La guarda y custodia compartida reclamada por la parte apelante requiere una adecuada comunicación entre los progenitores y una actitud flexible entre los mismos, circunstancias que no concurren, tal como pone de manifiesto el conjunto desaprueba practicada y en especial el informe pericial psicológico que obra en las paginas(...) en cuyo apartado valoraciones periciales se manifiesta lo siguiente: si bien ambos progenitores poseen una adecuada capacidad parental y no se han detectado en ellos la presencia de criterios negativos de exclusión como psicopatología significativa, actitudes y estilos educativos disfuncionales, adicciones, malos tratos, etc., es requisito imprescindible para el correcto funcionamiento de la medida la adecuada y fluida comunicación entre los progenitores, circunstancia que a todo punto no se da en el caso que nos ocupa, lo que hace a priori no factible tal propuesta” también el informe social que la relación y comunicación entre los progenitores es nula, por lo tanto la primera petición de la parte apelante debe ser rechazada.

No parece tener tanta importancia para la Sala el conflicto o la incomunicación **cuando se elude denominar explícitamente custodia compartida a lo que es de facto tal sistema**. En la sentencia de 27/12/07 (ponente Neira) la sentencia de instancia atribuía al padre estancias con su hijo de 6 años de fines de semana con pernocta de tres noches, y dos tardes con pernocta, esto es, 14 noches al mes, pese a que informe psicosocial destacaba:

“la pobre intercomunicación interparental existente y la dinámica relacional entre progenitores, descrita como hermetismo e impenetrabilidad de la madre y dependencia ansiosa del padre”.

Debe destacarse que las sentencias **solo utilizan como argumento la existencia de conflicto, sin entrar en matices de alcance o contenido**. Excepcionalmente, la Sala recoge consideraciones en cuanto al contenido de las divergencias pedagógicas de los padres, generalmente extractando frases del contenido del informe psicosocial, pero en general no va más allá de constatar tal diferencia, sin consideraciones a si las mismas son contradictorias o simplemente complementarias.

Señalamos, sin embargo, en las sentencias analizadas, dos únicas excepciones, las dos para confirmar las sentencias de primera instancia :

La de 23/12/06 (ponente Neira), caso en que la sentencia de instancia, confirmada en la apelación, atribuye la custodia en exclusiva al padre, en consideración esencial a que la mayor de las dos hijas rechazaba radicalmente seguir viviendo con su madre, y esta impedía el contacto de la hija menor con su padre y hermana. La apelación transcribe las siguientes frases del informe psicosocial:

“existiendo una marcada discrepancia educativa, ofreciendo –dice- el padre una educación asistencial y personalizada basada en el afecto, cuidado y desarrollo de la autonomía y libertad de las menores proporcionando una normativa educativa adecuada. Respecto de la madre se señala un estilo educativo restrictivo que se caracteriza por la seriedad en el castigo y el rechazo personal (,.,,).

La de 21/05/07 (Neira) confirma la custodia compartida declarada en la instancia, pese al conflicto, al interpretarlo en los términos del informe psicosocial:

“En efecto, el informe psicológico aportado a las actuaciones dictamina que el grupo familiar reciba asesoramiento técnico para tratar los elevados niveles de conflicto entre los progenitores, en el Centro de Atención a la Infancia mas próximo al domicilio de las menores(..) Se reseña también en aquel dictamen que hay una percepción negativa de la relación que mantienen los padres entre sí, concluyendo asimismo que los niveles de comunicación entre los progenitores no son fluidos, (...) y en relación a Elena se destaca que atribuye un trato mas cariñoso a la madre, y percibe al padre mas estricto y cuando tiene un problema se lo cuenta primero a Eva, señalando que los estilos educativos son complementarios y que ambos progenitores son idóneos para ostentar la guarda y custodia.

Respecto a cómo solucionar o aliviar el conflicto en beneficio de los menores, en la jurisprudencia analizada **no se encuentra ninguna sentencia que admita que el propio régimen de custodia compartida pueda contribuir a suavizar o encauzar el conflicto** entre los padres, como en ocasiones apuntan los informes psicosociales.

Así, por ejemplo, en la de 24/10/06 (ponente Hijas), se rechaza la alternancia en la custodia, pese al informe que estimaba que había conflicto entre los padres pero que la custodia compartida podría ser “altamente beneficiosa para el menor”.

En la de 04/02/08 (Chamorro), constaba el sentido inequívocamente a favor del informe psicosocial, que estimaba que la custodia compartida, ayudaría a superar el conflicto, y la voluntad a favor del propio niño:

“En el informe pericial aludido se indica que la guarda y custodia compartida por ambos progenitores no supone en Sara un elemento externo desestabilizador de su equilibrio psíquico/emocional. No obstante lo expuesto, no se podrá acoger la guarda y custodia reclamada por la parte apelante, ya que esta requiere una situación de entendimiento y flexibilidad entre los progenitores que está ausente en el caso enjuiciado, tal como se recoge en el informe pericial citado, donde se afirma que “la inestabilidad emocional de la menor, actualmente está motivada por la conflictividad y falta de dialogo en las relaciones de sus progenitores, agravada por la excesiva exigencia/presión que vive en el hogar materno”. Dichas falta de entendimiento queda también patente con las denuncias interpuestas entre ellos.”

En el mismo sentido no suelen encontrar acogida, frente a la regla general en otras audiencias provinciales, las peticiones de los progenitores demandantes de custodia compartida de que la unidad familiar se someta a un proceso de **mediación familiar**, al menos con carácter de recomendación, y menos aun subordinar la resolución del caso o la adopción o modificación de determinadas medidas respecto de los hijos al informe resultante del posible fracaso de la mediación (siempre voluntaria en nuestra regulación legal vigente):

En la de 26/05/08, (ponente Chamorro), el padre demandante de la custodia compartida de sus dos hijos menores solicita en el punto 6 de su apelación una mediación familiar; no se había elaborado informe psicosocial para identificar la entidad del conflicto. La sentencia utiliza

como uno de los tres argumentos principales para desestimar el sistema la existencia de conflicto entre los padres y rechaza la mediación, no invocando la inexistencia de marco legal adecuado, sino con la siguiente literalidad :

“tampoco se estimará la petición n°6, ya que no se considera ahora conveniente”.

INERCIA RESPECTO A LA SITUACION DE CUSTODIA EXCLUSIVA. ACTOS PROPIOS DEL NO CUSTODIO.

El planteamiento general de la Sección 22^a es que, llegado el momento de resolver la apelación, no debe alterarse la situación de hecho consolidada en tal momento respecto a la custodia, salvo que se demuestre ser gravemente perjudicial para los menores. Se trata de una interpretación del requisito exigido para la custodia compartida sin acuerdo de los cónyuges en el párrafo 8 del artículo 92 del Código civil, al imponer al tribunal que lo fundamente “en que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor”. No obstante, la tendencia de esta sección era similar antes de la reforma legal.

Este termina siendo el argumento “de cierre” o incluso el único consignado en los fundamentos jurídicos para confirmar la sentencia de instancia cuando se dan la mayoría o incluso todos los demás requisitos exigidos por la propia sala en otros casos.

Debe advertirse que la Sala no siempre matiza en sus fundamentos jurídicos si el origen de la situación de custodia exclusiva de uno fue consensuado entre los padres o por el contrario debido a la actitud de facto del custodio - contraria incluso al contenido del convenio o a la sentencia de instancia-, a circunstancias no imputables al no custodio o, aun mas, sintomáticas de su actitud conciliadora. Para el tribunal, lo determinante es la situación de hecho que no se debe alterar. Tampoco pondera la Sala el tiempo de duración de la situación de hecho consolidada, ni por supuesto, en que medida el propio retraso en la resolución de la apelación ha reforzado la irreversibilidad de la custodia exclusiva de facto. **El tiempo**

medio de resolución de la apelación en las 130 sentencias analizadas es de 309,09 días, y en las 95 posteriores a la reforma legal, de 298,08 días.

Al tabular las sentencias, no se ha incluido dentro de la “inercia” como argumento en contra de la custodia compartida, la que podríamos denominar “inercia procesal”, es decir, la presunción de acierto que arrastra la sentencia de instancia por razón de la inmediación del primer juzgador con el caso concreto, por no resultar estadísticamente relevante en nuestro tema. Sin embargo, debe ponerse de manifiesto la profusión con que se utiliza este argumento en los pleitos de familia en general, con la consiguiente degradación del valor procesal de determinadas pruebas, algunas de difícil consecución. Como ejemplo de esta manera de argumentar transcribimos un párrafo de una sentencia de la Sección 24 de la Audiencia Provincial de Madrid, en un caso en que también se dilucidaba la custodia compartida, que contiene una enunciación general de la postura del Tribunal: S Sección 24, 17/01/08 (ponente Correas):

“conviene al caso recordar la doctrina jurisprudencial existente, constante y pacífica desde noviembre de 1992 que dice: "en la siempre ardua y delicada decisión encomendada al Juez de asignar la custodia del hijo a uno u otro cónyuge en caso de crisis de su unión, y reclamando ambos dicha trascendental función, se hace sumamente difícil, desde la perspectiva del recurso de apelación, discrepar por la Sala, del criterio seguido por el Juzgador "a quo" en la resolución de tal cuestión, mientras no sean ofrecidas razones objetivas y plenamente acreditadas y fundadas que evidencien el error cometido en la resolución de instancia o hagan aconsejable, en beneficio del menor, cambiar el sentido de tal resolución adoptada tras haber gozado el Juzgador de instancia del privilegiado principio de la inmediación y practicarse una serie de pruebas de entre las que destaca el informe pericial emitido por el equipo técnico adscrito al Juzgado que proporciona al Juez elementos precisos y preciosos para resolver.”

Esta inmediación privilegiada, presuntamente exclusiva de la primera instancia, es aun más cuestionable tras la obligación de registrar las comparecencias y vistas orales civiles en “soporte apto para la grabación y reproducción del sonido y la imagen” que establece el artículo 147 LEC. La grabación permite que la sala de apelación revise, mediante su recreación virtual, no solo los aspectos sonoros y visuales de la vista de la primera instancia con idéntica inmediación, sino también, y a través de un órgano jurisdiccional colegiado, los aspectos que hayan podido escapar de la apreciación inmediata del juzgador individual de la primera instancia y

las propias irregularidades en la percepción o interpretación de la realidad por parte de éste último.

La enunciación genérica del argumento de la inercia la encontramos, por ejemplo en la sentencia de 23/11/07 (ponente Neira)

“no consta en la causa que dicha medida” (custodia exclusiva materna) “haya supuesto peligro o riesgo alguno para la formación y desarrollo de los hijos comunes”

Frecuentemente el argumento de la inercia está amparado en el informe psicosocial:

La de 22/09/06: (Ponente Hijas) En este caso la madre se había mudado con los hijos de la vivienda que constituyó la residencia familiar antes del conflicto a otra, sufragada por su posterior pareja. La sala no entra en valorar el posible carácter destabilizador de este primer cambio de domicilio, ni desde luego, los efectos sobre los menores la integración de la segunda pareja de la madre en núcleo familiar. Se solicita un segundo informe psicológico a la Perit adscrita a la audiencia, cuyo núcleo argumental es que:

“la convivencia de los hijos al lado de la madre y la amplia disponibilidad de ésta representan para los hijos lo habitual y cotidiano, al mismo tiempo que una necesidad afectiva de contar con su presencia, estando adaptados a la organización actual de vida por lo que no se aprecia necesidad de cambio, que podría ser vivido de forma destabilizadora”.

Sin embargo, hay casos en que **la situación de hecho que se consolida en la apelación la ha provocado exclusivamente el progenitor custodio**, incluso mediante denuncias de maltrato posteriormente archivadas:

En la de 12/02/08 (ponente Hijas), es la madre la que provoca la separación de hecho abandonando el domicilio conyugal y llevándose a su hija consigo a vivir con la abuela, (lo que aparece confirmado en la sentencia de instancia), hasta el punto de que se atribuyó al padre la que fue vivienda familiar, sin que conste ningún dato relativo a denuncias o

malos tratos del padre a la madre. Respecto a la inercia provocada por la madre, la sala argumenta:

“Así, nos encontramos con una situación consolidada, desde que, en el mes de junio de 2006, se produce la ruptura fáctica de la convivencia conyugal, ya que desde entonces, la hija común ha permanecido en el entorno materno, sin que a la vista del resultado probatorio pueda estimarse que tal status convivencial resulte perjudicial para la misma ni, en indefinitiva, la alternativa propuesta por el recurrente se ofrezca mas adecuada para un correcto desarrollo y formación, en sus diversos aspectos, de aquella.

En la de 19/12/07 (ponente De la Fuente): La madre interpone denuncia por malos tratos contra el padre en el verano de 2005, se dicta orden de alejamiento contra él y se inicia procedimiento penal, que termina archivándose, residiendo la madre en exclusiva con los menores durante más de un año. La sentencia resuelve haciendo suyos determinados pronunciamientos de informe psicosocial, que transcribe literalmente:

“ Teniendo en cuenta, como se ha señalando a lo largo del informe pericial que la figura primaria de referencia de los menores es la madre, la cual presenta mayor disponibilidad personal así como en lo referente a los horarios laborales, y con el fin de evitar cambios en el entorno de los menores, parece lo más recomendable que los menores continúen bajo la guarda y custodia de la madre.”

La inercia es valorada con distinto rasero cuando parece postular a favor de la custodia compartida que cuando actúa en contra. En la 16/10/07 (ponente Hijas) antes citada, los dos cónyuges han compartido la misma vivienda hasta el mismo día de la sentencia: frente a la inercia de seguir el menor conviviendo con los dos progenitores y rotando estos en el uso de la casa, como argumento a favor, o el conflicto derivado de tener que salir uno solo de los padres de lo que hasta ese momento ha sido vivienda común de los progenitores y los hijos, éste ultimo no se considera como cambio desestabilizador.

O en la llamativa sentencia de 21/02/08 (ponente De la Fuente): el padre pretende la custodia compartida por periodos semanales, y a la vista del informe psicosocial modifica su petición y la solicita por trimestres escolares. Hay informe psicosocial e informe del Ministerio Fiscal, ambos

inequívocamente a favor de la custodia compartida. Además, antes de la sentencia que se recurre, el padre convivía con la hija casi el mismo tiempo que con la madre, a pesar de tener ésta atribuida formalmente la custodia: con el padre estaba fines de semana, con pernocta de dos noches, y además, dos tardes intersemanales las semanas en que le correspondía el fin de semana, y tres, en las que no le correspondía, de las cuales, la mitad eran con pernocta en función del horario de trabajo del padre; es decir, con el padre 14 días al mes, y nunca menos de 9 pernoctas. La solicitud de custodia por semanas parecía ir dirigida a evitar trasiegos a la niña, pero sin alterar sustancialmente el criterio general de reparto entre los dos progenitores. La sala resuelve así:

“Pues bien, sentado lo anterior la Sala, valorando todas las pruebas obrantes en autos tanto de forma individual como conjuntamente, y a tenor del art 92 del CC llega a la conclusión de que no parece conveniente que Alejandra experimente mas cambios y parece mas razonable y seguro que las cosas permanezcan como están ya que han funcionado.”

ACTOS PROPIOS DEL NO CUSTODIO

Como subespecie dentro del argumento genérico de la “inercia” encuadramos lo que podríamos denominar “**propios actos**”. Se alude a conductas de uno de los progenitores, generalmente el padre, anteriores a la demanda de separación o divorcio, o de modificación de medidas, las cuales son interpretadas por la Audiencia como indiciarias de que dicho progenitor estuvo originariamente de acuerdo con la custodia exclusiva del otro, y por lo tanto que ha contribuido con sus propios actos a la inercia consolidada de custodia exclusiva, quedando vinculado por aquellos. O sea, ciertas actitudes del no custodio se interpretan como una “renuncia” naturalmente irrevocable a la custodia exclusiva e incluso a la compartida. Veamos tres ejemplos:

-13/12/05 (ponente Neira):

“valorando fundamentalmente que el ahora apelante estimó pertinente aquella custodia materna cuando, al marcharse de la vivienda familiar, dejó a los tres hijos al cuidado cotidiano de la madre”.

-14/07/06 (ponente Hijas):

“Ya resulta significativo, como antes se anticipó, que la pretensión al efecto articulada (la custodia compartida) se formula tras las relativas al tema económico, lo que nos hace intuir cuales sean las prioridades del litigante. En cualquier caso tal litigante ya mostró desde el inicio del procedimiento una inequívoca postura al efecto, al considerar que el entorno materno era el mas adecuado para atender las necesidades cotidianas de las hijas pues proponía un régimen de custodia paterno o alternativo, pero solo en tanto doña Regina se recuperara de sus dolencias.”

-27/07/07 (ponente Neira):

“ En efecto, consta en los autos que los niños permanecen con la madre desde la ruptura de la convivencia conyugal, por cuanto el mismo demandante relata en el escrito rector del procedimiento realizado el 29 de Julio de 2005, que “ el esposo salió de mutuo acuerdo con la esposa del domicilio conyugal, (en atención a lo menores y para que no sufran el deterioro de las relaciones de sus padres), en noviembre de 2004, sin desatender en ningún momento tanto la parte afectiva como la económica a sus hijos . De este forma, el propio recurrente no cuestionaba en ningún momento la idoneidad de la madre para ocuparse de sus hijos (..)”

FALTA DE MEDIOS EN EL PROGENITOR:

Se alude en este apartado a la exigencia de disponibilidad material y personal por parte de ambos cónyuges como requisito para establecer la custodia compartida. Parece tener su encaje legal en el inciso final del párrafo 9 del arto 92 CC “fundamentándola en que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor”.

El requisito se refiere sobre todo al horario de trabajo de ambos y a la ubicación de los respectivos domicilios. Respecto al dato del domicilio o domicilios donde haya de materializarse la alternancia en la custodia, debe recordarse el muy **polémico iter legislativo que padeció la reforma del divorcio en el año 2005** y las dudas de legitimidad que arrastra tal ley desde entonces: En primer término el Congreso de los Diputados remitió al Senado el texto que ha terminado siendo ley, pero una enmienda en la Cámara Alta, mejorando el texto anterior, le dio una nueva

redacción (“*excepcionalmente, aún cuando no se den los supuestos del apartado 5 de este artículo, el Juez, podrá acordar la guarda y custodia compartida ejercida de forma alterna, fundamentándola en la preservación del supremo interés del menor, conforme a los siguientes criterios: que se solicite a instancia de una de las partes, siempre que la otra haya reclamado la custodia para sí en exclusiva; que se emita informe preceptivo del Ministerio Fiscal; que en todo caso se asegure que, por la ubicación de los domicilios de los padres, el menor gozará de la necesaria estabilidad para el mejor desarrollo de su personalidad y para el desenvolvimiento idóneo de sus hábitos y relaciones personales*”). Sin embargo, cuando la Ley volvió al congreso para su votación final conforme a los cambios introducidos en el Senado, no se llegó a aprobar la enmienda que afectaba al artículo 92.8 (al parecer por **error en la votación del grupo socialista en el Congreso**, nunca desmentida) quedando finalmente aprobado el texto tal cual fue inicialmente redactado por el Congreso antes de pasar al Senado y por tanto en términos mucho más restrictivos contra la custodia compartida.

Es muy habitual en la jurisprudencia analizada la exigencia de requisitos más rigurosos requisitos al padre respecto de la madre cuando ambos pugnan por la exclusiva, así como respecto al padre que solicita la compartida frente a la madre que defiende la exclusiva. No se han tabulado los resultados incidiendo en el evidente sesgo de género de la línea jurisprudencial analizada, sino en la discriminación positiva a favor de la custodia exclusiva y en contra de la compartida.

Debe destacarse, sin embargo, que ninguna sentencia de las analizadas ha considerado explícitamente como argumento en contra de la alternancia la desigualdad de medios materiales de uno y otro progenitores o la posible penuria habitacional del padre (viviendas compartidas, vuelta al domicilio materno tras el divorcio, alquileres precarios...), generalmente causadas por el propio divorcio, pese a ser este el contenido específico de la parte “social” de los informes tantas veces alegados.

La proximidad de los domicilios de los progenitores nunca se considera suficiente argumento a favor de la alternancia en la custodia, pero sí lo es en contra el horario de trabajo de uno, generalmente el padre, mas amplio que el de la madre.

A propósito de los **horarios** por ejemplo, en la de 21/03/03 (Galan). Esta sentencia, después de formular la proclama genérica en contra de la custodia compartida que hemos reseñado mas arriba, afirma:

“En este sentido, y teniendo en cuenta el horario laboral del padre, que no retorna al domicilio hasta bien entrada la tarde, lo que dificulta el ejercicio real de la función de la custodia, a menos que se delegue en terceras personas la misma, o se impongan añadidas obligaciones a uno de los cónyuges, sobre el cuidado del menor hasta tanto termine aquél su jornada laboral, por todo ello es lo procedente atribuir la custodia a la madre, pues debe advertirse que el dato objetivo relativo a la proximidad de las viviendas de ambos progenitores no justifica la medida acordada en la sentencia apelada, pues dicha proximidad no puede mermar el derecho de cada progenitor a llevar una vida personal y familiar absolutamente autónoma e independiente, como consecuencia natural y lógica de la quiebra y ruptura matrimonial definitiva, y ello deriva forzosamente también en el cuidado y en la convivencia de cada uno de los progenitores con la prole.

La de 20/05/03, (ponente Chamorro) después de declarar que en lo actuado en el proceso se desprende que ambos litigantes tiene capacidad para asumir la guarda y custodia del hijo”, se utiliza como único argumento para establecer la exclusiva de la madre:

“(…) no obstante ello se considera adecuada la solución adoptada por el Juzgador de instancia ya que la madre en la generalidad de los días tiene un horario mas favorable para prestar atención al hijo del matrimonio, efectivamente en los interrogatorios practicados (folio 128 vuelto) el padre afirmó que su horario se extiende de 9 a 2 y de 5 a 8, mientras que la madre manifestó que trabaja de 7 a 3, admitiendo que desarrolla la actividad laboral algún fin de semana, y la guarda y custodia compartida reclamada de manera subsidiaria por el primer apelante no resulta una solución idónea ya que repercutiría negativamente en la estabilidad del menor(…)”

En la 12/02/08(Hijas), parece extremarse el rigor en la exigencia de disponibilidad de tiempo para el padre:

“Aun partiendo, al no constar lo contrario, de una igual aptitud teórica del Sr. José Pablo para el desempeño compartido de la función que se debate, no se ha acreditado que el mismo disponga ahora de un horario laboral acorde con las necesidades de la hija, en orden a su cuidado directo y personal, pues en el acto de la vista celebrado en la instancia, dicho litigante se limitó a manifestar que había solicitado de su empresa a tal fin, una reducción de jornada laboral, pero sin que se haya acreditado en el curso ulterior de las actuaciones, que tal evento se haya producido efectivamente.”

La menor disponibilidad de la madre no es sin embargo suficiente para privarle de la custodia exclusiva, y su necesidad o conveniencia de delegar funciones de guarda en servicio doméstico o allegados no se aprecia como incumplimiento o inidoneidad:

En la, Sentencia 09/07/04 (Ponente Chamorro), la madre, titular exclusiva de la custodia,

“reconoció en el interrogatorio que trabaja hasta las 19 horas y que luego va a la autoescuela pero estas afirmaciones no pueden desvirtuar la conclusión anterior, (atribución a la madre), en primer lugar porque el horario de trabajo no es el criterio decisivo para la atribución de la guarda y custodia, máxime cuando en el supuesto enjuiciado la demandante cuenta con una persona que colabora en la atención y cuidado de la menor, sino que lo decisivo es el beneficio de la menor, y la asistencia a la autoescuela hay que considerarla coyuntural”

- 08/10/04 (ponente De la Fuente): El padre que reclamaba en apelación la custodia compartida no viajaba y su jornada era regular y flexible, frente al horario mucho más amplio de la madre, con frecuentes viajes. Sin embargo, acerca de la madre, la sala -no el informe psicocial- afirma:

“como madre, no hay queja alguna, es buena madre; su horario laboral y viajes por motivos de trabajo, a la vista del interrogatorio practicado y la prueba documental no entorpecen la atención a los hijos”

Respecto a la disponibilidad de tiempo por razón de las obligaciones laborales, es significativa la de 23/10/07 (ponente Hijas), en que por vía de modificación de medidas, el padre pretendía la custodia compartida, por razón del horario laboral de la madre, que tenía que dejar a la prole con la abuela materna, sin embargo afirma:

“(…) las concretas circunstancias laborales de la madre, con la necesidad de ayuda de la abuela materna en orden al cuidado de Estefanía, no constituían especial inconveniente al adecuado ejercicio de la función de guarda encomendada a aquella (…) añadiendo el informe psicocial que al igual que la Sra. Araceli, Don Baltasar presenta limitaciones horarias por razón de su trabajo, lo que requeriría el concurso de su actual pareja en caso de hacerse cargo de la custodia de la hija.”

Por el contrario, cuando es el padre el que la pide la S 06/11/07 (Neira):

“(...) debiendo señalar en todo caso que la actividad laboral del padre con el horario que se indica prácticamente desde la 9 de la mañana hasta las 9 de la noche impide de facto el cuidado de la menor.”

La de 23/11/07 (Neira) da gran importancia en la exploración de los menores, a la percepción que ellos tienen del tiempo que el trabajo deja disponible a los progenitores para atenderles. Esta sentencia mantiene la guarda exclusiva de la madre, utilizando como argumento principal el siguiente:

“habiéndose practicado en las actuaciones la exploración del hijo Pablo, quien manifiesta que su padre trabaja mucho, que cuando vivió con ellos llegaba a las 11 o a las 12 de la noche, que, entonces, si vive con él tendría que quedarse con alguien que les cuidara hasta que llegara su padre, que eso no le gustaría, que prefiere estar con su madre por la tarde.”

La de 1/12/06 (ponente Galan) utiliza como argumento principal para rechazar la custodia compartida el **domicilio** del padre, que se ha trasladado a vivir de Madrid a Mérida después de la sentencia de instancia, prescindiendo esta vez de otras consideraciones relativas a informes psicosociales o conflicto entre los padres:

“tampoco es de acoger la solicitud subsidiaria relativa a la custodia compartida pues es evidente que ello no es beneficioso para la menor, a quien ha de proporcionarse la debida estabilidad no solamente en su vida personal, sino también en el ámbito escolar, y de cara al futuro, una vez que alcance la edad para iniciar dicha educación escolar, lo que no es compatible con la medida interesada que implica permanentemente, un cambio de centro escolar, toda vez que el recurrente reside en Mérida.”

VOLUNTAD EN CONTRA DE LOS MENORES:

La audiencia a los menores está específicamente contemplada respecto al tema que analizamos en el art 9 de la Ley 1/96 de 15 de enero y en los párrafos 2 y 6 del artículo 92 del Código civil. Incluimos aquí sin embargo, no solo las declaraciones directamente formuladas por los menores en la diligencia judicial de exploración, sino también las recogidas, sobre todo respecto de los menores de 12 años, mas o menos literalmente, en el texto de los informes psicosociales. También en este punto se aprecia una tendencia acusadamente contraria a la custodia compartida, frente a la exclusiva, al margen de los requisitos legales respectivamente exigidos.

Son numerosas las sentencias que recogen manifestaciones de los menores proclives, en general, a continuar la situación preexistente de custodia exclusiva de uno con régimen de visitas del no custodio. Sin embargo, el análisis de este argumento debe ponerse en consideración con el que hemos llamado de “la inercia”. En la generalidad de las sentencias analizadas, los menores convivían con uno de los progenitores, titular de la custodia exclusiva, al menos durante todo el tiempo de tramitación de la apelación y generalmente, mucho antes. Consecuentemente, y con independencia de cómo se haya realizado la diligencia de exploración, lo que no consta en los textos analizados, **los menores han acudido a la sede judicial acompañados siempre por el progenitor cuya custodia se rebate**, incluso en los casos de reiterados incumplimientos por el custodio del derecho de visitas del no custodio. La misma presión ambiental concurre, en general, en las sesiones del informe psicosocial que recoge estas manifestaciones. Sin embargo, aun cuando los psicólogos que elaboran el informe (no así los trabajadores sociales) podrían, al menos en teoría, detectar por razón de su pericia posibles condicionantes psicológicos en las manifestaciones de los menores en tales circunstancias, no cabe afirmar lo mismo respecto de las contenidas en la diligencia de exploración, que es simplemente transcrita de los autos procedentes de la instancia. No se ha detectado, sin embargo, ningún caso en que la Sala relativizara tales manifestaciones por razón de las circunstancias en que se han formulado.

Como ejemplo del sentido generalmente recogido de las manifestaciones de los menores la 13/12/05(ponente Neira):

“Begoña señaló” (en la 1 instancia) “que quería ver a su padre los fines de semana y seguir bajo los cuidados de la madre.”.

Frente a la anterior regla general, **las manifestaciones de los menores favorables a la custodia compartida, o bien no se aprecian con valor de ratio decidendi, o se resuelve en contra de su contenido explícito e inequívoco.**

En la de 17/02/98 (ponente Val Suárez), rechaza la custodia compartida pedida por el padre argumentando:

“sin que se aleguen circunstancias que motiven un nuevo sistema de guarda alternativa, y solo se manifiesta que ese es el deseo de las hijas, lo que aun siendo cierto no es causa suficiente (...)”

Es paradigmática, la de 07/06/05 (ponente Galán), que desacredita los deseos explicitados por los menores, quienes de algún modo culpaban a la madre del divorcio, argumentando la sala no por razón de su falta de madurez, sino por discrepar los magistrados del contenido de las manifestaciones de los niños. Debe destacarse que el informe psicosocial, en línea con los deseos de los menores, aconsejaba explícitamente la custodia compartida :

“(...) aun siendo cierto que y así lo dispone el art 9 de la Ley 1/96 de 15 de enero, el menor tiene derecho a ser oído en el ámbito familiar y en cualquier procedimiento en que esté directamente implicado y que conduzca a una decisión que afecta a su propia esfera personal, familiar o social, la manifestación expresada por los menores, en la diligencia de exploración, no puede resultar esencial ni determinante para decidir la cuestión, una vez que se analiza el sentido de dichas manifestaciones en el entorno de la crisis personal y familiar de la que dichos hijos, son, desgraciadamente, partícipes en muchas ocasiones.(...) También ha quedado reflejado la expectación de los hijos, sobre la reconciliación de sus padres, si bien mientras tanto se hace necesario evitar los resentimientos de los hijos hacia la madre, pues aquellos reprochan a ella su indiscutible voluntad y decisión relativa a la separación lo que entra en el ámbito de la esfera estrictamente personal de la madre, sin que en este ámbito tan íntimo sea posible la interferencia de los menores, quienes por la contrariedad familiar o psicológica afectiva que sufren aquellos, por esta razón, han manifestado su voluntad de residir con el padre, en un claro sentimiento de reproche a la decisión y la voluntad de la madre, lo que en

modo alguno puede servir de sustento para decidir acerca de la cuestión relativa a la custodia de aquellos.”

En la de 16/01/06, (ponente Chamorro) los dos hijos del matrimonio convivían uno con cada uno de los progenitores: la madre la pedía exclusiva o conjunta respecto del niño varón, que vivía con el padre mientras que la niña vivía con la madre. Aquí también lo rechaza la Sala, contra la petición de la madre, pese a que los autos recogían manifestaciones de la hija en descrédito del padre respecto de cómo trata a su hermano. En este caso, frente a la regla general, se separan a los dos hermanos, pues cada cónyuge vivía con uno de los dos.

“(…) La voluntad de los hijos no es determinante para decidir sobre la guarda y custodia, sino que lo decisivo es el beneficio del menor y en el caso del menor Domingo dada su edad ni siquiera su deseo es relevante. La manifestaciones de la hija Angela en la comparecencia de x y x (fechas) no bastan para acreditar una dejación o ejercicio negligente de las funciones inherentes a la guarda y custodia atribuida al padre”

En la misma línea, la de 17/07/07 (ponente Neira): El informe psicosocial admitía como alternativa idónea la custodia compartida, citándola expresamente; la niña, de 13 años, expresó su voluntad de cambiar al progenitor titular de la custodia. En concreto, prefería “*vivir con su padre y ver a su madre como ahora ve a su padre*” y ello, pese a que se sometió a la menor a una doble diligencia de exploración, una en la vista de la instancia y otra en la alzada. Pese a esa voluntad inequívoca de la niña, reiterada con meses de diferencia, la sala la desacredita argumentando en contra:

“todo lo practicado en el procedimiento pone de manifiesto que la custodia de la madre no ha supuesto peligro o riesgo alguno para la educación y formación de la hija, quien presenta, según indica el informe y se pudo demostrar por la exploración practicada, un buen nivel de ajuste adaptación y evolución, no existiendo por tanto razones de entidad suficientes para el cambio propugnado, en cuanto si bien es cierto que la preferencia de la hija se decanta por la custodia paterna, no lo es menos que la madre representa un estilo educativo marcado por la disciplina de la convivencia diaria, que no se percibe en el contacto de los fines de semana con el padre”

Contra la literalidad de esta sentencia, de los datos obrantes en autos resulta que la niña pasaba con el padre (profesor de secundaria con 25 años

de experiencia) tres tardes a la semana, y precisamente para hacer con el las tareas escolares.

Otro ejemplo de esfuerzo interpretativo por parte de la sala de los deseos de los menores expresados en sus manifestaciones se encuentra en la S 11/03/08: (ponente Galán):

”Cierto es que el hijo Daniel manifestó a través de la diligencia de exploración practicada en la pieza de medidas provisionales que no tenía preferencia alguna en orden a convivir con uno u otro progenitor, si bien ello no quiere decir que esté dando conformidad a la compartida custodia que reclamó el apelante.”

INFORME PERICIAL PSICOSOCIAL:

De las 130 sentencias analizadas, en tan solo 21 las conclusiones del informe se reconocen por la sala como favorables al establecimiento de la custodia compartida, lo que representa un 16,15% del total.

El sentido del informe psicosocial es el seguramente el requisito utilizado por las sentencias de esta sección con carácter mas acentuadamente instrumental de todos los analizados. El amplio margen de discrecionalidad judicial está consagrado legalmente en el párrafos 9 del artículo 92 del Código civil, además de la normativa procesal general sobre libre apreciación de la prueba: 9. “El Juez, antes de adoptar alguna de las decisiones a que se refieren los apartados anteriores, de oficio o a instancia de parte, podrá recabar dictamen de especialistas debidamente cualificados, relativo a la idoneidad del modo de ejercicio de la patria potestad y del régimen de custodia de los menores.”

Así, en ocasiones, la sala prescinde sin más del informe para resolver siempre en contra de la custodia compartida; en otras se resuelve frontalmente en contradicción con sus pronunciamientos explícitos; en otras, se reinterpretan sus conclusiones contra su sentido lógico o literal; en algunas se extractan párrafos o frases de los antecedentes o de las consideraciones del informe, o de las manifestaciones vertidas por los peritos en la ratificación en el acto de la vista, para resolver en sentido contrario a las conclusiones; en alguna ocasión se solicita en segunda

instancia un segundo informe, que en caso de discrepancia con el primero siempre es resuelto en sentido favorable a la custodia exclusiva.

Debe destacarse que tampoco se aprecia a este respecto un cambio de línea jurisprudencial con ocasión de la modificación de la ley del divorcio en 2005.

Todo lo concerniente a la prueba del informe psicosocial está rodeado de polémica en torno a su posible alegalidad: encuadre procesal, criterios de selección de los peritos, cualificación, independencia y régimen de responsabilidad de los mismos, causas de recusación, protocolos de actuación, posibilidad de revisión de sus dictámenes, obtención por las partes de los tests o elementos de valoración efectuados, contraste de los criterios científicos utilizados, posibilidad de solicitar dictámenes contradictorios, etc. Ninguna sentencia de las analizadas se hace eco de esta polémica, pese a haber sido alegado algunas ocasiones por los apelantes. Sin embargo, acerca de la independencia de los servicios psicosociales la de 13/02/07 (ponente Hijas) hace este llamativo comentario:

“tales recomendaciones, realizadas tras un estudio extenso y profundo de todos y cada uno de los integrantes de la desmembrada unidad familiar, y dotadas de la máxima objetividad, al no estar condicionada la perito por el pago de sus honorarios a cargo de alguna de las partes, máxime cuando la misma fue propuesta por quien hoy disiente del dictamen emitido, no quedan desvirtuadas en modo alguno, por los alegatos del recurrente (...)

Sentencias que **niegan directamente valor decisorio al informe favorable, para resolver en contra de la custodia compartida:**

La de 01/06/08 (ponente Hijas):

“ Adviértase que al contrario de lo que sostiene la parte recurrente no son los “especialistas” a que se refiere el apartado 8 del citado artículo 92 los únicos capacitados para valorar lo mas conveniente para el niño, de tal modo que su dictamen haya de vincular necesariamente la resolución judicial. En efecto, los citados peritos no dejan de ser meros asesores de los tribunales, a fin de proporcionar a los mismos conocimientos,

científicos, artísticos, técnicos o prácticos para valorar hechos o circunstancias relevantes en el asunto, habiendo de ponderarse el dictamen que los mismos emitan en necesaria conjunción con los demás medios de prueba practicados, en el curso del procedimiento”.

La sentencia es significativa porque critica abiertamente el informe por discrepar con su contenido, no por su metodología o presupuestos científicos, y recoge expresamente en los fundamentos jurídicos manifestaciones de parte contrarias no sólo al valor del informe sino al perfil profesional de los peritos, para terminar fallando en contra del sentido de dicho informe:

“ en lo que concierne al Informe Pericial realizado en la instancia, no deja de llamar la atención la valoración que, de la personalidad de uno y otro litigante, realizan los peritos, con exageradas desvalorizaciones de la figura materna frente a una excesiva ponderación de las condiciones ofrecidas por el otro progenitor. Aduce la parte apelada, en el tramite del artículo 461 LEC que “la psicóloga carece de toda credibilidad y objetividad para emitir un informe adecuado, como todos pudimos observar en el acto de la vista, y por ello y con mucha razón la Juez a quo no ha valorado dicho informe” y se añade que “en el acto de la vista se pudo comprobar como la Psicóloga no era coherente con lo que estaba diciendo.”

En la de 23/03/07 (ponente Chamorro) la Sala se considera también desvinculada del contenido del informe, que era favorable a la custodia compartida, incluso rechazando aumentar las visitas del progenitor no custodio, y ello pese al acuerdo inicial de los padres en compartirla:

“por lo demás conviene precisar también que en modo alguno las conclusiones derivadas del informe pericial psicológico practicado en su momento son vinculantes para el tribunal, pues no se olvide que se aconsejaba por medio de dicho informe la custodia compartida o alternativa, y consecuentemente un régimen de visitas que incluyera la pernocta del domingo; sin embargo, la sentencia apelada ha resuelto la custodia a favor de la madre y ha establecido unas comunicaciones que cubren debidamente las necesidades afectivas de los hijos para con el padre“.

En la de 20/05/08 (ponente Galan) la Sala parece lamentar no poder acudir a la ratificación oral del informe para buscar en ese trámite argumentos en contra de la custodia compartida en él recomendada, así que, directamente, prescinde de él, resolviendo a favor de la custodia exclusiva de la madre:

“debe advertirse que (...) ni tan siquiera ha sido interesada la diligencia de ratificación del informe pericial, por lo que no constituye un dato a tener en cuenta el hecho de que se haya solicitado la custodia compartida en razón de las conclusiones emitidas en el dictamen pericial, que, en ningún caso vinculan al tribunal, (...)”

Sentencias que “interpretan” el informe, seleccionando su contenido o contra la literalidad de sus conclusiones, o desmontando sus conclusiones con las impresiones deducidas por el tribunal del acto de la vista, siempre en sentido contrario a la custodia compartida:

20/01/06 (ponente Hijas): Confirma la sentencia de instancia que declara la custodia exclusiva de la madre. El informe es ambivalente, en su redacción declara que los dos están capacitados y explícitamente que el cambio de custodia no supondría ningún desequilibrio para la niña, pero en el acto de ratificación aclara el perito, y resalta la sentencia de apelación en sus fundamentos que *“no propone una modificación de la custodia”*.

La 14/07/06 (ponente Hijas) rechaza la custodia compartida pedida por el padre, pese a que el informe era a favor, reinterpretándolo del siguiente modo:

“el informe pericial emitido por el equipo psicosocial adscrito al Tribunal Superior de Justicia de Madrid no puede vincular necesariamente el criterio decisorio de los juzgadores, debiendo el mismo ser valorado en conjunción con los demás medios de prueba y según las reglas de la sana crítica, según previene el art 348 de la LEC. Adviértase que en dicho dictamen tras considerar que ambos progenitores están capacitados para ostentar la custodia de las comunes descendientes, no se afirma que un sistema alternativo de custodia sea el idóneo para las menores, sino tan solo que el mismo “no se valora negativamente”.”

Grandes esfuerzos interpretativos se encuentran también, acudiendo además a la ratificación de la vista oral para justificar la decisión contraria a la custodia compartida en la de 22/05/07 (ponente Hijas):

“(...) el informe emitido por el equipo psicosocial adscrito al Tribunal Superior de Justicia se limita a exponer la actitud de uno y otro litigante para asumir el cuidado

cotidiano del común descendiente y el deseo de este de pasar mas tiempo con su padre, por lo que “a la vista del estudio realizado no se considera desaconsejable el establecimiento de una guarda y custodia compartida”. Adviertase la ambigüedad de dicha propuesta, formulada, no en términos positivos, sino negativos, como así lo evidencia igualmente la ratificación que, de su dictamen, realizan las peritos en el acto de la vista, pues consideran igualmente aceptable la situación actual de custodia materna respecto de la que tampoco desaconsejan su mantenimiento.”

La de 03/10/06 (ponente Hijas) el informe era inequívocamente a favor: tras constatar la existencia de conflicto entre los padres, considera que la custodia compartida sería el modo de superarlo o encauzarlo. La Sala argumenta frente al planteamiento científico de los peritos y reinterpreta su sentido, resolviendo exactamente en contra de sus conclusiones:

“el recurrente vincula su pretensión al uso del domicilio familiar, no realizando a al fin propuestas alternativas, lo que, ante la falta de entendimiento de los litigantes tendrías muchas probabilidades de convertirse en una nueva fuente de conflictos”

“por ello, no siendo vinculante el informe pericial emitido y en concreto la conclusiones contenidas en el mismo, ya que ha de valorarse conforme a las reglan de una sana crítica, (art 348 LEC) estimamos que la propuesta realizada por los peritos responde a un desideratum de futura normalización de relaciones entre los progenitores, necesitados de ayuda externa al respecto pero no a una cruda realidad que evidencia que, en la actual coyuntura, no se ofrecen condicionantes básicos requeridos, lógica y legalmente, para que la alternancia en la custodia pueda desenvolverse con un mínimos de garantías para la menor.”

24/10/06 (ponente Hijas) la rechaza contra la petición del padre interpretando el contenido del informe del siguiente modo:

“ si bien el informe psicosocial unido a las actuaciones estima que la custodia compartida puede ser altamente beneficiosa para el menor, se destaca igualmente por los peritos las actitudes enfrentadas de ambos progenitores que precisan aprender canales de comunicación, evitando que los efectos negativos de la separación de pareja incidan sobre el menor, deteriorando su desarrollo.”

En la misma línea de “interpretación” del contenido del informe se destaca la de 20/02/07 (ponente Neira): El informe constata la implicación de ambos en la educación de los niños, si bien de la madre se dice:

“por su situación emocional vivida ha generado en ella cuadros depresivos que para evitar que afecten al desarrollo psíquico de los menores debe seguir tratamiento psicológico”.

Sin embargo, la sentencia resuelve a favor de la custodia exclusiva de la madre, pues considera que:

“no se evidencia que el cuidado cotidiano de los hijos por la madre les haya supuesto riesgo o peligro alguno para su evolución o desarrollo”

En la de 14/05/08 (ponente Neira) se entresacan párrafos del contenido del informe y no de la valoración final, para confirmar la custodia exclusiva de la madre:

“ El examen de lo actuado revela en líneas generales la pertinencia de lo acordado en la primera instancia a la vista de las diligencias practicadas, y en especial el contenido del informe psicosocial en el que se valora finalmente que de acuerdo a la evaluación practicada la perito concluye que ambas alternativas de custodia serán viables dada la implicación precedente en la atención a las hijas y su similar idoneidad educativa y vinculación afectiva con ellas, sin que tampoco las diferencias en cuestión de disponibilidad previsible o apoyos sean ostensibles. No obstante, la madre en el momento presente, -se dice allí- se muestra mas equilibrada emocionalmente y mas respetuosa con el desempeño paterno que viceversa y ello es una garantía adicional para que las niñas mantengan una buena imagen de ambas figuras y las relaciones de las menores con ambos progenitores de manera mas equilibrada y flexible en esta primera etapa”.

Los fundamentos jurídicos de la sentencia no aportan ningún otro argumento para rechazar la petición del padre. Es decir, la parte del dictamen que la Sala ha considerado de mayor valor científico, y por tanto, decisorio, es la que insinúa que para que las menores tengan una buena imagen de su padre es preferible que la madre se lo cuente a que vivan con él, pese a que los dos son idóneos para ejercer la custodia. Este informe es considerado, además por la Sala suficiente para dejar el derecho de visita del padre en dos fines de semana al mes con pernocta de sólo dos noches, y una sola tarde, intersemanal, sin pernocta, rechazando el aumento que también solicitaba el padre.

Otro ejemplo en que la ratificación por parte de los peritos del contenido del informe en el acto de la vista oral permite al tribunal reinterpretarlo para llegar a conclusiones contrarias a su sentido se encuentran en la sentencia de 25/04/08 (ponente Delafuente) Se mantiene la custodia exclusiva del padre, frente a la madre que la pretendía compartida:

“Estas circunstancias (la preferencia sobrevenida del niño por su padre) se pusieron de manifiesto a los peritos adscritos al Juzgado, los que terminaron señalando en el acto de la ratificación que ante la manifiesta oposición del hijo a un régimen de custodia compartida, la única alternativa posible es que se atribuya la guarda y custodia al padre por resultar extremadamente difícil imponer a un menor de 16 años un régimen de guarda y custodia compartida”. (...) ” en un primer momento los informes periciales se recomendaba una custodia compartida no tanto porque técnicamente fuera lo mas adecuado teniendo en cuenta el grado de desencuentro existente entre los progenitores, y el grado de relación existente entre el menor y el padre, sino principalmente para evitar el distanciamiento entre la figura materna y el menor (...).”

Un caso especial, donde aflora la militancia del tribunal en contra de la custodia compartida aun a costa del rigor lógico de los razonamientos aparece en la de 27/12/07 (ponente Neira). Confirma la sentencia de instancia que consagra una custodia compartida de facto atribuyendo al padre estancias con el hijo de fines de semana con pernocta de tres noches, y dos tardes con pernocta, esto es, 14 noches al mes y con continuos trasiegos de domicilios en un niño de 6 años. La Sala confirma la sentencia, apoyándose en el informe psicológico al hacer suyo su razonamiento de implantar el sistema eludiendo su denominación de “custodia compartida”:

“el informe psicológico practicado en los autos concluye que convendría mantener un reparto de estancias de la menor acoplado a la disponibilidad de uno y otro progenitor como han venido haciendo tras la ruptura, sin que ello necesariamente tenga que considerarse como custodia compartida.”

INFORME DEL MINISTERIO FISCAL:

Todas las sentencias analizadas contienen la expresión formularia en el encabezamiento, “fue igualmente parte el Ministerio Fiscal”. En la mayor parte de ellas, sin embargo, no consta explícitamente el sentido del informe exigido por el art. 92 del Código Civil para el establecimiento de la custodia compartida sin acuerdo de los dos progenitores y la sentencia no lo utiliza con valor decisorio en sus fundamentos jurídicos. En las que sí consta, **solo en 8 sentencias el informe fue favorable a la custodia compartida, lo que representa un 6,15% del total.**

No obstante, la Sala ha fallado sistemáticamente en contra de la custodia compartida en la jurisprudencia analizada, CON informe del Fiscal también contrario a la medida, CONTRA el informe, que era favorable, o SIN informe alguno. Lógicamente, no hay un solo caso de sentencia favorable contra el informe del Fiscal. En ninguna de las sentencias analizadas en que se rechaza la custodia compartida la apelación ha sido interpuesta por el Ministerio Fiscal, para solicitar tal medida si no había sido declarada en primera instancia.

a.- **Sentencias contrarias a la custodia compartida, con informe fiscal también contrario:** A propósito de la necesidad del informe favorable, debe destacarse que se encuentra pendiente de resolución ante el Tribunal Constitucional una cuestión de inconstitucionalidad planteada por la audiencia provincial de Las Palmas con fecha 13/09/06.

En algunos casos de sentencias la sección de Audiencia de Madrid que analizamos, la propia sala advierte de la existencia de ese recurso, no obstante lo cual dice verse obligada a aplicar el requisito legal en su redacción hoy vigente, hasta que dicha cuestión no se resuelva en sentido contrario. **Las dudas de constitucionalidad aparecen solo en cuatro sentencias:** las de 16/10/07, 12/02/08 (las dos anteriores ponente Hijas), 28/04/06 (ponente Chamorro) y 23/05/08(ponente Hijas). Destacamos el razonamiento de la de 28/04/08:

“A mayor abundamiento falta el requisito de informe favorable del Ministerio Fiscal previsto en el artículo 92-8 del C.C ., es cierto que dicho requisito ha sido cuestionado por un amplio sector doctrinal que considera que incide negativamente en la facultad decisoria del Juez y que sería conveniente que, por reforma legislativa se suprimiera el requisito de que el informe del fiscal tenga que ser favorable y se diera una redacción similar a los casos de custodia compartida por acuerdo de los progenitores, en

los que la ley dice que es necesario el previo informe del Ministerio Fiscal con independencia del sentido del mismo, y hay una cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Las Palmas el 13-09-2006, pero mientras no se declare su inconstitucionalidad o se derogue el principio de legalidad que es la base de nuestro ordenamiento jurídico determina que haya de estar a dicha exigencia.”

Sin embargo las sentencias de 22/02/08, 26/02/08, 11/03/08, 14/04/08, 15/04/08, 06/05/08, 26/05/08 todas ellas posteriores a la cuestión planteada ante el Tribunal Constitucional invocan la falta de informe favorable del Fiscal como argumento, principal o secundario, para oponerse a la custodia compartida, pero no se plantean duda alguna de constitucionalidad del requisito.

Debe destacarse que la Instrucción 1/2006 de 7 de Marzo, de la Fiscalía General del Estado “sobre la guardia y custodia compartida y el empadronamiento de los hijos menores”, también reflexiona sobre la importancia de la intervención del ministerio publico en este tema, destacando el carácter excepcional de su establecimiento, pero sin plantearse dudas acerca de la imperatividad legal de que el informe haya de ser favorable, y sin impartir instrucciones concretas al respecto de que tal requisito sea impugnado por alguna de las partes, o desatendido por el juez. Se limita a afirmar:

“Sin acuerdo previo de los progenitores sea en convenio o en el transcurso del procedimiento, la instauración de la custodia compartida, que debe considerarse excepcional, como expresamente declara el apartado 8º del art. 92 CC, requiere además el informe favorable del Fiscal, al que por tanto se confiere un destacado protagonismo como garante de que la decisión se adecua al interés superior del menor. “

b.- Sentencias contrarias a la custodia compartida, con informe del Ministerio Fiscal a favor de tal sistema:

En la de 21/02/08 (poniente De la Fuente) antes citada, se deniega la custodia compartida solicitada por el padre frente a la madre que la quería exclusiva, existiendo informe del Ministerio Fiscal en primera instancia a

favor de la alternancia. La Sentencia no argumenta sobre los motivos por los que prescinde del sentido del informe del Ministerio Público, y basa su rechazo sobre todo en algunas manifestaciones contenidas en la parte expositiva del informe psicosocial, pese a que también las conclusiones de éste eran inequívocamente a favor de la compartida.

“Pues bien sentado lo anterior, la Sala, valorando todas las pruebas obrantes en autos tanto de forma individual como conjuntamente y a tenor el art. 92 del CC llega a la conclusión de que no parece conveniente que Alexandra experimente más cambios, y parece más razonable y seguro que las cosas permanezcan como están ya que han funcionado.”

También la rechaza, pese al informe psicosocial favorable y informe del Ministerio Fiscal asimismo a favor, cuyo valor critica la sentencia, la de 20/05/08: (ponente Galan):

“SEGUNDO: Para resolver la problemática planteada en esta alzada, en relación a la custodia compartida, y aun aceptando que el art 92 CC en su actual redacción, permite legalmente declarar la custodia de los hijos compartida por periodos temporales en favor de ambos progenitores, contando con el informe favorable del Ministerio Fiscal, es lo cierto que en cualquier caso, y sea cual fuere dicho dictamen, y en una correcta valoración de toda la prueba practicada en los autos, no solamente la que se deriva del informe pericial practicado en su momento, debe primar siempre el interés y el beneficio de los hijos, por cuanto que todos los preceptos que regulan esta cuestión, art. 92 del texto legal antes citado y art. 1 y 11-2 del la Ley 1/1996 de 15 de enero, se subordinan al principio consagrado en el art 39 de la CE. En lo que se refiere al favor filii”.

A propósito de informe del fiscal añade esta sentencia:

“Debe advertirse que el MF no estuvo presente en el acto de la vista, no intervino en la prueba de interrogatorio, (...)”

c.- Sentencias contrarias a la custodia compartida, constando explícitamente no haberse evacuado informe fiscal alguno:

El ejemplo más claro es el de la sentencia de 25/04/08 (Ponente De la Fuente), en que la parte apelante reclamaba la custodia compartida, y esta misma parte solicitó la declaración de nulidad de las actuaciones de la

primera instancia, por falta de intervención del Ministerio Fiscal, razonando la resolución:

”Por otra parte, respecto a la medida relativa a la guarda y custodia compartida que interesa a la Sra. X, el art. 92.8 del CC prevé la posibilidad excepcional de que aunque falte el acuerdo entre los progenitores, el Juez, a instancia de una de las partes y con informe favorable del MF, podrá acordarla, lo que significa que si el Juez considera oportuno acordar la guarda y custodia compartida, en estos casos deberá existir informe favorable del Ministerio Fiscal. Pero no impone al Juez el deber de recabar dicho informe, máxime cuando como ocurre en la presente litis, ha optado por atribuir la guarda y custodia a un solo progenitor.”

SENTENCIAS QUE DECLARAN CUSTODIA COMPARTIDA:

En el análisis efectuado hasta aquí puede deducirse que la interpretación de la Sección 22 de los requisitos legales de la custodia compartida hacen inviable en la práctica su establecimiento por vía de apelación. No obstante, hay algunos casos en que **la Sala ha confirmado la custodia compartida declarada por la sentencia de primera instancia, solo ocho posteriores a la reforma legal**, que se detallan seguidamente. Su estudio confirma que no excepcionan el extremo rigor contra el sistema propugnado por este órgano:

Sentencia de 17/09/02 (ponente Neira): Respecto de un menor, de 11 años, la sentencia de instancia había repartido la convivencia, con el padre de jueves a la salida del colegio hasta el domingo por la mañana y con la madre de entonces hasta el Jueves por la mañana, si bien calificando tal sistema como “custodia compartida”, apoyándose en un dictamen absolutamente a favor, y en que venía funcionando así últimamente. La Audiencia lo confirma, rechazando la pretensión de custodia exclusiva para el padre.

Sentencia de 25/10/02 (ponente Chamorro): Confirma la sentencia de instancia que la había establecido alternada, frente a la pretensión del padre de exclusiva, apoyándose en informe psicológico. La sentencia no se olvida, sin embargo de manifestar los prejuicios habituales de esta sección en contra del sistema:

“sin que la guarda compartida se muestre en principio deseable que para que este se desarrolle de una manera óptima se requiere unos ambientes y condiciones educativos proporcionadas por ambos progenitores que sean compatibles, lo cual exige un mínimo grado de coordinación entre los padres, con el riesgo de que si no existe aumente la conflictividad entre estos. Asimismo este sistema no aparece “a priori” como el más idóneo para la estabilidad emocional de los menores, dados los inevitables cambios que se producen en el entorno más íntimo de los descendientes y que se repiten periódicamente.”

17/06/04 (ponente Neira): Se dilucidaba la custodia de un hijo minusválido físico y psíquico, cuyo padre, diplomático de profesión, pasaba largas estancias en el extranjero. Mantiene la custodia compartida entre ambos por periodos de seis meses, frente a la pretensión de la madre de custodia exclusiva. Sin embargo, atribuye la custodia en el domicilio de cada uno de los dos progenitores respectivamente custodio y no en el que fue familiar común.

30/11/04 (ponente Galán): La había establecido la sentencia de instancia por vía de modificación de medidas, turnándose el cuidado del niño por horas (duerme con el padre, la madre la lleva y recoge del colegio y el padre le recoge a por la tarde; fines de semana alternos). La sala mantiene este sistema pues en la apelación solo se había impugnado el reparto de gastos.

22/02/05 (ponente Neira): En la sentencia de instancia la tenía concedida el padre, la madre apela pidiendo la exclusiva para ella o subsidiariamente la compartida. Durante la apelación y en el acto de la vista oral, los dos padres solicitan conjuntamente la custodia compartida, que además coincide con los deseos del menor, todo lo cual avala un informe psicosocial que expone psicopatologías de ansiedad en el niño por la separación de los padres y invocando el Juez, además la proximidad del domicilio de los padres. Debe destacarse que el argumento determinante fue el acuerdo sobrevenido de los padres, luego no excepciona la regla de no concesión de custodias compartidas en apelación a instancias de uno solo de los padres. Es anterior a la reforma.

15/03/05 (ponente Galán): No resuelve sobre la custodia, sino acerca de la oposición de la madre a la ejecución por su incumplimiento de la obligación de pagar determinados gastos de los hijos durante sus estancias

con ellas, por tener establecida la custodia compartida (con la madre, martes y jueves, con el padre lunes y miércoles y fines de semana alternos). La sentencia no ahorra críticas al sistema, llegando a sugerir la supresión de la alternancia en la custodia:

“en cualquier caso, la solución de futuro y para el efectivo cumplimiento de las obligaciones que realmente corresponda a cada progenitor, pasa por resolver de otra manera y en el oportuno procedimiento de modificación de efectos, lo pertinente en torno a la custodia y a las medidas económicas”.

Las siguientes son posteriores a la entrada en vigor de la ley de reforma del Código civil en materia de divorcio:

11/10/05 (ponente Neira): La mantiene, declarada en la instancia desde tres años antes, por periodos alternos de seis meses y frente a la apelación de la madre que la pretendía exclusiva y la asignación de la vivienda. Constata la existencia de conflicto entre los progenitores, pero no razona al respecto, posiblemente por tratarse de un menor a punto de cumplir la mayoría de edad al tiempo de la apelación.

29/09/06 (ponente Hijas) La mantiene declarada por la sentencia de instancia, por periodos anuales y sujeto en todo caso a revisión. La madre, titular originariamente en exclusiva, contrae nuevo matrimonio, se lleva a las menores de Madrid a Barcelona y las intenta mentalizar para que sustituyan en sus preferencias a su padre biológico por su nueva pareja. Hay informe del Equipo Psicosocial, que menciona explícitamente la concurrencia del Síndrome de Alienación Parental.

31/10/06: (ponente Hijas) La sentencia de instancia establece la custodia compartida porque la madre trabaja en turnos de mañana, tarde y noche, atribuyéndola al padre fines de semana con pernocta de tres noches y dos tardes con pernocta cuando la madre tenga turno de noche. La AP mantiene la denominación de custodia compartida, frente a la petición de la madre de exclusiva, aunque el reparto de tiempos es desigual y amplía la pernocta del padre a todas las noches en que la madre tiene ese turno de trabajo, además de dos tardes entre semana en los otros turnos. Informe psicosocial a favor de la custodia compartida, pese a que “la menor muestra una ligera preferencia hacia la madre”

21/05/07 (Ponente Neira): Absolutamente clara, mantiene la custodia compartida, establecida en la instancia, contra la voluntad de la madre que la pretendía exclusiva, pese a conflictividad y falta de comunicación entre los padres, porque en el acto de la vista oral se constató la aceptación por los dos padres de tal sistema de custodia:

“En efecto, en el informe psicológico aportado a las actuaciones se dictamina que el grupo familiar reciba asesoramiento para técnico para tratar los elevados niveles de conflicto entre los progenitores, en el Centro de Atención a la Infancia mas próximo al domicilio de las menores y en un primer momento dada la petición del padre de custodia compartida por periodos mensuales, se argumentó que la guarda y custodia fuese ejercida por el progenitor materno.

Se reseña también en aquel dictamen que hay una percepción negativa de la relación que mantienen los padres entre sí, concluyendo asimismo que los niveles de comunicación entre los progenitores no son fluidos, por lo que dificultaría la guarda y custodia compartida en el momento y dada esa petición de custodia mensual, se recomienda la guarda y custodia se ejerza por uno de sus progenitores, y ampliación del régimen de visitas para al no custodio, favoreciendo la posibilidad de que en el futuro se ejerza por periodos escolares.

Pero es así que posteriormente en la vista oral los informantes indicaron que dada la aceptación por el padre del sistema de custodia compartida por periodos escolares estimaban aconsejable dicha custodia compartida por la estabilidad de las niñas, mostrándose conformes los progenitores con la asistencia al CAI.”

También 25/05/07: (ponente Hijas): La madre terminó aceptando la custodia compartida en el acto de la vista de la primera instancia en atención al informe psicosocial y del Fiscal a favor, y posteriormente cambia de idea recurre en contra:

“ni se ha acreditado que la conformidad entonces prestada por doña Susana estuviese afectada por vicios invalidantes del consentimiento, en los términos de los artículos 1265 y siguientes del C.C. máxime al estar debidamente asesorada en dicho momento por su dirección letrada, ni, en definitiva, que el sistema establecido haya resultado perjudicial para la prole pues la idoneidad del mismo no puede quedar en entredicho por las iniciales y lógicas dificultades en orden a la adaptación de la menores a su nuevo entorno convivencial, en el que, según se infiere de las manifestaciones de ambos litigantes en el acto de la vista, del recurso, se encuentran correctamente acomodadas en la actual coyuntura.”

27/12/07: (Neira) La custodia compartida estaba establecida desde las medidas provisionales. Se mantuvo en la sentencia de divorcio y después la madre apela pidiendo la exclusiva y la atribución del uso de la vivienda familiar. La sentencia confirma la custodia compartida declarada en primera instancia añade

“y es lo cierto que las menores con edades durante la tramitación de la causa de 13 y 15 años de edad se manifestaron en el sentido de la resolución apelada, por lo que no consta que tal medida suponga perjuicio alguno para las hijas, disponiendo la sentencia apelada que las hijas comunes no se trasladen de un domicilio a otro, lo que determina en este punto la confirmación de la sentencia recurrida. “

Debemos incluir en este apartado el caso contemplado en la S 11/04/08 (ponente Galan): en la sentencia de instancia se atribuye a la madre formalmente la custodia y al padre convivencia con los hijos desde martes a la entrada del colegio del jueves y fines de semana alternos, con pernocta de tres días, es decir, 14 noches con el padre y 16 noches mensuales con la madre. La Audiencia provincial, teniendo en cuenta que se trata de una custodia compartida de facto, reduce la pensión alimenticia a cargo del padre, pero mantiene el sistema y su denominación formal, argumentando:

“en el ámbito legal y de conformidad con lo establecido en el art. 92 del Código civil, el pronunciamiento de la sentencia apelada no impide declarar que la custodia de los hijos se ha atribuido a la madre, y no obstante el amplio régimen de estancias y comunicaciones establecido a favor del padre, de modo que no se desnaturaliza la función de custodia que ejerce la madre por dicha circunstancia”.

También la de 09/05/08 (ponente Galán). En el auto de medidas provisionales se confería la custodia a la madre; en la sentencia de instancia se establece compartida por períodos trimestrales, asumiendo los alimentos el progenitor respectivamente custodio. Había informe psicosocial a favor de la compartida desde la primera instancia, si bien la sala de oficio ordena la práctica de otro informe que se emite un año después del primero, y se ratifica en la vista oral. Aquí la inercia está a favor del mantenimiento de la compartida y el conflicto no tiene relevación suficiente según la AP:

“En efecto, ambos progenitores influyen positivamente en la vida de los menores en todos los ámbitos, no existe ningún inconveniente personal y psicológico para que ambos ostenten la custodia, distribuida temporalmente en los términos señalados en la sentencia, y ello es así porque ambas hijas necesitan de modo constante la interacción y comunicación, y en suma, la convivencia con ambos progenitores, reflejándose incluso una mayor integración de una de las hijas, la menor, con el padre, con quien se siente mejor identificada, apareciendo dicho progenitor como figura preferente, necesitando conservar dicha interacción paterna, aun sin olvidar que también tiene una imagen positiva materna, en la realidad y en el entorno que vive la madre, aun siendo cierto, y en este sentido, ello se exprese en el citado dictamen, así como en las consideraciones finales, que existe ciertas tensiones y conflictividad entre los adultos implicados, si bien se aclara que la situación familiar actual en los términos resueltos en la sentencia apelada, aparece como lo menos negativo para las menores, siendo acorde a las necesidades emocionales de las menores y los deseos expresados por aquellas. “

SENTENCIAS QUE CONFIEREN LA CUSTODIA EXCLUSIVA AL PADRE:

El análisis de la jurisprudencia que se realiza en este estudio no se pretende enfocar desde el punto de vista del posible sesgo de género o discriminación por razón de sexo, en lo que se refiere al incuestionable mayor número de custodias sobre los menores atribuidas a las madres respecto a los progenitores varones. Las dudas que nos plantea la línea jurisprudencial analizada desde la prioritaria atención a los derechos constitucionales de los menores, se refieren a **la posible discriminación que tal jurisprudencia genera contra los hijos de padres divorciados** respecto de los hijos de progenitores en situación de “normalidad familiar”, al proscribir de facto este órgano jurisdiccional muy acentuadamente la custodia compartida respecto de la exclusiva, cualquiera que sea el progenitor al que ésta última se atribuya.

Pese a este enfoque general, y visto en el punto anterior que la mayor parte de las custodias compartidas confirmadas en apelación lo son contra peticiones de las madres de custodias exclusivas, es significativa la excepcionalidad con que la misma Sección 2ª atribuye o confirma custodias exclusivas a favor de progenitores varones. Solo aparecen los siguientes **nueve casos:**

08/06/04 (ponente Neira): Se confirma lo declarado en primera instancia que la atribuye al padre sobre su hijo de 15 años, quien lo solicitó expresamente en el Juzgado. Pese a ello, se había adjudicado a la madre el uso de la vivienda común.

15/09/04 (ponente Chamorro): Confirma la de primera instancia que la atribuye al padre. La hija ya era mayor de edad cuando se resolvió la apelación y estaba con el padre desde la separación de hecho.

19/11/04 (ponente Galán): Ratifica la sentencia de instancia que la adjudicaba al padre, basándose en el inequívoco informe psicosocial, que fue duramente criticado por la representación de la madre. Se le concede a la madre dos tardes la semana, y al parecer, estar con los hijos todos los días entre semana a la hora de comer.

08/07/05 (ponente hijas): Se le había atribuido al padre en exclusiva en la sentencia de instancia y el informe psicosocial es claro a favor de la compartida. Dice la sentencia que la situación actual mas que un cambio de custodia exige una *”pacificación de las relaciones de sus procreadores (...)”* lo que podría en un futuro próximo desembocar en un régimen de alternancia en su cuidado, como solución idónea, según se expone en el antedicho informe(...). No obstante, se otorga a la madre fines de semana con pernocta de tres noches y además dos tardes a la semana, lo que solo excepcionalmente se concede a los progenitores varones en situación similar y prácticamente nunca por vía de modificación de medidas.

23/12/06 (ponente Neira): Confirma la atribución al padre desde la instancia. La hija mayor se había ido a vivir con el padre y el informe psicosocial revela que inequívocamente no quiere vivir con la madre por su estilo educativo autoritario, frente al más dialogante del padre.

10/01/07 (ponente Neira): Incluimos aquí un caso en que la madre, de nacionalidad dominicana, desplaza a su hija a su país, y el Juez confirma, al menos nominativamente, la custodia compartida, siendo durante todo el año para el padre y para la madre todas las navidades y el verano. La Audiencia reduce aun mas las visitas de la madre, permitiendo al padre retener a la hija en España unas Navidades de cada dos años y 20 días en verano. El informe psicosocial se basa sobre todo en las manifestaciones de la niña.

23/03/07 (ponente Chamorro): La madre la pedía exclusiva, pero el informe psicosocial contemplaba bien la exclusiva del padre, bien la compartida. La madre discutió el valor científico del informe psicosocial y la falta de motivación de la sentencia de instancia (procedente del Juzgado 80 de Madrid).

16/10/07 (ponente Galán): La atribuye al padre, pues después de tenerla compartida durante un periodo, la madre se desplaza de Madrid a Guadalajara y los dos hijos prefieren seguir viviendo en Madrid. El informe psicosocial avalaba la custodia exclusiva de cualquiera de los dos progenitores.

25/04/08: (ponente DelaFuente). Confirma la sentencia de instancia atribuyéndola al padre. Se trata de hijo varón de 16 años que en una primera exploración prefiere vivir con ambos progenitores y en una segunda manifiesta inequívocamente su deseo de vivir con el padre.

JURISPRUDENCIA DE LA SECCION 24 DE LA AUDIECIA PROVINCIAL DE MADRID EN MATERIA DE CUSTODIA COMPARTIDA

- Planteamiento general. Matices en relación al magistrado ponente.

I.- Correas González.

II.- Sanchez Franco.

III.- Hernandez Hernandez.

- Regimen de visitas.

- Fundamentos del rechazo de la custodia compartida.

-El conflicto entre los progenitores.

- Argumentos procesales.

-Inercia respecto a la situación de custodia exclusiva.

Actos propios del no custodio.

-Falta de medios en el progenitor.

-Voluntad en contra de los menores.

- Informe pericial psicosocial

-Informe del Ministerio fiscal

-Sentencias que declaran custodia compartida.

-Sentencias que confieren la custodia exclusiva al padre.

PLANTEAMIENTO GENERAL DE LA SECCIÓN 24.

Esta sección no ha concedido desde la entrada en vigor de la reforma de la regulación del divorcio del 2005 NINGUNA custodia compartida, en vía de apelación, a petición de uno de los padres contra la voluntad del otro y en sólo DOS casos ha confirmado la establecida en la sentencia de la primera instancia, pese a haber sido impugnada en la apelación.

La sección 24 de Audiencia Provincial de Madrid remonta más lejos que la otra sección del mismo tribunal, la 22, el origen y consolidación de la doctrina jurisprudencial contraria genéricamente al sistema de custodia compartida, y la formula, incluso después de la reforma legal del año 2005, en términos aun más negativos que ésta. Es muy significativo, sin embargo, observar los distintos matices con que este tendencia unánimemente negativa se pone de manifiesto en los distintos ponentes, en particular en lo relativo a la matizada evolución que se observa en el tiempo en unos ponentes y en la persistencia sin fisuras en los mismos razonamientos en otros.

I.- CORREAS GONZALEZ

Así, en las sentencias de las que es ponente en magistrado Ilmo. Sr. D. Francisco Javier Correas González, su planteamiento teórico distingue entre “patria potestad” y “guarda y custodia” y dentro de ésta, entre custodia “compartida” y custodia “alternativa”.

La primera distinción aparece con especial claridad en la S de 10/11/2005 (ponente Correas): la sentencia de instancia atribuía el uso de la vivienda familiar a los dos progenitores por turnos de seis meses. El “peregrinaje” del hijo menor estaba motivada por la disfunción entre el uso de la vivienda y el régimen de custodia, pues era la madre, guardadora exclusiva, la que se veía obligada a desplazar al niño a otro domicilio el semestre que no le correspondía usar la vivienda a ella. El padre pide la atribución de la custodia periódicamente alternativa por semestres y en la misma vivienda familiar; la Sala proclama el rechazo a la custodia compartida, incluso en contra del otrora invocado interés del menor de evitar cambios de domicilio, razonando exclusivamente en términos

genéricos, sin valoración probatoria alguna, y considerando los semestres como cambios “*cada poco tiempo*”. Pero con ocasión de tal rechazo, formula el siguiente planteamiento teórico, excepcional en la totalidad de la jurisprudencia analizada de este tribunal:

“ (...) *En cuanto al motivo relativo a la guarda y custodia compartida conviene precisar que no obstante la medida nuclear de la separación matrimonial que conlleva la física separación de las partes, se puede hacer compatible **con la medida complementaria de conceder una patria potestad compartida** en orden a tomar decisiones de cierta trascendencia que, afectando al hijo, puedan adoptarse de común acuerdo sin que el progenitor que no convive con el hijo se vea privado del conocimiento de aquellas, debiendo valorarse en igual medida sus opiniones que las de aquel que lo tenga en su compañía. Mas la guarda y custodia no tiene su contenido en la adopción de medidas de tanta trascendencia, sin que ello suponga restarle valor a tan importante función, sino que la misma se resuelve en un quehacer más cotidiano y doméstico, que sin lugar a dudas también contribuirá a la formación integral del hijo y que difícilmente podría compartirse por quienes no vivan juntos, lo que supondría, de admitirse otra tesis, una invasión de la esfera privada de un progenitor en la del otro. Ahora bien, si la guarda y custodia compartida en el sentido gramatical de la palabra es difícil acordarse en supuestos cuya medida nuclear es la separación física de los padres; lo más correcto sería olvidarse de aquella palabra (compartida) por la de custodia periódicamente alternativa, pero también es medida difícil de tomar por periodos alternativos que como en el caso, se pretende sea de cada seis meses, pues conforme es doctrina jurisprudencial existente desde diciembre de 1985, hay que evitar que los hijos estén continuamente en peregrinación domiciliaria o, si no hay traslado de los hijos, sí sufrirían cada poco tiempo cambios en los quehaceres o devenir de cada día. Procede, en consecuencia, con cuanto antecede, desestimar este motivo del recurso al considerarse correcta la solución dada en el caso por el órgano "a quo". (...)*”

No es objeto de este estudio hacer valoraciones teóricas sobre el contenido de las sentencias que intentamos sistematizar. Es imposible, sin embargo, sustraerse a la perplejidad que causa la expresión de la anterior sentencia “*se puede hacer compatible (la separación matrimonial) con la medida complementaria de **conceder una patria potestad compartida** (j)*”, que en absoluto responde a indecisiones terminológicas que pueden aparecer en otras resoluciones.

Nos permitimos apuntar que, según opinión común, la patria potestad no la “conceden” los tribunales con ocasión de los pleitos matrimoniales,

como dice la sentencia transcrita: corresponde a los dos progenitores *ex lege* (y añadimos, por que la ley lo que hace es reconocer un derecho natural, y por tanto innato) como atributo esencial de la relación paterno-filial desde el mismo momento en que queda determinada la filiación (artículos 154 y 156 CC). La expresión “patria potestad compartida” constituye una anomalía en ese contexto porque, a diferencia de la guarda, el concepto no alude ni siquiera tangencialmente a las relaciones de los progenitores entre sí, sino a la vocacionalmente plena de cada uno de los padres sobre cada uno de sus hijos. Puede ser objeto de suspensión, limitación o privación por los Tribunales, (art 170 y 158 Cc) en atención a causas de interpretación restrictiva, las cuales pueden eventualmente aflorar con ocasión de los pleitos matrimoniales, pero que en absoluto son objeto directo de los mismos. Procesalmente, las cuestiones relativas a la guarda y custodia se ventilan por el procedimiento especial matrimonial de los artículos, 769 y siguientes LEC, y las relativas a las relaciones del no custodio con sus hijos (art. 160 C.c.) por los trámites del juicio verbal (art. 250.12 Lec); no así la atribución o privación de la patria potestad, que al afectar a derechos fundamentales y de la personalidad tanto del progenitor como del hijo, deben tramitarse por la vía del juicio ordinario contemplado en art. 249.2 Lec, incurriéndose en caso contrario en nulidad radical de actuaciones.

Mucho menos consiste la patria potestad en una medida “*complementaria*” de la guarda y custodia como afirma esta sentencia; exactamente al revés, el núcleo jurídico de la relación paterno-filial reside en la patria potestad, siendo la guarda y custodia una modalización de la misma respecto a algunas de sus consecuencias en la convivencia cotidiana. Por eso, fallecido el progenitor custodio la patria potestad del no custodio cercenada a consecuencia de la atribución de la guarda al otro, se plenifica automáticamente y sin necesidad de pronunciamiento judicial alguno, recuperando el no custodio la totalidad de las facultades y deberes inherentes a la patria potestad que nunca perdió. Quizá aquí la psicología o la ideología, más que el Derecho Civil, traiciona este caso a la sala, al considerar nuclear o principal sobre la patria potestad la discusión relativa a la guarda y custodia, en cuyo ámbito se dilucida efectivamente el “interés” de los progenitores relativo a vivienda y pensiones.

Una diferenciación entre patria potestad y custodia, con atrevida ejemplificación de actuaciones, aparece en la S 17-01-07 (ponente Correas):

“(...) por ello habría que distinguir dos funciones; la relativa al ejercicio de la patria potestad, reservada para decisiones importantes afectantes a los hijos, que deben adoptarse de común acuerdo por las partes, sin que sea óbice la separación y el rompimiento del vínculo, como por ejemplo largas enfermedades, operaciones quirúrgicas, prótesis dentales o de otro tipo, comuniones, viajes de perfeccionamiento de estudios, etc.; y las funciones de la guarda y custodia que no tiene un contenido en la adopción de medidas de tanta trascendencia, sin que ello suponga restarle valor a tan importante función, sino que la misma se desenvuelve en un quehacer más cotidiano y doméstico, (...)”

Respecto a la distinción terminológica entre custodia “compartida” y custodia “alternativa”, en los restantes ponentes tanto de esta sección como de la 22 la cuestión no merece en general más allá de un breve comentario incidental. Por el contrario la ponencias del magistrado Sanchez Correas se reserva la primera expresión, contra la terminología generalmente aceptada, al modo de ejercicio de la guarda propia de la convivencia en régimen de normalidad familiar; o sea, sería “compartida” la derivada de la plenitud vocacional con que corresponde a cada uno de los dos progenitores sobre los hijos sujetos a su patria potestad, derivando el carácter compartido de la concurrencia o superposición de las titularidades de ambos respecto de tal derecho-deber, cuando conviven progenitores y stirpe permanentemente en un mismo domicilio. Consiguientemente, según este esquema conceptual, si la separación o el divorcio determinan el cese de la convivencia de los progenitores, la custodia sobre los hijos no puede por imperativo -lógico mas que legal- seguir siendo “compartida”.

Custodia “alternativa” o “periódicamente alternativa” sería según este esquema la ejercida individualmente cada uno de los progenitores sobre los mismos hijos por periodos sucesivos temporales, de mayor o menor duración, en el mismo domicilio rotando los padres o cada uno en distinto hogar. Por utilizar una imagen forzosamente traída del campo de los derechos jurídico-reales, la custodia “compartida” sería para esta concepción asimilable a la comunidad germánica o en mano común, mientras que la custodia alternativa estaría más próxima a la multipropiedad o time-sharing.

Esta tesis aparece, en lo que al ponente citado se refiere, en tiempos tan pretéritos como marzo de 2002 en la siguiente sentencia, de cuya transcripción remarcamos cómo el carácter excepcional de la custodia

compartida se argumenta idénticamente antes y después de la reforma legal de 2005:

S 06-03-02 (ponente Correas): *“En cuanto a la pretensión de que la guarda y custodia convenida por las partes se califique de compartida, es pretensión que debe rechazarse pues es una medida que dentro del Derecho de Familia español podría calificarse de excepcional, tanto es así que el propio legislador, sin prohibirla expresamente, no ha contemplado tal posibilidad, y así el propio artículo 92 del Código Civil concretamente en su párrafo tercero, alude a la decisión que tomará el Juez acerca de cual de los progenitores tendrá a su cuidado los hijos menores, sin que esto sea óbice para que el ejercicio de la patria potestad sea compartida en orden a tomar decisiones de cierta trascendencia que, afectando al hijo, puedan adoptarse de común acuerdo, sin que el progenitor que no convive con el hijo se vea privado del conocimiento de aquellas, debiendo valorarse en igual medida sus opiniones que las de aquel que la tenga en su compañía. Mas la guarda y custodia no tiene un contenido en la adopción de medidas de tanta trascendencia, sin que ello suponga restarle valor a tan importante función, sino que la misma se desenvuelve en un quehacer mas cotidiano y doméstico, que sin lugar a duda también contribuirá a la formación integral del hijo, y que difícilmente podría compartirse por quienes no viven juntos, lo que supondría de admitirse otra tesis, una invasión de la esfera privada de un progenitor en la del otro, o, en otro caso, un peregrinaje del hijo de un hogar a otro; siendo, entonces, en este supuesto, mas correcto denominarla custodia periódicamente alternativa. Pues bien, recapitulando, no es correcto hablar ni se puede admitir, en puridad jurídica de guarda y custodia compartida en quienes no viven juntos por efecto de la separación matrimonial o el divorcio; y en cuanto a la guarda y custodia periódicamente alternativa es solución mirada con disfavor por la doctrina, jurisprudencial, que desde diciembre de 1985 viene diciendo que hay que evitar "una peregrinación domiciliaria de los hijos".*

De acuerdo con eso, se rechaza sistemáticamente toda petición de custodia “compartida”, por apreciarse una incompatibilidad lógica con la separación o divorcio, y así se expresa, sucintamente en numerosas sentencias. Se destaca que de ninguna de las sentencias analizadas se aprecia el más mínimo indicio de que el apelante pese a utilizar la expresión “compartida” pretendiera una custodia conjunta *uxorio modo*. Por ejemplo, y con redacción muy parecida, en las de 18/01/06, 08/03/06, 13/07/06, (ponente Correas) etc.: (en la segunda no aparece coma entre las palabras “compartida” e “incompatible”, al menos en la versión de poderjudicial.es)

“no procede una guarda y custodia compartida incompatible con la medida nuclear decretada de la separación”.

En muchas otras, sin embargo, este razonamiento se refuerza con el rechazo genérico a la custodia llamada alternativa, por ejemplo en las de 07/09/06, 31/10/07, 31/01/08, etc (ponente Correas):

“ la guarda y custodia compartida en puridad jurídica y terminológica es un contrasentido con la medida nuclear adoptada en el caso como es el divorcio que implica rompimiento del vínculo y separación física de cuerpos; es decir, ausencia de convivencia y de coexistencia en el mismo domicilio que fue el familiar o conyugal. “Ahora bien, si con mayor acierto lo que se pretende es una guarda y custodia periódicamente alternativa conviene recordar que la doctrina jurisprudencial existente, constante desde diciembre de 1985, la mira con disfavor pues de cambiar los hijos, como en el caso se establece, cada mes, es verles en continuo peregrinaje de un domicilio a otro de los progenitores; de ser estos los que cada mes vinieren al domicilio familiar, los menores estarían, cada poco tiempo cambiando de estilos, formas, usos, costumbres de vida, horarios, estudios; etc.; lo que les llevaría, sin duda, a un total desequilibrio en casa, colegio y relaciones.”

La S de 14-03-02 (ponente Correas) llega a transcribir algún pasaje de la sentencia de diciembre de 1985 a la que se pretende remontar la doctrina contraria a la custodia compartida:

“ y la mas correctamente llamada guarda y custodia alternativa no es aconsejable porque conforme a constante doctrina jurisprudencial que de manera insistente desde diciembre de 1985 viene diciendo que: “con respecto a los hijos menores, no es posible que, a partir de la separación de los padres, inicien una peregrinación domiciliaria” que repercutiría negativamente o no se centrarían en lo personal, social, escolar, etc.”

Las de 17/01/07 y 17/01/08 (ponente Correas) sustituyen las expresiones anteriores (“total desequilibrio”, “repercutiría negativamente”) por las mas drásticas de “altamente perjudicial” y “desestabilizadora” y la ultima sustituye además la expresión procedente del año 86 de “peregrinaje domiciliario”, de dudosa vigencia sociológica, por la más neutra de “mudarse de vivienda”, arrogando para sí, no obstante, el honor de utilizar en este punto la terminología “correcta” y remontando el origen de esta

jurisprudencia no a diciembre de 86, sino a “abril” del mismo año, periodo en el que no hemos encontrado ninguna alusión tan explícita al tema:

”(...) En otro orden de cosas, la guarda y custodia compartida en puridad jurídica y terminológica es un contrasentido con la medida nuclear de la separación matrimonial (antes), que conlleva la separación física de cuerpos; y con la declaración del divorcio (ahora) que rompe el vínculo matrimonial; y en base a la terminología correcta de una guarda y custodia periódicamente alternativa, amén de no haberse pactado por las partes; es mirada con disfavor por la doctrina jurisprudencial existente desde abril de 1985, por ser altamente perjudicial para los menores, desestabilizadora al tener que mudarse periódicamente de vivienda; o ver como en cada período de tiempo es su padre o madre, al venir al domicilio familiar para estar con ellos, los que cambian sus horarios, costumbres, estilos para estudiar, asearse, descansar, etc. (...)”

Los prejuicios contra la guarda alternativa son llevados a extremos expresivos en la de 27/09/06 (ponente Correas). En su fundamento jurídico SEGUNDO, quizá por error de transcripción, se repite dos veces consecutivas la literalidad del reseñado pronunciamiento genérico en contra, que en este caso además se considera que exime de cualquiera esfuerzo argumental. La sentencia está publicada con la siguiente literalidad:

“(...)con respecto al motivo relativo a la guarda y custodia de los hijos procede, del estudio de las actuaciones, su desestimación y ello sin necesidad de extendernos en mayores argumentaciones jurídicas pues la llamada guarda y custodia compartida , en puridad jurídica, es incompatible con la medida nuclear adoptada de divorcio, con rompimiento del vínculo y consecuente separación física de cuerpos que sería dificultada o hasta impedida si se estableciera una guarda y custodia compartida , en puridad jurídica, es incompatible con la medida nuclear adoptada de divorcio, con rompimiento del vínculo y consecuente separación física de cuerpos que sería dificultada o hasta impedida si se estableciera una guarda y custodia realmente compartida.(...)

Apuntala la argumentación en contra de la custodia periódicamente alternativa, con el siguiente razonamiento:

“(...) Y, una guarda y custodia alternativa, con frecuencias de 30 días cada parte, en el domicilio de cada uno de los progenitores, en contra de lo que piensa esta

parte; ello es tremendamente desestabilizador para los hijos a los que veríamos cada poco tiempo con la maleta y cambiando de domicilio, costumbres, modos y formas en su cotidiano vivir, que afectaría a su descanso, rendimiento escolar y trato social y familiar.”(...)

En la de 07-09-06 (ponente Correas) el mismo argumento sirve para revocar la sentencia de primera instancia que había acordado la custodia compartida por trimestres, y concederla exclusiva a la madre, amparándose en un Informe Psicosocial que había servido de base a la instancia para acceder al sistema de custodia compartida y en el conflicto de los progenitores:

“(...) no procede señalar una guarda y custodia compartida pues es inviable con la medida nuclear adoptada en este proceso de la separación matrimonial, que supone separación física de cuerpos y abandono por una de las partes del domicilio familiar; en cuanto a la alternativa supondría o un cambio continuo de los progenitores en el domicilio familiar con cambio de costumbres y estilos difíciles de asimilar por unos menores o un continuo peregrinar de los hijos al domicilio de cada una de las partes, medida totalmente desestabilizadora. No procede señalar, entonces una guarda y custodia compartida, ni alternativa, amen de no haberse solicitado ello por ninguna de las partes, ni existir acuerdo al respecto, como sería un requisito actual según la nueva redacción dada al artículo 92 del Código Civil por Ley 15/2005, de 8 de julio.”

La de 08-05-08 parece denotar un cierto hastío, pues ni siquiera repite formulariamente los prejuicios en contra de la custodia compartida, sino que se remite a otras sentencias, al razones, en este caso para confirmar excepcionalmente la custodia exclusiva atribuida al padre en la instancia:

“Igualmente es inviable la guarda y custodia alternativa por periodos de 15 días que salvo prueba en contrario, que no se ha dado, seguro es desestabilizadora para los niños por razones ya argumentadas en repetidas sentencias de esta sala”.

Este planteamiento contrario conceptualmente a la custodia compartida no experimenta evolución alguna en las sentencias analizadas de este ponente, entre el 2001 y septiembre de 2008. Solo a partir de la de 07/09/06, y en ninguna anterior a ella, encontramos una alusión a la reforma del Código Civil en lo afectante a custodia compartida, si bien en ésta para resolver en el mismo sentido negativo y con idéntico razonamiento que durante la regulación anterior:

“(...) cabe previamente recordar, para una mejor comprensión de lo que después se dirá que, en puridad jurídica, la guarda y custodia compartida debe considerarse como una medida excepcional pues antes de modificarse el Código Civil, sin prohibirla expresamente el legislador, no contempló tal posibilidad, pues las decisiones más importantes para la vida de los hijos estaban comprendidas dentro del ejercicio conjunto de la patria potestad, de una patria potestad compartida (...),”.

II.- SANCHEZ FRANCO:

Las ponencias del Magistrado Ilmo. Sr. D. Angel Sánchez Franco, se enmarcan en la doctrina general de la Audiencia de Madrid y de esta sección 24, genéricamente en contra de la custodia compartida como sistema. Tampoco se concede ninguna por vía de apelación en todo el periodo analizado. Las argumentaciones de sus fundamentos de derecho son extraordinariamente concisas. Se limitan en general a constatar a juicio de la Sala la falta de concurrencia de los requisitos legales para el establecimiento de tal sistema de guarda, pero sin que ni del análisis conjunto de las sentencias quepa deducir cuales serían la totalidad de dichos requisitos o cómo habrían de ser interpretados, ni tampoco de cada una de ellas por qué motivos la Sala considera que no concurren, aunque estos pudieran coincidir idénticamente con los del juzgador de instancia. Para ejemplificar lo anterior se transcribe a continuación la integridad del fundamento jurídico o del párrafo completo donde se rechaza la petición del apelante relativa a la custodia compartida en algunas de las siguientes las sentencias de las que, sobre este tema, ha sido ponente dicho magistrado desde la entrada en vigor de la Ley de reforme del divorcio. Se especifica que ninguna de las sentencias transcritas contiene ni un solo razonamiento más al respecto, ni en el mismo fundamento jurídico ni en ningún otro:

S 15/03/07 (ponente Sanchez Franco): *“(...) PRIMERO.- La parte recurrente no ha ofrecido a la Sala razones objetivas y plenamente acreditadas fundadas, que evidencien el error cometido en la resolución de instancia y hagan aconsejable en beneficio del menor cambiar el sentido de la resolución adoptada, tras haber gozado el Juzgador de Instancia privilegio del principio de inmediación y practicarse una serie de pruebas y máxime cuando no concurren presupuestos legales*

para la adopción de la guarda y custodia compartida según el artículo 92 del Código Civil (...)”.

S 03/09/07 (ponente Sanchez Franco): “(...) *PRIMERO.- En el presente caso de autos no concurren circunstancias especiales que justifiquen, en interés del menor, una guarda custodia compartida ; ante la falta de acuerdo entre sus progenitores; y máxime atendiendo a la amplitud, en cuanto a su extensión y contenido del régimen de visitas a favor del progenitor no custodio; resultando pues también desestimatoria la medida de atribución a ambos progenitores de la vivienda que fue familiar(...)*”.

S 29/10/07 (ponente Sanchez Franco): “(...) *Como tampoco concurren los presupuestos legalmente previstos para otorgar una guarda y custodia compartida . Siendo el régimen de visitas, comunicaciones y estancias lo suficientemente amplio para posibilitar y fomentar la relación afectiva continuada y fluida con el progenitor no custodio, dadas las circunstancias concurrentes y la residencia distinta y distante entre los menores y progenitor no custodio (...)*”.

S. 29/10/07 (ponente Sanchez Franco, de la misma fecha que la anterior, esta procedente del Juzgado 66 de Madrid):” (...) *Como tampoco concurren los presupuestos legales exigidos para otorgar una guarda y custodia compartida, en defecto de acuerdo entre los litigantes (...)*”.

S. 21/02/08 (ponente Sanchez Franco, procedente del Juzgado de Getafe-5): “(...) *tampoco procede la custodia compartida, como petición subsidiaria, al no concurrir lo requisitos exigidos en el artículo 92 del Código Civil(...)*”. La sentencia no dice nada más al respecto.

S. 21/02/08 (ponente Sanchez Franco, de la misma fecha que la anterior, esta contra S. procedente del Juzgado de Madrid-28):

“(...)II.- *FUNDAMENTOS JURÍDICOS; PRIMERO.- Respecto de la guarda y custodia compartida . No procede la misma, a tenor del informe pericial psicosocial practicado a tal efecto, unido al hecho de no separar a los hermanos, y aunque uno de ellos, con edad suficiente ha manifestado su deseo de continuar conviviendo con su madre; además de no concurrir los presupuestos exigidos en el artículo 92 deL Código Civil .(...)*”

S. 21/02/08 (ponente Sanchez Franco, de la misma fecha que las dos anteriores, ésta procedente del Juzgado de Majadahonda-1):

“(…) II.- FUNDAMENTOS JURÍDICOS. PRIMERO.- Respecto a la guarda y custodia compartida.. Tal petición debe ser desestimada, pues además de no haber ofrecido la parte apelante razones excepcionales que justifiquen tal medida y en beneficio o interés superior de los menores, por las razones dadas por el Juez de instancia, además de ello, no concurren los presupuestos fácticos exigidos en el artículo 92-5 del Código Civil como es el acuerdo de ambos en el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos, ya sea plasmado en Convenio Regulador o cuando por ambos progenitores llegan a un acuerdo en el transcurso del “: (la frase acaba así en la base de datos de Poder Judicial)

S. 03/03/08 (ponente Sanchez Franco):” *(…) Y sin que concurren los presupuestos necesarios exigidos en el artículo 92 del Código Civil , para una atribución de guarda y custodia compartida.”*

S. 23/04/08 (ponente Sanchez Franco):

“(…) II.- FUNDAMENTOS JURÍDICOS PRIMERO.- Respecto la guarda y custodia compartida y extensión del régimen de visitas. En el presente caso de autos, no concurren los presupuestos fácticos necesarios de conformidad con el artículo 92 del Código Civil , para otorgar una guarda y custodia compartida , dada la falta de acuerdo sobre tal particular y situación de conflictividad existente; como tampoco procede ampliar el régimen de visitas solicitado, dada la edad del hijo y el resultado de su exploración judicial.(…)

III.- HERNANDEZ HERNANDEZ

En las sentencias de las que es ponente la magistrado Ilma. Sra. Doña Rosario Hernández Hernández, se observa frente a lo apuntado anteriormente, una evolución muy significativa en la manera de argumentar en contra de la custodia compartida. En las sentencias anteriores la reforma legal de 2005 se afirma sin excesivos matices ni esfuerzos de argumentación la incompatibilidad radical de tal sistema con la regulación previgente del Código Civil. Tras dicha reforma se pasa a considerar como solución legalmente admisible legalmente, si bien

excepcionalísima, y ello tanto en los casos de acuerdo de los dos progenitores como, más acentuadamente, en los que es solicitada por uno sólo, generalmente el padre, contra la voluntad de la madre. En este periodo se modifica y matiza el esquema argumental anterior, también contrario al sistema; exigiéndose cumulativamente todos los requisitos del artículo 92 del Código civil, lo que lleva la denegación sistemática de tal opción de guarda hasta el punto de resolverse la apelación en ocasiones revocando la sentencia de instancia para establecer el cambio de custodia exclusiva de un progenitor al otro, antes que conceder la compartida solicitada por alguno de los dos.

La evolución es especialmente significativa en lo que afecta al régimen de visitas concedido del progenitor no custodio. A diferencia de la sección 22, la ponencias de esta magistrada citan con frecuencia la existencia de un régimen de visitas considerando como típico o “normal” el foro; respecto de él, antes de la reforma se revocan varias sentencias de instancia por considerar el régimen de visitas concedidas en ellas al no custodio excesivamente amplio y próximo a la custodia compartida; tras la reforma son más las sentencias en que se amplía dicho régimen al no guardador, o en otras se confirma la sentencia de instancia pese a las peticiones de la progenitora custodia de restringir las visitas concedidas al no guardador. Es decir, parecen ir suavizándose los prejuicios en contra de períodos de estancia de los menores con el no custodio que por su extensión pudieran ser indiciarios de una custodia compartida encubierta.

Así, los prejuicios anteriores a la reforma en contra de la custodia compartida aparecen ejemplificados en su máximo rigor en la S 1-10-03 (ponente Hernandez Hernández): Existe Informe Psicocial a favor y acuerdo de los dos progenitores para compartir la custodia alcanzado con ocasión de tal informe; la sentencia desprecia las dos circunstancias por considerar que el tribunal tiene en la aplicación literal de la ley superiores elementos de juicio que los psicólogos y que los propios padres y les impone a éstos, contra la voluntad de los dos científicamente asesorada, un sistema de custodia exclusiva en favor de la madre. Se resalta que esta sentencia es posterior a la del Tribunal Constitucional de 15/01/01 que proclamó la constitucionalidad del establecimiento judicial de tal sistema pese a que no hubiera sido solicitado por ninguno de los progenitores:

“(...) la pretensión paterna no puede tener favorable acogida, al ser inviable la propuesta guarda y custodia compartida de carácter alternativo, por más que venga

recomendada por el informe psicosocial emitido por el equipo técnico adscrito al Juzgado de origen, obrante a los folios 340 a 344 de las actuaciones, al que nos remitimos, en el que no se deduce razón fundada, objetiva y de peso, más allá de un pacto alcanzado por los progenitores a presencia de los peritos informantes, sin indicar, en que concretamente, beneficie al hijo común, Cristobal , y a su estabilidad escolar, familiar y social tal sistema incompatible con lo dispuesto en los artº. 90 y 94 del Código Civil , bien al contrario, le parece a la Sala perturbador el régimen repetido, asimilado como se dijo a una guarda y custodia alternativa, poco respetuosa con los horarios y tareas de estudio y realización de actividades escolares propias de un menor de 8 años de edad con que cuenta Cristobal , entendiendo que ello iría en detrimento de las horas de descanso y estudio, por lo que nos conduce a desestimar tal motivo de recurso (...),

Se insiste en la inviabilidad legal *in genere* del sistema, sin más apoyo argumental en la de 18/11/04 (ponente Hernández Hernández): el padre reclamaba compartir la custodia frente a la madre que la había obtenido exclusiva en primera instancia:

“Para concluir, en orden al submotivo deducido de guarda compartida alternativamente, tal posibilidad es incompatible con nuestro ordenamiento jurídico a tenor de lo dispuesto en los artículos 90, 91, 92, 93 y 94 todos ellos del Código Civil , por lo que ha de ser igualmente desestimado.”

La sentencia no contiene ni un solo argumento mas en contra de la custodia compartida.

En la de 27/01/05 (ponente Hernandez Hernandez) parece matizarse entre “ilegalidad” y “alegalidad” de la custodia compartida, al considerarla inviable por falta de regulación, pero dejando una puerta abierta a admitir el sistema en función de no se sabe qué circunstancias (a la fecha de esta sentencia se está debatiendo parlamentariamente el proyecto de lo que terminaría siendo la ley 17/2005 de reforma del divorcio)

“(.) En definitiva, la sentencia apelada es correcta, se ajusta al ordenamiento jurídico, no infringe precepto legal alguno y procede en este punto su confirmación, al ser acorde al bonum filii, sin que quepa acordar una guarda y custodia compartida que implícitamente desestima la Juez a quo, y que es incompatible con nuestro ordenamiento jurídico, en el que no viene tal sistema previsto (art. 90, 92 y 94 del

Código Civil y concordantes), no advirtiéndose tampoco que lo aconsejen las circunstancias del caso.(...)”

Menos matizada en la formulación genérica en contra vuelve a ser la de 16/03/05 (ponente Hernandez Hernandez):

(...)figura de la guarda y custodia compartida, hoy por hoy incompatible con nuestro ordenamiento jurídico. (...)

La de 01/06/05 (ponente Hernandez Hernandez) coincide con la fase final de la deliberación parlamentaria de la llamada “ley de divorcio express”. La mención que se transcribe era innecesaria para el pronunciamiento de la sentencia contrario a la custodia compartida solicitada en este caso por la madre contra la exclusiva del padre, pues había un informe psicosocial absolutamente contundente en contra, la voluntad inequívoca de los dos menores -de 12 y 11 años- de seguir viviendo sólo con el padre, y pruebas del comportamiento de la madre que según la sentencia “*sugiere interrogantes*”. A pesar del cúmulo de elementos de juicios favorables a la custodia exclusiva del padre, la sentencia no deja pasar la oportunidad de formular la proclama genérica en contra de la custodia compartida, en un fundamento de derecho con numeración independiente:

“(...) SEGUNDO.- Dichas razones apuntadas, no desvirtuadas en esta alzada, donde no se acredita beneficio alguno que suponga a los hijos comunes un cambio, nos conducen a la anticipada desestimación del recurso, con confirmación de la sentencia apelada, sin más que añadir, a mayor abundamiento, que en el momento actual la figura de la guarda compartida no encaja en nuestro sistema normativo, a tenor del vigente art. 90 del Código Civil, así como 92 y concordantes

La inviabilidad legal in genere de la custodia compartida, sigue siendo proclamada por esta magistrada en sentencias cuyo dictado es posterior de la entrada en vigor de la Ley de 2005, como por ejemplo en la de 27/10/2005 (ponente Hernandez Hernández):

SEGUNDO.- El recurso deducido frente a la sentencia de fecha 21 de enero de 2005 , ha de ser estimado, con revocación de la sentencia de instancia en el sentido que interesa la recurrente, toda vez que sin constar el concreto beneficio que se genere al

menor, más allá de la comodidad del propio padre, el sistema de visitas que se instaura encubre una verdadera custodia compartida alternativa, hoy por hoy incompatible con nuestro ordenamiento jurídico, (...)

O la de 18/05/06; (ponente Hernandez Hernandez):

“(...) Para concluir este punto, es inaceptable la opción de guarda compartida, como incompatible con nuestro ordenamiento jurídico, (...)”

Un cambio de criterio aflora en las ponencias de esta magistrada no antes de la de 12/12/07, o sea, mas de dos años después de la reforma legal del divorcio. Esta apelación confirma la sentencia de instancia que instauraba un sistema de custodia compartida por trimestres, que procedía del proceso de separación en 2002, contando además, con al menos dos Informes Psicosociales que avalaban el sistema y la voluntad de los hijos inequívoca y constante desde tal fecha. Este caso fue resuelto en sentido diametralmente opuesto al de la de 01/10/03, citada anteriormente, y en el que concurrían elementos de juicio sustancialmente parecidos. Pero interesa destacar el siguiente pronunciamiento genérico respecto de la custodia compartida como sistema:

“(...) Consta en este caso, en atención a las circunstancias concurrentes, que solo a través de la guarda y custodia compartida alternativa, queda protegido el superior interés de Eduardo, y ha de ser mantenida por más que ahora se retracte la madre, cuando en el proceso de separación presto anuencia a ella, por lo que legalmente la posibilidad no puede excluirse sin más, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 92.5, 6 y 7 del Código Civil (...)”.

En relación con esta matizada evolución en las ponencias de la Registrada Hernández Hernández, debe destacarse por su trascendencia en el actual estado de debate social y de modificaciones en las legislaciones civiles autonómicas acerca de la custodia compartida, la afirmación incidentalmente contenida en la S de 07/05/08 (ponente Hernandez). Se apela contra una sentencia recaída en incidente de modificación de medidas de separación entre cónyuges; la sentencia de separación es de 23 de septiembre de 2005, esto es, toda la tramitación procesal es anterior a la Ley 15/2005 de 8 de Julio, si bien el dictado de la sentencia es inmediatamente posterior a su entrada en vigor. El padre apelante solicita en dicho incidente la custodia compartida de los dos hijos menores e invoca

entre otros argumentos el cambio normativo operado por la ley del 2005; la Sala rechaza la custodia compartida basándose esencialmente en el argumento de inercia respecto de la custodia exclusiva atribuida a la madre, pero acerca de la alegación por el padre apelante del cambio normativo afirma en términos generales:

“(...),No puede tomarse en consideración la alegada variación normativa operada por la ley 15/2005 de 8 de Julio, toda vez que en ningún supuesto el cambio de norma implica alteración de hechos o circunstancias, pero es mas, tal variación legislativa no se adujo en la instancia en el momento procesal oportuno, de donde no pudo ser considerada por el Juez a quo implicando una alteración inadecuada y extemporánea, en la alzada, del inicial planteamiento(...)”.

Debe destacarse que la apelación no alteraba el petitum de la demanda inicial del incidente de modificación de medidas; en los dos casos la petición nuclear afectaba a la custodia de los dos hijos menores; la demanda de apelación añadía, eventualmente, el argumento jurídico de la modificación normativa pero no pedía nada distinto ni adicional a lo solicitado en la instancia. Pero es que esta sentencia contrasta con otras ponencias de misma magistrada en que matiza o prescinde del principio dispositivo para resolver en el sentido considerado por la Sala mas favorable a los menores aun cuando el contenido la resolución no haya sido solicitada por ninguna de las partes. (Por ejemplo, en la de 19-06-08 *“el principio dispositivo resulta muy relativizado en esta materia por expresa disposición del art. 751. LEC”* o la de 16-09-08: *“no viene vinculado el tribunal por las peticiones de las partes, aún de consuno, al encontrarnos en presencia de materia de ius cogens, de orden público o derecho necesario, al afectar a menores, de donde no incurrimos en incongruencia, ni ultra, ni extrapetitum, con la adopción de medidas no interesadas”*).

Es decir, al parecer, según la Sala, en las ponencias analizadas **la atenuación del principio de justicia rogada solo se aplica cuando juega en contra de la custodia compartida y a favor de la exclusiva.**

Así, y pese a la evolución mencionada, la militancia de la Sala en contra de la custodia compartida aflora en su máxima expresión en la S de 30/01/08 (ponente Hernández): La sentencia de instancia atribuye a la madre la custodia exclusiva; en apelación el padre la solicita compartida por periodos semestrales; la sala alega explícitamente una vez más la modalización del principio dispositivo *“por hallarnos en materia de orden publico*

de derecho necesario, de ius cogens, no viniendo el tribunal vinculado por las pretensiones deducidas de las partes”; revoca la sentencias de instancia atribuyendo al padre la custodia exclusiva apoyándose esencialmente en los deseos manifestados de las dos hijas (de 16 y 13 años) en una exploración realizada no en la instancia sino en la alzada. Resulta llamativo que tales deseos tan decisivos para la apelación no fueran detectados ni por el juzgador de primera instancia, ni por el informe psicosocial, pero en todo caso, la Sala resuelve en contra de la custodia compartida del siguiente modo:

“(...) Debiendo rechazarse, atendido el interés de las menores y voluntad de estas, la guarda y custodia compartida alternativa propuesta, para la que además no concurren los presupuestos del Código Civil, artículo 92 del mismo, pues no viene informada positivamente por el equipo psicosocial adscrito al Juzgado de origen, no la interesa el Ministerio Fiscal, se opone la madre, y ya hemos dicho que no se adapta a la voluntad de las menores, no constando finalmente que sólo a través de tal alternativa quede garantizado el interés de las hijas(...)”

REGIMEN DE VISITAS

La doctrina de esta sección contraria a la custodia compartida se extiende claramente a lo relativo derecho de visitas del no custodio con los menores. Se especifica que en esta sección se detectan mas sentencias revocatorias de la instancia para modificar el régimen de visitas que en la sección 22. A dicha tendencia parece subyacer una extensión de la militancia de la sala contra el sistema a lo que más explícitamente en esta sección que en la otra, se denomina “custodia compartida encubierta”. O sea, en la sección 24, a diferencia de la 22, se menciona frecuentemente la existencia de un régimen de visitas “normal” o “normalizado” o “acostumbrado” en el foro, si bien hay grandes diferencias en cuanto a su concreta extensión entre los distintos ponentes y en los distintos momentos de la evolución jurisprudencial de esta sala, incluso de cada uno de los dos ponentes. El resumen de la evolución es que, en el marco de la proscripción general de la custodia compartida, **esta sección ha ido ampliando ligeramente el criterio de admisión de regimenes de visitas a favor del no custodio en cuanto al número de pernóctas y en cuanto a los días de visitas intersemanales.** Veámoslo con detalle.

La sentencia de 1/10/03 (ponente Hernandez Hernandez), antes citada, es un ejemplo, bajo la regulación anterior a la ley 15/2005, de revocación de la sentencia de instancia para reducir las visitas a favor del padre no custodio, concretamente dos pernoctas entre semana, dejándolas en una sola tarde, sin pernocta. La argumentación es similar a la esgrimida para negar la custodia compartida, pero a falta de una regulación legal específica que se pueda considerar vulnerada, la Sala se ampara en el supuesto carácter “desestabilizador” para los menores de la excesiva convivencia con su padre. Este sentencia revela cierto trasfondo ideológico al aludir a la perturbación de la estabilidad no personal, sino “familiar” de la menor por las visitas con el padre, de lo que parece deducirse que la Sala considera que pese a la ruptura del matrimonio la “familia” subsiste nucleada en torno a la progenitora custodia y los hijos, con exclusión del padre no custodio, quien al parecer no es “familia” de la menor por no vivir con ella:

“(..). El primer motivo de recurso que deduce D, X. , afectante el régimen de visitas y comunicaciones entre la hija común y el cónyuge no custodio, ha de ser desestimado, con supresión de las visitas intersemanales con pernocta, los martes y jueves, en cuanto tal sistema se revela tan amplio que encubre una inviable guarda y custodia compartida asimilada a una guarda y custodia alternativa, con frecuentísimos y casi en días alternos cambios domiciliarios, que puede llegar a suponer incluso una mayor presencia del progenitor no custodio que la del que ostenta la guarda, en los fines de semana que correspondan al padre el derecho de visitas, pues en tales semanas, Andrea permanecería con la madre lunes y miércoles, y con el padre los martes y jueves, ambos hasta el día siguiente, y este último hasta la mañana del viernes a la entrada del colegio, del que la recogerá ese mismo viernes a la hora de la salida, hasta el domingo, o por periodos superiores como en los casos de puentes escolares o festivos precedentes o subsiguientes al fin de semana que coincida con la visita.

*En definitiva, tal sistema, desacostumbrado en el foro, se traduce en perturbador de la necesaria estabilidad **familiar**, escolar y social de la menor, imponiéndose un respeto a los horarios educativos, tareas de estudio y realización de actividades propias de los escolares y que no tardará Andrea en realizar, por aproximarse ya a los cuatro años, lo que nos conduce a suprimir, como se dijo, tales visitas intersemanales, que por otra parte vienen en detrimento de las horas de descanso de la niña, y reducirlas a una sola, que sería el miércoles, a falta de acuerdo, desde la salida del colegio a las 21,00 horas.(..).”*

También en la de 29/09/05 (ponente Hernandez) se impide mas de un contacto intersemanal ,y desde luego sin pernocta, entre el progenitor no custodio y las menores. Se trata de una unión de hecho en que, al romperse, la sentencia de instancia atribuye la custodia exclusiva a la madre, y reconoce un reducido régimen de visitas al padre, posiblemente por razón de la corta edad (inferior a 18 meses) de las menores, consistente, tras superar dicha edad, en fines de semana alternos, de 10 a 20 horas, y mitad de vacaciones, sin visitas intersemanales. La apelación tarda mas de un año y medio en resolverse, con lo que las menores sin duda habrían superado tal edad; en ella el padre no pide la custodia compartida, sino solamente, aparte de determinados aspectos económicos, ampliar el régimen de visitas a los fines de semana hasta las 21 horas, y dos tardes intersemanales sin reclamar pernocta, además de la mitad de las vacaciones. La sentencia al resolver este punto concreto no contiene ninguna referencia a valoración de prueba de instancia o a nuevas pruebas admitidas en la apelación, y efectivamente amplía hasta las 21 horas el horario de entrega de las menores los fines de semana y la mitad de las vacaciones, dejando las visitas intersemanales en un solo día, frente a las dos solicitadas por el padre, con la siguiente argumentación:

(...) En lo restante, no ha lugar, al no poder asemejar la visita a una guarda y custodia compartida alternativamente, no advirtiéndose razón para que en este caso concreto el régimen de comunicaciones haya de ser más amplio o limitado que para la generalidad de los supuestos.(...)

También en la de 26/04/06 (ponente Correas) se rechaza la pernocta en las visitas intersemanales:

“(.) SEGUNDO.- Procede, igualmente, desestimar el motivo relativo al régimen de visitas y en cuanto a las pernoctas de los días intersemanales; pues lo establecido por el órgano "a quo" es más aconsejable para el orden del hijo, descanso, estudios, etc .; el régimen señalado por la Juzgadora de instancia puede considerarse de normal y típico en los Juzgados de Familia; puede considerarse con el carácter de "mínimos", que no impide que las partes de mutuo acuerdo puedan flexibilizarlo; ahora bien, como decíamos, procede su desestimación pues de lo contrario se estaría aproximando el régimen pretendido a una guarda y custodia compartida o mejor, alternativa; y ello no puede ser.”

La militancia de la Sala en contra de la custodia compartida y sus consecuencias en orden a las visitas continúa en la de 27/09/06 (ponente

Correas), que desestima la concesión al padre de visitas intersemanales sin pernocta, por considerar también dicha restricción “correcta” y “típica”. Parece que la Sala presume que los contactos entre semana del padre con los hijos serán desviados a actividades de ocio desenfrenado y agotador, pues argumenta del siguiente modo:

“(...) En cuanto al régimen de visitas y vacaciones establecido por el órgano "a quo" debe calificarse de correcto, de típico en el ámbito de Familia, y de mínimos, que no impide el que las partes de mutuo acuerdo puedan flexibilizar, atemperar, o ampliar, pero siempre con las miras puestas en cumplimiento del principio del "bonum filii". Procede, entonces, desestimar este motivo como el de establecer en las visitas dos días intersemanales, pues amén de no haberse suplicado en la instancia por esta parte (ver suplico del folio 54), además, insistimos, puede atentar al descanso de los menores o perjudicar sus estudios y deberes escolares o clases de complemento.(...)”

El régimen de visitas resultante de esa sentencia es que al padre se le concedió el derecho de convivir con sus dos hijos menores ningún día entre semana, fines de semana alternos desde el viernes hasta las 20 horas del domingo con entrega y recogida siempre en el domicilio familiar, mitad de vacaciones de Navidad y Semana Santa, y en verano ni siquiera la mitad sino solo un mes. Es decir, aproximadamente 32 días de fin de semana, 10 de Navidad, 5 de Semana Santa y 30 de verano; esto es, 67 días anuales con el padre y 298 con la madre; o sea, del tiempo total anual un 81,65 con la madre y un 18,35 por ciento con el padre, privado éste además del uso de la vivienda familiar común y obligado a pagar la totalidad de la hipoteca que la gravaba. Esta sentencia califica explícitamente de “correcto” y “típico en el ámbito de Familia” dicho régimen de convivencia familiar.

La de 15/03/ 07 (ponente Hernández), se confirma el régimen de visitas (no especificado en el texto de la apelación), pese a que se considera “*un sistema tan amplio de los contactos, que en atención a las concretas circunstancias concurrentes, rebasa del ordinario y acostumbrado en el foro y se asemeja a la pretendida guarda y custodia alternativa, régimen que en el momento actual da plena satisfacción a la necesidad de referencia paterna que necesita Lucía (...)”*. Esta sentencia no contradice la tendencia antes expuesta, pues tal sistema de visitas había sido consentido por la madre en la contestación al recurso de apelación interpuesto por padre.

En la de 20/10/05 (ponente De la Vega), la sentencia de instancia, amparada en el informe psicosocial, establecía una custodia compartida de hecho, confiriendo al padre catorce noches de pernocta al mes. La apelación revoca las pernoctas intersemanales del padre esgrimiendo los habituales prejuicios contrarios al sistema de custodia compartida, e interpretando el contenido del Informe Psicosocial en contra del sentido de la sentencia de instancia:

(...)La resolución de tal cuestión debe adoptarse en beneficio de la menor, y aunque queda reflejado en el informe psicosocial emitido que el padre cuenta con habilidades y capacidad para poder hacerse cargo de la niña (F. 367), sin embargo se aconseja que la guarda se atribuya a la madre. La pernocta de dos días íter semanales viene a suponer una custodia compartida, no acordada por los progenitores ni tampoco aconsejada por el equipo psicosocial del juzgado, en cuyo informe se indica como conveniente una comunicación extensa con dos días íter semanales desde la salida del colegio hasta la hora que ambos progenitores consideren adecuada para los hijos menores. Consecuentemente y en base a tal informe y la falta de acuerdo de ambos padres respecto a la pernocta íter semanal se estima oportuno suprimir esta en base al riesgo de desestabilización que pueda derivarse para la menor. Y mantener estos dos días íter semanales desde la salida del colegio hasta las 20 h. en que se reintegrara al domicilio materno.(...)”

En la misma línea y de la misma ponente, la de 20/06/07 (ponente De la Vega). El régimen que “no puede extenderse más” a juicio de la sala, establecido en la sentencia de instancia, consistía en dos tardes intersemanales sin pernocta, y fines de semana alternos desde la salida del colegio hasta las 20 horas del domingo:

“ Igualmente procede confirmar el régimen de visitas establecido, que por su amplitud, no puede extenderse mas de lo previsto, a salvo que se acuda ya a una custodia compartida, ya rechazada (...) “

También se considera excesivamente fronterizo con la custodia compartida un régimen de visitas a favor del padre no custodio de fines de semana alternos y tres tardes intersemanales sin pernocta, por lo que la de 21/06/06 (ponente Hernández Hernández) las reduce de tres a una sola tarde.

De las sentencias anteriores podría conjeturarse que esta sección de la Audiencia consideraba hasta ese momento como línea roja no traspasable sin incurrir en custodia compartida encubierta el de las pernoctas intersemanales del no custodio, admitiendo una o incluso dos tardes intersemanales pero en todo caso sin pernocta. Las de 21/03/07 y 11/04/07 (ponente Hernandez de las dos) desmienten esa idea. En la primera, la sentencia de instancia establecía un régimen de visitas a un niño de 4 años con el padre de tres tardes a la semana, hasta las 20 horas, y fines de semana alternos con una sola noche de pernocta, o sea, dieciséis contactos mensuales, pero solo dos pernoctas. El padre solicita la custodia exclusiva o subsidiariamente la alternativa, y la apelación desestima el recurso resolviendo:

“maxime cuando se fija en la instancia un régimen de visitas a favor de progenitor no custodio que viene de hecho asimilado a una guarda y custodia alternativa”.

Y aún mas restrictiva, la de 11/04/07 (ponente Hernandez), al resumir la sentencia apelada se menciona que éste establece *“un régimen de visitas entre el menor y su padre ordinario o común en el foro, sin comunicaciones intersemanales.”* Sin embargo, al resolver la apelación se deniega la custodia compartida solicitada por el padre, pero se conceden dos visitas intersemanales, sin pernocta, por considerar éste un régimen de visitas *“que garantice adecuadamente la necesidad de referencia paterna que necesita Liberto, en términos semejantes a los interesados por el Ministerio fiscal”.*

La de 19-09-08 (ponente Hernandez) respecto de una niña de tres años, amplía las visitas del padre a fines de semana alternos, con pernocta de dos noches y dos tardes intersemanales, pero deniega mayor ampliación solicitada por el padre por considerar que *“lo solicitado por el padre se asemeja a una custodia alternativa por muy breves periodos, para lo cual no concurren los requisitos prevenidos al efecto por el art 92 del Código Civil”.*

A partir de esa sentencia, parece que esta sección tiende a **confirmar, como regla general de los regímenes de visitas establecidos en primera instancia, el de dos tardes intersemanales sin pernocta y fines de semana alternos con dos pernoctas.** Hay sin embargo **excepciones** en los que afloran los prejuicios subyacentes contra el sistema de custodia compartida:

En la de 18/10/07 (ponente Hernandez), el padre, sobre el que pesaba una orden de alejamiento y tenía que entregar a los menores en puntos de encuentro o a través de terceras personas, tenía concedidos desde la instancia fines de semana alternos con pernocta de viernes a lunes (o sea, tres noches), y dos tardes intersemanales; el padre solicita en apelación evitar la multiplicación de las entregas, presumiblemente delicadas incluso para los menores, concentrando sus estancias con ellos de jueves a lunes las semanas que le corresponde el fin de semana y de martes y jueves, con pernocta las que no. La apelación desestima la petición y reduce de dos a una sola, sin pernocta, las visitas intersemanales del padre, sin motivar por qué no se considera en este caso “ordinario en el foro” la segunda visita intersemanal cuando antes de la apelación el padre tenía concedidas tres, por lo siguiente:

“lo pretendido se asemeja a una guarda y custodia compartida, alternativa por muy breves periodos, no expresamente pedida ni factible en el supuesto de autos, por cuanto no garantiza adecuadamente la estabilidad de los menores”

Sistema anómalo de visitas es el que confirma la de 20/12/07 (ponente Hernandez), de dos visitas intersemanales “con posibilidad de pernocta en el curso de éstas, de consentirlo la madre”, sin condicionar el derecho de veto la madre a criterio objetivo alguno. El padre apelante pretendía la custodia compartida y en todo caso la supresión del condicionamiento a la madre respecto de las pernoctas intersemanales. La Sala deniega la custodia compartida por los argumentos al uso y no suprime la exigencia de condescendencia materna para las pernoctas intersemanales, con el siguiente razonamiento:

“(...) no procediendo en modo alguno suprimir la condición impuesta en la instancia, cuando el hecho que se condiciona, como se ha dicho, excede de lo ordinario y acostumbrado en el foro.”

Por el contrario pueden citarse varias sentencias que rechazan la custodia compartida pero **confirman regímenes de visitas mas amplios** que el reseñado anteriormente como aparente regla general sin que se aprecie tacha de encubrimiento de custodia compartida:

1.- En la S. 27-03-07 (ponente De la Fuente) se confirma la ampliación de las pernoctas de fines de semana a la noche del domingo,

afirmando la congruencia de dicho régimen con las previsiones legales sobre. En el caso concreto, desde la separación de hecho hasta el divorcio los progenitores alternaron la guarda por semanas; la sentencia de instancia atribuye al padre dos tardes intersemanales sin pernocta y fines de semana alterno con pernocta de viernes a lunes (o sea, el padre ve al menor catorce días al mes). El padre solicita la custodia alternativa por semanas, como estuvo hasta que se judicializó el conflicto, y la Sala lo rechaza argumentando:

“(..) porque realmente lo que se pretende es una guarda y custodia compartida que el informe pericial psicológico no recomienda dada la inexistencia de una comunicación fluida entre los progenitores, y propone que la guarda y custodia la ostente la madre y se establezca a favor del padre y un régimen de visitas amplio y flexible de conformidad con el art. 94 del CC y así lo concede la sentencia cuyos razonamientos se comparten que debe ser confirmado (...)”.

2.- En la de 26-04-07 (ponente De la fuente), en la sentencia apelada, procedente del Juzgado 28 de Madrid, se establece un régimen de visitas a favor del padre de dos días intersemanales, con pernocta y fines de semana alternos, con pernocta del viernes al lunes, esto es, al menos 14 pernoctas mensuales con el padre, a quien por otra parte se le atribuye el uso de la vivienda y ajuar familiares, teniendo los hijos 5 y 3 años de edad, en el momento de la sentencia de divorcio. Llama la atención que la muy temprana edad de los menores suele ser invocado en la jurisprudencia de las dos secciones para evitar desplazamientos a los menores, restringiendo las visitas del no custodio; en esta sentencia se razona exactamente a la inversa: deben estar muy frecuentemente con el padre no custodio precisamente por ser pequeños. La sala, contradictoriamente con la tendencia antes reseñada, razona del siguiente modo;

“(..) Por lo que es ajustado a derecho y en especial al art 94 del CC el régimen acordado que se debe mantener, sin que por la Sala se advierta infracción del art. 92 del CC . pues, se insiste, no se aprecia que estemos ante una guarda y custodia compartida encubierta, sino más bien ante un régimen de visitas amplio y flexible que no puede sino favorecer los estrechos vínculos de los hijos con ambos progenitores, máxime cuando son de temprana edad, pues Lucía nació el 22 de junio de 2001 y Carlos el 5 de octubre de 2002, y ya viene acordado así desde el auto de medidas provisionales previas de fecha 4 de abril de 2005 (folio 50).

En este orden de cosas la Sala comparte los razonamientos vertidos por el Ministerio Fiscal en su informe que el hecho de fijar un amplio régimen de visitas

no es incompatible con la atribución de guarda y custodia a uno de los progenitores (...)”;

3.- En la misma línea, la de 17/01/08, (proveniente del Juzgado Móstoles-4, pues hay otra de la misma fecha y también ponente Correas): la madre apelante solicita que se reduzca el siguiente régimen de visitas con el padre establecido en la sentencia de instancia: “(...) 2.1.º- *finas de semana alternos desde la salida del colegio del Viernes hasta la entrada al colegio del lunes por la mañana, así como desde la salida del colegio hasta la entrada al colegio del día siguiente de otros dos días laborables todas las semanas, que a falta de otro acuerdo entre las partes será el Lunes y el Miércoles.* 2.2.º- *la mitad de las vacaciones de Navidad y Semana Santa y un mes durante las vacaciones de Verano (...).*”- Es decir, **catorce pernoctas mensuales con el padre no custodio, y de ellas, dos periodos de cuatro consecutivas**. Pues bien, la sentencia desestima la petición de guarda periódicamente alterna del padre, pero ni califica lo anterior como custodia compartida encubierta, ni siquiera reduce del régimen de visitas como pedía la madre, sino que razona así:

“(...) Pues bien, de lo que antecede y de lo actuado, ha de calificarse de correcto el régimen de visitas señalado en el caso, normal y típico en el ámbito de Familia y de mínimos; y que no impide el que las partes de mutuo acuerdo puedan flexibilizar, atemperar, moderar o ampliar, siempre con las miras puestas en el beneficio del hijo; pero se insiste el señalado es correcto.(...)

Causa cierta perplejidad que este mismo ponente sólo quince meses antes, en la sentencia de 27/09/06 antes citada, por tanto posterior también a la reforma de la legislación de divorcio, y con redacción casi literal del equivalente fundamento jurídico, consideraba “*correcto, típico en el ámbito de Familia*” la supresión de todas las visitas intersemanales incluso sin pernocta, como hemos visto.

En cuanto a las restricciones circunstanciales a las visitas o estancias del no custodio, llama la atención la de 16/03/05 (ponente Hernandez) que confirma la de primera instancia obligando al padre a devolver los hijos el domingo a las 19 horas, dificultando al extremo los desplazamientos de fin de semana fuera de la localidad de residencia habitual.

También llamativa la de 14/06/06 (ponente Sánchez Franco), en que confirma la sentencia de instancia, frente a la petición del padre de custodia

compartida o ampliación del régimen de visitas, ratificando el régimen de visitas consistente en llevar el padre a la menor todas las mañanas al colegio y tenerla en su compañía un día completo de todos los fines de semana (no alternos), de las 19 del sábado a las 19 del domingo.

La de 03/04/08 (ponente Hernández) reduce el régimen de visitas establecido en la instancia privando al padre de estar con la menor todos los sábados de 10 a 14 horas, como venía de la instancia, aparte de fines de semana alternos completos. Interesa destacar, que con el trasfondo de la tesis contraria a la custodia compartida, adicionalmente esta sentencia revoca la de instancia **suprimiendo la posibilidad el padre de recuperar las visitas con la menor no disfrutadas por enfermedad o imposibilidad de la propia menor con visitas similares en periodos sucesivos.** Se especifica que esta medida había sido establecida en la sentencia de instancia, recaída en procedimiento contencioso de divorcio, y ello, presuntamente, para hacer frente al riesgo detectado por el juzgador de instancia de enfermedades imaginarias o exageradas o de imposibilidades ficticias alegables por la madre custodia, a quien por otra parte se le imponía autorización expresa y previa del padre para poder viajar con la menor fuera de España. La Sala facilita así los incumplimientos por la madre del régimen de visitas, y estimula consiguientemente la litigiosidad entre los progenitores, abocando al padre a derivarlos sistemáticamente a la vía penal, al amparo del artículo 618.2 del Código Penal, cuya inflación viene siendo denunciada por los juzgados de instrucción. La Sección 24 lo argumenta así:

“ (...) se ha de suprimir la posibilidad de sustitución de los días o fines de semana que no puedan tener lugar las visitas por razón de enfermedad o imposibilidad de cumplimiento, dada la naturaleza, destinatarios y contenido de este derecho, no solo del progenitor no conviviente, sino principalmente de los hijos, que determina los contactos irrecuperables e insustituibles, pues transcurrido un día o periodo, los menores han de continuar con la actividad o rutina que para el siguiente corresponda, sin provocar ni dar lugar a retrocesos temporales(...)”.

FUNDAMENTOS DEL RECHAZO A LA CUSTODIA COMPARTIDA.

EL CONFLICTO ENTRE LOS PROGENITORES:

Esta sección, al igual que la 22, considera que **hay conflicto en consideración exclusiva a la voluntad del progenitor custodio, generalmente la madre, de no acceder a compartir la guarda.** Esta interpretación vacía de contenido, abiertamente contra legem, el párrafo 8 del artículo 92 del Código civil, pues según la jurisprudencia que pasamos a detallar, la oposición de la madre se eleva a rango de “conflicto entre los progenitores” que impide que el tribunal pueda apreciar, como exige el párrafo citado, que “sólo de esta forma (concediendo la custodia compartida) se protege adecuadamente el interés superior del menor”.

Esta actitud conflictiva de la progenitora custodia puede ser incluso sobrevenida; o sea, según la Sala, hay conflicto obstativo a la custodia compartida aunque la voluntad contraria de la madre contradiga un acuerdo anterior entre los dos progenitores y la situación de hecho consolidada a su amparo. En la S. de 31/05/04 (ponente De la fuente) se trataba de una pareja de hecho de español y francesa con dos hijas menores. Al producirse la ruptura de hecho, los progenitores firman un acuerdo por el que la madre, que es quien abandona el hogar familiar desplazándose de Brunete a Madrid, acepta que la custodia de las menores corresponda al padre; posteriormente la madre reclama y obtiene en primera instancia la custodia exclusiva, el uso de la vivienda que al parecer había dejado de ser domicilio habitual de la familia, y pensión alimenticia a costa del padre. En este caso, la Audiencia no considera que la madre quede vinculada por sus propios actos, tanto en lo relativo al acuerdo que firmó, como en la situación que se consolidó durante algún tiempo a su amparo, sino que confirma la custodia conferida a la madre en primera instancia con la siguiente argumentación:

(...) De la valoración de la prueba obrante en autos tanto de forma individual como conjuntamente y en especial del informe psicosocial la Sala comparte las medidas acordadas por la Juzgadora a quo que atribuye la guarda y custodia a la madre con un

amplio régimen de visitas a favor del padre que garantiza una correcta y amplia relación con éste. (...)

En la extrema concisión de las sentencias de las que es ponente el magistrado Sánchez Franco aflora también esta sobreponderación del veto del progenitor custodio:

Sentencia de 14/06/06 (ponente Sánchez Franco): “*la parte recurrente no ha ofrecido razones objetivas y plenamente acreditadas y fundadas que evidencien el error cometido, en la resolución de instancia (...): y por dichas razones debe ser desestimada la petición de guarda y custodia compartida como también ante la oposición de adverso.”*

Sentencia de 14/06/06, de la misma fecha que la anterior (ponente Sánchez Franco): *Respecto la guarda y custodia compartida y extensión del régimen de visitas y estancias; pretensión que debe ser desestimada pues ésta pretensión del recurrente es una petición ex novo introducida en la formalización del recurso de apelación y no es su momento procesal oportuno en que ambos litigantes estaban de acuerdo en que la guarda y custodia fuera atribuida a la parte contraria; y máxime cuando a tal guarda y custodia compartida se opone de adverso;*

La de 05/02/07, (ponente Sánchez Franco) contiene como único argumento contra la guardia alternada, el siguiente: “*(...) y por último no puede fijarse una guarda y custodia compartida cuando concurre oposición expresa de adverso.*(...)”

En la de 17/05/07 (ponente Sánchez Franco): “*(...) TERCERO.- Respecto a la guarda y custodia compartida . Tal pretensión del demandado también apelante debe ser desestimada , pues tal ejercicio compartido no ha sido solicitado ni acordado por ambos padres del menor, ni aconsejado conforme el informe pericial practicado, ni informado positivamente por el Ministerio Fiscal.*(...)”

En el mismo sentido, la de 21/02/08 (ponente Sánchez Franco, contra S procedente del Juzgado de Majadahonda-1):

“*(...) II.- FUNDAMENTOS JURÍDICOS.PRIMERO.- Respecto a la guarda y custodia compartida.. Tal petición debe ser desestimada, pues (...), no concurren los presupuestos fácticos exigidos en el artículo 92-5 del Código Civil*

como es el acuerdo de ambos en el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos, ya sea plasmado en Convenio Regulador o cuando por ambos progenitores llegan a un acuerdo en el transcurso del . “ (la frase acaba así en la base de datos de Poder Judicial)

Otra más, de 23/04/08 (ponente Sanchez Franco): “ *En el presente caso de autos, no concurren los presupuestos fácticos necesarios de conformidad con el artículo 92 del Código Civil , para otorgar una guarda y custodia compartida, dada la falta de acuerdo sobre tal particular y situación de conflictividad existente(...)*

La asimilación conflicto-veto de la progenitora custodia aparece incluso en la estructura gramatical de la redacción de algunos fundamentos de derecho de las sentencias revisadas: el conflicto bilateral y la oposición unilateral aparecen equiparadas a través de una conjunción copulativa. Por todas, la de 23/04/08 (ponente Correas), en la que se hace eco del contenido del informe Psicosocial para denegar la custodia compartida pedida por el padre:

“ (...)se concluye que desde un punto de vista técnico se desaconseja la opción de guarda y custodia compartida por falta de armonía y colaboración entre los excónyuges para que puedan resolver las cuestiones relacionadas con los hijos sin demasiado conflicto y rechazo de uno de los progenitores a este tipo de custodia;(...)”

La situación constatada o alegada de conflicto no ya es que **desplace toda la carga de la prueba sobre el progenitor no custodio** que reclama la custodia compartida acerca de los beneficios de la alternancia, sino que **hace indestructible la presunción a favor de la custodia exclusiva** de quien la ostenta en el momento del conflicto. Este esquema argumental aparece claramente en la de 05/07/05 (ponente Sánchez Franco), que no entra a valorar de nuevo las pruebas realizadas en primera instancia, sino que pondera esencialmente la voluntad de la madre al oponerse al recurso, otorgándole un de derecho de veto, al afirmar, en un único fundamento jurídico al respecto, de tortuosa gramática:

(...) esta forma de guarda y custodia alternativa y sucesiva solicitada por la parte recurrente debe ser desestimada pues además del resultado de las pruebas practicadas sometidas y valoradas por el Juez de instancia no concurre una

situación en beneficio de los menores que aconseje cambiar la guarda y custodia pactada y sancionada en su día a tenor del resultado obtenido al día de hoy según destaca la parte recurrente como datos significativos para la guarda y custodia compartida ; y máxime cuando la parte apelada, no muestra la conformidad a tal figura de guarda y custodia solicitada al oponerse el recurso de contrario.

Esta sección, al igual que la 22, asimila “conflicto” con “incomunicación”, siendo las dos circunstancias igualmente impeditivas de la custodia compartida, sin consideración a cual de los dos padres o en que proporción es el que se niega al diálogo y **sin que en ninguna sentencia la Sala haya siquiera mencionado la existencia del mecanismo legal de la mediación.**

Así hay conflicto derivado de la *“inexistencia de comunicación fluida entre los progenitores”* en la de 27-03-07 (ponente De la Fuente), antes citada acerca del régimen de visitas. Este es el único argumento utilizado por el informe Psicosocial para desaconsejar la custodia alternativa por semanas que había estado vigente en el periodo anterior a la sentencia de divorcio:

“(…) SEGUNDO.- En segundo lugar interesa el apelante que el régimen de visitas debería ser el mismo que se venía realizando hasta el momento anterior a la sentencia de divorcio consistente en que la menor conviviese una semana con la madre y otra semana con el padre y los abuelos paternos, medida que ha de ser rechazada porque realmente lo que se pretende es una guarda y custodia compartida que el informe pericial psicológico no recomienda dada la inexistencia de una comunicación fluida entre los progenitores, y propone que la guarda y custodia la ostente la madre y se establezca a favor del padre y un régimen de visitas amplio y flexible de conformidad con el art. 94 del CC y así lo concede la sentencia cuyos razonamientos se comparten que debe ser confirmado.

En el mismo sentido, la de 17/01/08 (ponente Sanchez Franco): *“como muy bien dice el organo a quo, y está acreditado en autos, además, que don Felipe y doña Trinidad se llevan pésimamente, o mejor, no se llevan”.*

También en esta sección se considera que **hay “conflicto” por la existencia de antecedentes judiciales en las relaciones entre los progenitores, sin consideración a su contenido o al sentido de su resolución.** En la de 13-07-06 (ponente Correas), basta el conflicto

para rechazar la custodia compartida, sin especificar el contenido ni resultado de tales “diligencias penales”:

“no hay dato alguno que aconseje una modificación del tal medida, ni tampoco una guarda y custodia compartida, habida cuenta de la conflictividad existente entre ambos progenitores que originó incluso unas diligencias penales”.

El conflicto entre los progenitores, deducido de la sentencia condenatoria del padre en un juicio de faltas, es decisivo para mantener la custodia exclusiva de la madre atribuida en la instancia en la de 26-06-07 (ponente De la fuente), en que había informe Psicosocial a favor y voluntad del menor inequívoca de querer vivir con sus dos padres:

“(…)De otra parte no parece procedente establecer un régimen de custodia compartida, de alguna manera aconsejado en su informe por la perito, y solicitado expresamente por la parte demandada, a la vista de la fuerte conflictividad que existe entre los progenitores, no debiendo de olvidarse que concurre en el presente caso la circunstancia prevista en el apartado 7 del artículo 92 del Código Civil, en la redacción dada por la Ley 15/2005, de 8 de julio, en cuanto que ha quedado acreditado que el demandado ha sido condenado por sentencia firme de fecha 10 de junio de 2005 por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número cinco de esta localidad, como autor de una falta del artículo 620 del Código Penal(…).

Esta sección **utiliza el conflicto como argumento “de cierre” contra la custodia compartida, a falta de otros** suficientemente acreditados o invocados, **y como argumento “neutro”, esto es, nunca entra a considerar la entidad o contenido del conflicto,** y mucho menos la distribución de responsabilidades al respecto entre los progenitores. Así en la de 21-03-07(Ponente Hernandez), el padre invocaba a su favor una mayor disponibilidad horaria que la madre, lo que había determinado que en la sentencia de instancia se le atribuyeran tres visitas intersemanales y fines de semana alternos con un niño entonces de 3 años de edad. Pese al incesante trasiego del menor de un domicilio a otro, la apelación desestima la custodia compartida, sin consideración alguna a si el conflicto se acentúa con tal trasiego o se podría atenuar espaciando las alternancias, afirmando sin más:

“(...) ni se nos dice por el recurrente qué beneficios genere al hijo esta alternativa propuesta de guarda, máxime siendo tensas y difíciles las relaciones entre los progenitores”

Hay muchas más de la misma ponente con un razonamiento parecido al siguiente, (por ejemplo, la de 29/03/07)

(...) Por lo demás, no concurren los presupuestos determinantes, conforme al Código, de la guarda y custodia compartida, en cuanto no nos consta ni viene informado convenientemente que beneficios concretos genere a los hijos esta alternativa propuesta de guarda, las relaciones entre los progenitores son conflictivas, la contraparte se opone a ello y es también contraria a la voluntad de la mayor de los hijos, deseo que ha de tomarse también en consideración,(...)

Caso paradigmático de “conflicto” es el de la sentencia de 20/12/07 (procedente del Juzgado 66 de Madrid pues hay otra de la misma fecha, ponente Hernando Hernandez): En la sentencia de instancia se atribuye a la madre la custodia exclusiva de la hija menor, así como el uso de la vivienda familiar; consta que la madre ha iniciado una nueva relación sentimental en dicho domicilio, si bien la Sala considera que ello “*no alude a perjuicio o perturbación que derive de la permanencia (de la menor) en el entorno materno, mas allá de las alteraciones que se sigan de la relación de la madre con un tercero, y de las que ninguna perturbación para la niña viene informada*”. Sin embargo, en el mismo fundamento jurídico pocas líneas mas abajo, la Sala considera como motivo determinante para rechazar la petición del padre de custodia compartida que “*en el supuesto de autos las relaciones entre los progenitores son conflictivas, no hay coincidencia de hábitos y costumbres en el entorno materno y materno...*”

ARGUMENTOS PROCESALES:

Se aprecia en esta sección un mayor número de sentencias, respecto a la sección 22, en las que el tribunal ni siquiera llega a entrar en el fondo de la solicitud de custodia compartida, por motivos de índole procesal, esencialmente por la extemporaneidad de la petición. Se pone de manifiesto esta tendencia de la Sección 24 por contrastar con la mayor

frecuencia con que explícitamente invoca esta misma Sala la atenuación del principio dispositivo en los ateniende a la custodia de los menores por hallarse involucrada en esta materia cuestiones de derecho necesario o *ius cogens*.

Así, por ejemplo, en la de 10/04/03 (Ponente Sanchez Franco): “(...) *En cuanto a la petición de guarda y custodia compartida solicitada por el demandado ahora apelante; debe ser desestimada y rechazada de pleno al tratarse de una petición extemporánea introducida en el escrito de formalización del recurso, y no en su escrito de demanda reconvenional, en el que solicitó la guarda y custodia con carácter exclusivo y excluyente.* (...)”

En la de 15/03/07 (ponente Correas) el motivo de denegación es que la custodia compartida se solicitó después de la contestación a la demanda por la madre demandada: “(...) *procede desestimar el presente recurso de apelación pues lo pedido ahora con la apelación es totalmente diferente a lo suplicado en la demanda origen del presente proceso* (...)”

Es llamativa la de 11/01/07 (ponente Correas), en relación al desconcertante criterio con que esta sección aplica la atenuación del principio de justicia rogada. En este caso, en primera instancia el padre vio rechazada su pretensión de custodia compartida; en la apelación no la reitera, entre otras cosas por estar vigente contra él una orden de alejamiento de la madre, y se limita a solicitar una ampliación del régimen de visitas; esta sentencia rechaza entrar a considerar la ampliación de las visitas en aplicación del principio *pendiente apelatione nihil innovetur*. O sea, el petitum de la apelación del padre era cuantitativamente inferior a lo solicitado en primera instancia, si bien la sala lo considera cualitativamente distinto, para no entrar en el fondo de su examen:

“(...) *cabe desestimar el recurso de apelación de esta parte y ello sin necesidad de extendernos más en argumentaciones jurídicas pues es claro que esta parte recurrente está pidiendo en esta alzada, en cuanto al régimen de visitas y vacaciones, cosas distintas a las suplicadas a la juzgadora de instancia en que las basó en una guarda y custodia compartida o alternativa para las partes de cada seis meses y de aquí dependía el resto.* (...)”

Criterio diametralmente opuesto aparece en la S. 16/07/07 (ponente De la Fuente): desestima la custodia compartida solicitada por el padre en

la apelación apoyándose en el contenido del Informe Psicosocial, pero invoca, novedosamente en toda la jurisprudencia de esta Sala, frente a la alegación de la madre apelada sobre la extemporaneidad de la solicitud, lo siguiente:

“(..). Por último cabe añadir que la guarda compartida no fue solicitada expresamente en el escrito rector del procedimiento, como advierte la parte apelada en su escrito de oposición, aunque también es cierto que podría deducirse que quien interesa lo más que sería la guarda para sí, se entiende que pide lo menos, esto es, la guarda compartida.”

INERCIA RESPECTO A LA SITUACION DE CUSTODIA EXCLUSIVA. ACTOS PROPIOS DEL NO CUSTODIO

Igual que respecto de la sección 22, debemos distinguir la inercia respecto a la situación de hecho, de la **“inercia procesal”**. Con esta expresión aludimos a la tendencia a aceptar como válida la apreciación de la prueba realizada en primera instancia en virtud de la inmediación de la que gozó el juzgador en la misma. Este argumento, cuya crítica teórica realizamos en los comentarios a la jurisprudencia de la sección 22, aparece con mucha mayor profusión en las sentencias analizadas de esta sección 24.

Es especialmente frecuente en las ponencias del magistrado Correas, pero mencionamos por su especialidad dos sentencias, las de 7/06/06 y 11/04/07 (ponente Correas): en la primera se confirma la sentencia de instancia atribuyendo excepcionalmente la custodia exclusiva al progenitor masculino; en la segunda se revoca la de instancia que la confería en exclusiva a la madre, para otorgarla, también en exclusiva, al padre. Sin embargo **las dos sentencias contienen el siguiente idéntico razonamiento, aunque para resolver en sentido diametralmente contrario en cada una de las dos:**

“conviene al caso recordar la doctrina jurisprudencial existente, constante y pacífica desde noviembre de 1992 que dice: "En la siempre ardua y delicada decisión encomendada al Juez de asignar la custodia del hijo a uno u otro cónyuge, en caso de crisis de su unión, y reclamando ambos dicha trascendental función, se hace sumamente difícil, desde la perspectiva del recurso de apelación, discrepar por la Sala del criterio seguido por el juzgador "a quo" en la resolución de tal cuestión,(...) tras haber gozado la juzgadora de instancia del privilegiado principio de inmediación y practicarse una serie de pruebas, entre las que sobresale el informe emitido por la perito psicólogo adscrita al Juzgado que proporciona al Juez elementos precisos y preciosos para resolver”.

Más matizado se encuentra el principio en la S 18/05/06 (ponente Hernandez):

“(...) Dicho motivo de recurso no puede obtener favorable acogida, ha de ser desestimado con confirmación de la sentencia apelada, por ser la misma conforme al ordenamiento jurídico, viniendo basada la decisión de la Juez de Primera Instancia, en las inferencias obtenidas a lo largo del proceso, del material probatorio obrante en las actuaciones, así como, y lo que es más importante, de las propias impresiones subjetivas que obtuvo en el acto de la vista, y de la exploración que llevó a cabo personalmente, de la hija menor de edad, exploración en la que intervino también el Ministerio Fiscal, en quien se advierten las mismas impresiones, en cuanto vino a pronunciarse en igual sentido que luego recoge en sentencia la Juez

"a quo", siendo la decisión adoptada por ésta meditada y acorde al bonum filii, (...)

En cuanto a la “inercia” propiamente dicha al comentar el mismo requisito respecto de la sección 22 aclaramos que consiste en el criterio de la sala de que, llegado el momento de resolver la apelación, no debe alterarse la situación de hecho consolidada en tal momento respecto a la custodia, salvo que se demuestre ser gravemente perjudicial para los menores. Indicamos allí que se trata de una interpretación del requisito del 92.8 del Código Civil, al imponer al juzgador para poder declarar la custodia compartida, el sobreesfuerzo interpretativo relativo a que “sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor”.

En la sección 22 este requisito funcionaba como exigencia “de cierre” para negar la custodia compartida en los casos que podían concurrir todos o algunos de los demás requisitos legales, y ello tanto antes como después de la reforma del año 2005. En la sección 24 el argumento de cierre es mas

bien el conflicto entre los progenitores como hemos visto, que sirve como bala de plata contra la solicitud de tal sistema de guarda y del que se hace deducir la falta de concurrencia de los requisitos del art. 92,8 en caso de oposición de uno de los progenitores, generalmente la madre.

Ello no obstante, la invocación de la situación preexistente a la apelación como argumento contrario a la alternancia en la custodia es asimismo constante en esta sección. Concretamente, en las ponencias de la magistrada Hernández Hernández a partir de la sentencia de 29/06/06 el argumento principal en contra del sistema de guarda compartida deja de ser su incompatibilidad radical con el ordenamiento jurídico y pasa a ser la falta de concurrencia de todos los requisitos legales. Se invoca sistemáticamente la Constitución y los instrumentos internacionales en apoyo de la defensa prioritaria del interés del menor, pero se esgrime también el criterio de mantener la inercia, concebida como *“la estabilidad familiar, personal, social y de todo orden de que hoy (o sea, al tiempo de resolver la apelación) se goza por los menores”*. El razonamiento está contenido en el correspondiente fundamento jurídico en el que, en general, se deniega la custodia exclusiva solicitada en apelación, pero, incardinado en él, se argumenta también en contra de la compartida solicitada subsidiariamente. El siguiente párrafo aparece con idéntica literalidad al menos en las sentencias de 20/09/06, 27/09/06, 26/10/06, 30/11/06, 24/01/07, 15/02/07, 01/03/07, 15/03/07 (dos de la misma fecha) 21/03/07, 29/03/07, 11/04/07, 11/10/07, 20/12/07, (dos de la misma fecha), 21/02/08, 03/04/08, 17/04/08, 07/05/08, 11/09/08, (ponente Hernández Hernández):

“ (...) siendo así no aconsejable un cambio en la alternativa de guarda, ni conveniente el establecimiento de una guarda y custodia compartida que no vemos garantice adecuadamente, o al menos no lo acredita el recurrente, la perpetuación de la estabilidad familiar, personal, social y de todo orden de que hoy se goza por los menores, lo que nos conduce a la desestimación de este motivo de recurso,”

Casi idénticas a las veinte anteriores son las de 17/05/07 y la de 21/06/07: (ponente Hernández Hernández) con el matiz de que no se exige que la custodia compartida garantice “adecuadamente” tal estabilidad sino aun más, *“total y absolutamente”*.

La de 02/11/07 tiene idéntico sentido, pero se suprime la mención “ni conveniente el establecimiento de una guarda y custodia compartida”,

dentro de ese párrafo, y se lleva la argumentación contraria a la custodia compartida al párrafo inmediatamente posterior con la siguiente literalidad:

“(…) Por lo demás, no concurren los presupuestos que habrían de determinar conforme al Código, la guarda y custodia compartida, las relaciones entre los progenitores son tensas, la madre se opone, el Ministerio Fiscal no ha informado en tal sentido y el dictamen psicosocial tampoco lo revela positivo.”

En la generalidad de las veintitrés anteriores, se remacha el argumento anterior con un razonamiento, con ligerísimas variantes, del siguiente tenor:

(…) Por lo demás, no concurren los presupuestos determinantes, conforme al Código, de la guarda y custodia compartida, en cuanto no nos consta ni viene informado convenientemente que beneficios concretos genere a “…” (aquí el nombre del menor) esta alternativa propuesta de guarda, las relaciones entre los progenitores son conflictivas, la contraparte se opone a ello y debe además movernos la prudencia, toda vez que demostrada beneficiosa a la niña la permanencia con la madre, se ha de mantener la situación evitando todo riesgo de perturbación con el cambio, por ínfimo que sea.(…).

Frente a la anterior regla general, **la jurisprudencia de la sección 24 no duda en romper las inercias creadas por la sentencia de primera instancia en los casos en que revoca la custodia compartida allí establecida, o en los que restringe las estancias del padre con los menores** originariamente concedidas para que el sistema no se aproxime excesivamente a la custodia compartida de facto.

Sentencias revocatorias de la custodia compartida concedida en primera instancia:

-- la de 7/09/06 (ponente Correas), antes citada, tarda dieciséis meses en resolverse y revoca la sentencia de instancia procedente del Juzgado 23 de Madrid, que había establecido la custodia compartida por trimestres, para atribuirla en exclusiva a la madre.

-- la de 5/10/06 (ponente De la Vega), también antes citada, tarda trece meses en resolverse y revoca la sentencia de instancia, también del Juzgado 23 de Madrid, que había establecido la custodia compartida por meses, para atribuirla en exclusiva a la madre.

-- la de 25/01/07 (ponente Correas), tarda once meses en resolverse y revoca la sentencia de instancia, del Juzgado 66 de Madrid, que había establecido la custodia compartida por trimestres, para atribuirla en exclusiva al padre.

-- la de 31/01/08 (ponente Correas), tarda diez meses en resolverse y revoca la sentencia de instancia, del Juzgado 5 de Coslada, que establecía la custodia compartida por meses, para atribuirla en exclusiva al padre (para no separar a los hermanos, pues el padre tenía acogidos a otros dos menores).

--Caso absolutamente singular respecto de la interpretación de la inercia es el de 19/06/08 (ponente Hernandez): La sentencia de divorcio de 16 de Noviembre de 2005 estableció un régimen de custodia compartida por cuatrimestres, de conformidad con el convenio privado consensuado entre los padres. A mediados de 2007 recae sentencia en el orden penal por el que se dicta orden de alejamiento del padre respecto a la madre; en septiembre de 2007 se dicta sentencia por un Juzgado de Violencia Contra la Mujer de Madrid en la que se revoca la custodia compartida y se confiere en exclusiva a la madre. O sea, **el régimen de custodia alternada estuvo vigente durante casi dos años**. En los fundamentos jurídicos, la Sala da por sentado sobre la base de varios informes psicosociales que *“ambos progenitores han compartido la custodia y se encuentran igualmente capacitados para el ejercicio de todas las funciones inherentes a la misma, sin presentar riesgo alguno para la niña la convivencia con uno u otro”*. Sin embargo, la apelación confirma la custodia exclusiva atribuida a la madre por el juzgado de violencia de género, con la siguiente argumentación, cuya delgadez contrasta con las muchas otras citadas de esta misma ponente:

“(…) es lo cierto que en la madre se advierte respecto del padre y para aquella, una clara ventaja que deriva de dos condicionantes, uno, la empatía que se aprecia en D^a Esperanza, y otro, el próximo nacimiento de un nuevo hermano uterino que va a favorecer sin duda el desarrollo psicosocial de Claudia. (…)

Es imposible dejar de recordar aquí la STC de 17/01/05 (en recurso 6469/2002) que concedió amparo constitucional al padre al que se le había atribuido la custodia exclusiva de un menor en sentencia recaída en de incidente de modificación de medidas, privandosela a la madre que la tenía desde la primera instancia, y que fue revocada en apelación por otra de la audiencia provincial de Santa Cruz de Tenerife invocando exclusivamente el requisito de la “inercia”. El Tribunal Constitucional apreció en ésta inmotivación contraria al principio de tutela judicial efectiva.

Sentencias que **al menos parcialmente revocan la de primera instancia para restringir las visitas** allí reconocidas al no custodio:

--la de 20/10/2005 (ponente De la Vega), tarde trece meses en resolverse y revoca la sentencia de instancia para eliminar las dos pernoctas intersemanales que había disfrutado el padre hasta entonces.

-- la de 27/10/05 (ponente Hernandez Hernandez) tarda casi diez meses en resolverse y revoca la sentencia de instancia para eliminar la pernocta de los miércoles y la de la noche del domingo de los fines de semana que el menor estaba con el padre.

-- la de 21/06/06 (ponente Hernandez Hernandez) tarda quince meses en resolverse y revoca la sentencia de instancia para reducir las visitas intersemanales del padre, sin pernocta, de tres, establecidas en la instancia a una sola.

-- la de 14/11/07 (ponente Hernandez), tarda mas de diez meses en resolverse y revoca la sentencia de instancia, del Juzgado 28 de Madrid, que establecía fines de semana de viernes a lunes con pernocta de tres noches y dos días entre semana, también con pernocta.

-- la de 03/04/08 (ponente Hernandez), tarda exactamente once meses en resolverse y revoca la sentencia de instancia, del Juzgado 4 de Navacarnero, que establecía todos los sábados de 10 a 14 y fines de semana de viernes a domingo con pernocta de dos noches, dos días entre semana sin pernocta, así como la posibilidad del padre de recuperar en fines de semana posteriores los no disfrutados por causa de enfermedad o

imposibilidad de la menor. La sentencia suprime los sábados y la recuperación de los fines de semana incumplidos.

ACTOS PROPIOS DEL NO CUSTODIO

Aludimos con esta expresión, igual que al comentar la sección 22, a conductas de uno de los progenitores, generalmente el padre, anteriores a la demanda de separación o divorcio, o de modificación de medidas, que son interpretadas por la Audiencia como expresivas de la voluntad originaria de dicho progenitor condescendiente con la custodia exclusiva del otro. El matiz de esta sección respecto a la 22 es que el argumento se utiliza aquí con mayor frecuencia conectado no a la situación de hecho, sino a la existencia de convenios privados entre los padres, homologados o no, y en distintos momentos procesales anteriores a la apelación, por los que el ahora apelante aceptaba la custodia exclusiva del otro.

En esta línea, son frecuentes los casos en que la Sala desestima la petición del padre de custodia compartida, por haber sido atribuida la custodia exclusiva a la madre en virtud de pacto suscrito por ambos en el convenio regulador de la separación anterior a la reforma del 2005 y tramitada por vía amistosa, pretendiendo modificarse con ocasión del divorcio. El tribunal invoca inflexiblemente el principio “pacta sunt servanda” (art.1.091 Cc), sin margen alguno a su modalización a través del correlativo “rebus sic stantibus”. Así por ejemplo, en las de 24/10/ 07, 17/01/08 (ponente Correas).

La voluntad a la que el padre queda fatalmente vinculado ha podido sin embargo expresarse en otros trámites procesales, como por ejemplo en el caso de la de 18-05-06 (ponente Hernandez):

(...) criterio que esta Sala comparte y hace aquí propio, suscribiendo íntegramente en la presente resolución el fundamento jurídico tercero de la disentida, reproduciendo por su trascendencia los primeros argumentos de la misma, en cuanto refiere que los progenitores en comparecencia de Medidas Provisionales Previas, adoptaron una serie de acuerdos, entre los que se comprendió la guarda y custodia a cargo de la madre, de donde, en su momento, D. Francisco hubo de representarse esta opción de guarda como la más favorable a su hija, con desprecio de cualquier otra razón, y sin que sea de recibo argüir presiones, que serían creíbles en el ámbito

económico, más no que se comprende una cesión del bienestar de los hijos en situaciones críticas, de las características de las que el apelante, con su bagaje cultural nos alega, por supuesto "desbordamiento", como nos dice, ello al margen de no haber acreditado mínimamente sus razones (...).”

En alguna ocasión la voluntad del padre inicialmente favorable a la custodia exclusiva de la madre aflora en el Informe Psicosocial, en total contradicción con su actitud procesal de demandar en instancia y apelación la custodia compartida. Así en la de 21-06-07 (ponente Hernández):

“(..) A mayor abundamiento, ha de ser tenido en cuenta el contenido y conclusiones del dictamen psicosocial emitido por los peritos integrantes del equipo psicosocial adscrito al Juzgado de origen, fechado a 24 de marzo de 2.006 , que se decanta por la alternativa materna, en interés y beneficio de la menor, atendiendo no solo a los inconvenientes de separar por espacio prolongado a la hija de la madre, sino también al reconocimiento que ante dicho equipo efectuó el apelante de propuesta inicial por su parte, de que fuera la madre quien se hiciera cargo de la hija, (...).”

FALTA DE MEDIOS EN EL PROGENITOR:

Mientras que en los demás puntos se detecta una acusada preferencia por la custodia exclusiva, en cualquiera de sus modalidades, sobre la compartida, mas allá de los requisitos legales, en el aspecto de la concurrencia de “medios” o recursos en el progenitor que solicita compartir la custodia, a lo anterior se añade **un acentuado sesgo de género contra el progenitor masculino.**

La comparación de “recursos” a disposición de cada uno de los progenitores se expresa por ejemplo en la antes citada de 21-06-07 (ponente Hernández). Se especifica que si bien la apelación reduce su cuantía respecto a la instancia, mantiene la obligación del padre de abonar pensión alimenticia :

“ (...) detectándose además, mejores recursos y condiciones personales en la figura materna para asumir la atención, cuidado y educación de la menor(...) ”.

Los mejores “recursos” del padre no son sin embargo suficientes ni siquiera para conferirle la custodia compartida, pese a que tal sistema venía “*de alguna manera aconsejado en su informe por la perito*”, en la de 26/06/07 (ponente de la Fuente), con la siguiente tacha de irregularidad al informe:

“(...) A mayor abundamiento, aun cuando en el informe psicológico se hace constar por la perito que el padre presenta una mayor estabilidad social y laboral, no puede otorgarse a tal afirmación eficacia probatoria alguna, en cuanto que el informe se ha realizado exclusivamente por la perito psicóloga, y no por el asistente social, desconociéndose los motivos por los que la perito ha llegado a tal conclusión al no haberse realizado en el informe ningún estudio social sobre la situación de los progenitores.(...)”

En lo tocante a jornadas laborales, **en ninguna sentencia de esta sección la mayor disponibilidad de horarios del padre se considera suficiente para atribuirle la custodia exclusiva ni la compartida:**

S 27/09/06 (ponente Hernández): *“(...) siendo la única ventaja hoy por hoy que pudiera ofrecer el padre, una mayor disponibilidad horaria respecto que en ningún caso nos determina a fundamentar un cambio en la opción de custodia(...),”*

S 21/03/07 (ponente Hernández): *“(...)Las razones en que fundamenta el apelante su recurso, básicamente una mayor disponibilidad horaria, no pueden bastar para alterar la resolución de primera instancia(...)”*

S 29/10/07 (ponente Sánchez Franco): *“(...) y sin que sean determinantes a los fines perseguidos por el recurrente la mayor disponibilidad de tiempo invocado como tampoco el cambio de residencia de la madre en compañía de los menores, todas estas cuestiones y circunstancias no determinan por sí la mayor idoneidad del padre para ejercer la guarda y custodia (...).”*

En la de 21/02/08 (ponente Hernandez) la situación laboral del padre no es tenida en consideración para ampliar sus derechos de visita, pero sí para incrementar sus obligaciones económicas respecto de los hijos: La primera instancia, en incidente de modificación de medidas, redujo el importe de la pensión alimenticia a cargo del padre no custodio por hallarse en paro. El padre en la apelación solicita la custodia para él o subsidiariamente la compartida, invocando entre otros motivos el tener mas tiempo para dedicar al menor, precisamente por su situación de desempleo, frente a la madre cuyos superiores ingresos derivaban de un trabajo estable. La Sala, en apelación, rechaza la petición de custodia compartida del padre pero revoca la de instancia, aumentando la pensión alimenticia a cargo del padre hasta la cantidad mas alta, establecida en la sentencia de divorcio, en una época en que sí trabajaba pero que a juicio de la sala ya entonces “no gozaba de estabilidad en el empleo”. Respecto de la disponibilidad de tiempo del padre, afirma:

“(...)el solo hecho de gozar el padre de una mayor disponibilidad horaria no es motivo que justifique el cambio de opción de custodia, cuando viene convenientemente informado que la madre es persona en la que no se detecta trastorno mental(...)”

Parecida, la de 03/04/08 (ponente Hernandez):

“(...) el solo hecho de gozar de mayor disponibilidad horaria e igual capacidad para el ejercicio de funciones que conlleva la custodia en condiciones semejantes que la progenitora femenina no determinan sin mas la variación de la custodia(...)”

La menor disponibilidad de horarios de la madre, no es causa sin embargo, para modificar la custodia exclusiva atribuida en la instancia. El caso mas llamativo es el de la sentencia de 07/12/01 (ponente De la Fuente) en que la madre custodia, azafata de profesión, reconoce dejar cerca de la mitad del mes a la hija con una cuidadora:

“(...) Por otra parte, respecto de la guarda y custodia, si bien en dicho acuerdo se pactó una guarda compartida, el hecho de que los progenitores vivan en diferentes municipios, (así la Sra. Olga en Villanueva de la Cañada y el Sr. Pedro Miguel en Madrid), hace muy difícil, por no decir imposible, una guarda

compartida, que no puede sino desestabilizar a la menor, que desde que se produjo la separación de hecho vive con la madre; sin que sea óbice a lo dicho, que ésta, por razón de su trabajo como auxiliar de vuelo de IBERIA, esté ausente alrededor de 10 días al mes, para lo cual basta observar los listados de vuelos obrante al rollo de la Sala; esos días, la menor está cuidada y asistida por otra persona de confianza, y sin que se haya acreditado en definitiva, que la situación en que se encuentra en la actualidad la menor sea perjudicial, ni tampoco que la medida propuesta por el padre sea más beneficiosa para la hija.

Los medios del padre, en sentido amplio son invocados en la de 07/02/07 (ponente Hernandez), **no solo para desestimar la petición de custodia compartida, sino para no ampliar el régimen de visitas**, concretados al parecer desde la sentencias de instancia en una única pernocta al mes con el mayor de los tres hijos del matrimonio:

“(...) En definitiva, procede la desestimación del motivo principal, así como también del subsidiario deducido en orden a régimen de contactos, que, si bien restringido en atención al actual estilo de vida del padre, las dudas que se suscitan sobre el estado actual con relación al consumo de alcohol, la incidencia en los hijos de sus hábitos de vida, la dedicación que le exigen sus actividades laborales, la inadecuada infraestructura, la carencia de marco familiar que le brinde apoyo, y, finalmente, el proceso de consolidación de sus propias relaciones sentimentales con tercera persona, si llega a dar cobertura a las aludidas necesidades actuales que de permanecer con el padre necesitan Pablo, Carmen y María, con desestimación también en este punto del recurso deducido, pues no hay motivo que aconseje el desarrollo durante más tiempo del previsto, por ahora, el régimen de visitas, en interés y beneficio de los hijos,(...)”

Debe recordarse que, frente a lo que parece insinuar esta sentencia, el establecimiento de nuevas relaciones sentimentales por la madre custodia no es visto como obstáculo, no ya al régimen de visitas, sino al mantenimiento de la custodia exclusiva con atribución del uso exclusivo de la otrora vivienda familiar en la sentencia de 20/12/07, de la misma ponente.

En cuanto al **domicilio**, en la de 09-03-07 (ponente De la fuente), se rechaza la petición del padre, afecto por otra parte a una incapacidad

laboral total, de compartir la custodia de su hijo de dos años, por vivir aquél en Puertollano y la madre en Madrid.

VOLUNTAD EN CONTRA DE LOS MENORES:

En el estudio de la sección 22 mencionamos cómo el trámite de audiencia a los menores está recogida respecto al tema que analizamos en el art. 9 de la Ley de Protección Jurídica del Menor y en los párrafos 2 y 6 del artículo 92 del Código civil. Allí aludimos a las dudas que plantean las circunstancias que rodean la práctica de la prueba judicial de la exploración a los menores en los casos de crisis entre sus progenitores.

Una **formulación general sobre la naturaleza y valor de la voluntad de los menores** se encuentra en la 14/11/07 (ponente Hernandez). La madre apelaba contra la sentencia de instancia que se limitaba a ampliar el régimen de visitas del padre con su hija de 8 años, extendiéndola a fines de semana con pernocta de tres noches y dos pernoctas intersemanales, y ello, con la finalidad de facilitar dichos contactos dada la distancia entre el domicilio del padre (Alcalá de Henares) y el familiar atribuido la madre, en Madrid. La Sala rechaza, con notable esfuerzo de argumentación, el vicio de nulidad de actuaciones invocada por la madre por haberse omitido en los fundamentos de la sentencia la consideración de la exploración a la menor, del siguiente modo:

“(…) Por lo que respecta a la exploración de la menor, procede puntualizar en primer lugar, que carece del carácter de medio de prueba de los reconocidos en derecho, pues de hecho ni se menciona en el artículo 299 de la L.E.Civil, sino que se trata de un requisito de procedibilidad, por cierto, no obligatorio en el presente caso, al no haber alcanzado la hija menor aún los 12 años de edad (artículo 92 párrafo segundo del Código Civil).

En segundo lugar, dicha exploración se llevó a cabo por la Juzgadora de instancia reservadamente, lo que es factible al tratarse de materia regulada en el Título I del Libro IV de la L.E.Civil, y a tenor de lo dispuesto en el artículo 754 de dicha Ley formal, sin que sea rectificable la omisión de resultado en la fundamentación jurídica de la resolución recurrida, que pertenece, no al plano de la admisibilidad, sino de la formación de la inferencia y su plasmación materializada.

Por todo ello, se considera que ninguna infracción de precepto procesal o sustantivo se ha cometido en la instancia en la tramitación del presente proceso, (...)

Acerca de la consideración de la exploración de los menores como “*requisito de procedibilidad no obligatorio*” en los menores de 12 años, debe recordarse la STC de 6 de Junio de 2005 (152/2005), mas de dos años anterior a la que comentamos de la Sección 24, que otorga el amparo constitucional solicitado por un padre solicitante de la custodia de sus hijos, anulando dos sentencias de la Audiencia Provincial de Sevilla por no haber dado audiencia a un niño, de NUEVE AÑOS DE EDAD, al considerarse vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva en cuanto al derecho del menor a ser oído, establecido en el artículo 9 de la Ley Orgánica del protección Jurídica del Menor.

En cuanto al carácter reservado de las actuaciones en materia de derecho de familia, el art. 754 LEC establece que “*(...) podrán decidir los tribunales, mediante providencia, de oficio o a instancia de parte, que los actos y vistas se celebren a puerta cerrada, y que las actuaciones sean reservadas, siempre que las circunstancias así lo aconsejen(...)*”. En el caso concreto, la nulidad de actuaciones respecto de la sentencia procedente del Juzgado 28 de Madrid, se invocaba, además de por otros motivos, no respecto del modo de producirse la exploración judicial, única por lo demás que se había realizado “*reservadamente*” sin que constara resolución explícita sobre el particular, sino por la falta de reflejo del contenido de la misma en autos, pues había sido omitida en la grabación de imagen y sonido y en el acta de la vista, con lo que a la madre apelante se le impedía alegar error en la apreciación de tal prueba, al no poder acreditar el contenido real de la misma.

Pese a lo anterior, esta apelación revocó la sentencia de instancia reduciendo el régimen de visitas concedido al padre, apoyándose en el contenido del informe psicosocial y sobre todo en los deseos al parecer manifestados por la hija menor, la cual a sus ocho años de edad expresó, según apreció la Sala, que “*entre semana no quería dormir con el padre*”.

En general, esta Sección menciona el elemento de la voluntad expresada de los menores con mayor profusión que la sección 22 y

atribuyéndole un mayor valor de ratio decidendi, como se observa en los cuadros de tabulación de las sentencias. **La Sala suele mostrarse muy receptiva a acoger los deseos de los menores cuando se manifiestan a favor de cualquier modalidad de custodia exclusiva, incluso paterna o separando a los hermanos, pero nunca se le atribuye valor decisorio cuando su voluntad parece orientarse hacia “vivir con los dos”** . Y ello, tanto en las manifestaciones directamente vertidas en la diligencia de exploración judicial (no siempre ante el Juez), generalmente en la instancia y excepcionalmente en la apelación, como las recogidas en el contenido de los Informes psicosociales.

La de 07/06/02 (ponente Hernández) revoca la custodia compartida establecida en la instancia para atribuirla con carácter exclusivo al padre; la madre padecía esclerosis múltiple. El correspondiente fundamento jurídico en el que se resuelve alude incidentalmente al informe Psicosocial, pero se basa sobre todo en las manifestaciones de la menor en la primera instancia, que sin embargo sirvieron al Juez para establecer allí la custodia compartida:

“ (...) guarda y custodia que ha de ser atribuida al padre por presentarse la opción paterna como la más beneficiosa, hoy por hoy, a los intereses de la menor Carolina , habida cuenta el resultado de la prueba pericial practicada y atendidas las preferencias de dicha menor, expresadas en la exploración que tuvo lugar en el acto de la vista y que impresionó al Juzgador a quo, desde la posición privilegiada que le confirió la inmediatez, de madurez y juicio suficiente como para adoptar decisiones de esta naturaleza,(...)”

La de 27/09/06 (ponente Hernandez) valora en los siguientes términos los deseos de un niño de ocho años expresados en la primera instancia en diligencia ante el Secretario del Juzgado:

“ (...) y habida cuenta las preferencias del hijo, quien parece gozar de suficiente juicio, y quien en la exploración llevada a cabo en la instancia, a presencia del Secretario, se ha decantado claramente por la opción materna, debiendo respetarse este deseo del hijo, pues otra cosa resultaría incluso contraproducente cuando podría vivir Alejandro el cambio como una imposición judicial no deseada, y desde luego no recomendada por el favor filii.”

En la de 21-02-07 (ponente Hernández Hernández), se separa a los hermanos, atribuyendo la custodia exclusiva sobre cada uno de ellos a un progenitor distinto:

“(…) en atención a que cada uno de los hijos, ha manifestado su voluntad de vivir separados, al referir querer hacerlo con un progenitor diferente, siendo que uno y otro presentan ya una edad, 16 y 14 años respectivamente, en la que se les presume con madurez y juicio suficiente, como para saber y poder decidir en régimen de igualdad cual es el progenitor más adecuado para el desarrollo de la convivencia, y habida cuenta la ausencia de obstáculo que pueda suponer la distancia, al encontrarse muy próximos los domicilios de ambos, así como las excelentes cualidades de los dos progenitores y el interés real de los dos por el bienestar y desarrollo de sus hijos, quienes mantienen firmes posturas de permanecer cada uno de ellos con un progenitor diferente, sobre todo Ignacio, quien se ha distanciado de su madre, inclinándose por el modelo educativo que le ofrece D. Romeo”.

Por el contrario, en la de 11-04-07 de la misma ponente Hernández, solo es uno de los hijos (la hija mayor) la que parece exteriorizar su voluntad de continuar bajo la custodia exclusiva de la madre, frente a la custodia compartida solicitada por el padre apelante; sin embargo en este caso, la voluntad de esa hija sí es considerada decisiva para la sala, junto a la conveniencia de no separar a los hermanos:

(…) lo que nos conduce a la desestimación anunciada del recurso, máxime cuando tal expectativa no es coincidente con los deseos, al menos de Patricia, quien quiere mantener la situación actual, no viéndose la conveniencia de separar a los hermanos, lo que, por otra parte tampoco se solicita.(…)

En la de 11-04-07 (ponente Hernandez) se apoya esencialmente en el Informe Psicosocial para desestimar la solicitud de custodia compartida del padre, pero complementa la argumentación contraria interpretando los deseos explícitos del hijo:

“(…) y ello en aras a la salud emocional del hijo, cuyos deseos, por otra parte, han de ser también considerados, siendo que este quiere contacto con el padre, mas no convivencia con él”.

Se especifica que la sentencia de instancia, diez meses anterior a la apelación, no concedía visitas intersemanales al padre, sino solo fines de semana alternos, planteándose la duda de cómo podía tener el niño una representación mental clara y verbalizar con precisión el exquisito matiz entre “*contacto*” y “*convivencia*” para ser considerado por la sala como tan relevante argumento decisorio, máxime cuando en la sentencia se reconoce que el menor padecía una discapacidad leve “*cuya superación requiere logopedia*”.

En la de 26-06-07 (ponente De la Fuente) rechaza la atribución de la custodia compartida por trimestres solicitada por el padre, pese al informe psicosocial a favor y la voluntad explícita del hijo que:

“(...), en la exploración del menor que desea estar y pasar más tiempo con el padre y desea compartir su vida con ambos (...).”

La voluntad de los menores (dos niñas de 16 y 13 años en el momento de la apelación) es invocado como argumento decisivo en la de 30/01/08 (ponente Hernandez) para revocar la sentencia de instancia que atribuía a la madre la custodia exclusiva y conferirla, también en exclusiva, al padre quien sin embargo la solicitaba compartida.

INFORME PERICIAL PSICOSOCIAL:

El informe pericial psicosocial es **en general elemento de juicio decisivo a favor de la custodia exclusiva**, si bien es utilizado en esta sección igual que en la 22, con carácter acentuadamente instrumental. O sea, el amplio margen de discrecionalidad judicial que confieren el párrafo 9 del artículo 92 del Código Civil, y normativa procesal general sobre libre apreciación de la prueba determinan que además de utilizar el informe contra la custodia compartida cuando sus conclusiones avalan tal resolución, en ocasiones se prescinde del informe o se “interpretan” sus contenidos o conclusiones para resolver la apelación contra tal sistema.

Así, en las sentencias en que se revoca la custodia compartida concedida en primera instancia, siempre se invoca el contenido del informe psicosocial :

S. 07/09/06 (ponente Correas), se apoya el elaborado en primera instancia, interpretándolo en sentido contrario a la sentencia apelada.

S. 05/10/06: (ponente De la Vega), se solicita un nuevo informe por la propia Audiencia, que contradictoriamente con el anterior, concluye en contra de la custodia compartida.

S. 25/01/07: (ponente Correas), igual que la primera citada, se apoya el elaborado en primera instancia, interpretándolo para resolver en sentido distinto a la sentencia apelada.

Ejemplo llamativo de la militancia de la sala contra la custodia compartida frente a la exclusiva, aunque excepcionalmente sea a favor del padre, es la de 05/03/07 (ponente De la fuente): Confirma la custodia exclusiva a favor del padre, en base a tres informes psicosociales, todos favorables a dicho régimen, quien sin embargo había sido condenado por maltrato a la madre, debiendo realizarse las entregas y recogidas de los dos niños menores a través de la abuela paterna.

Sentencias que niegan directamente valor decisorio al informe favorable, para resolver en contra de la custodia compartida:

La de 1/10/03 (ponente Hernández Hernández), anterior a la reforma del 2005, rechaza la custodia compartida solicitada por el padre pese a propugnarlo el informe del equipo adscrito al juzgado y existir acuerdo entre los padres al respecto, con una proclama genérica contra tal sistema:

“(…) la pretensión paterna no puede tener favorable acogida, al ser inviable la propuesta guarda y custodia compartida, de carácter alternativo, por más que venga recomendada por el informe psicosocial emitido por el equipo técnico adscrito al Juzgado de origen, obrante a los folios 340 a 344 de las actuaciones, al que nos

remitimos, en el que no se deduce razón fundada, objetiva y de peso, más allá de un pacto alcanzado por los progenitores a presencia de los peritos informantes, sin indicar, en que concretamente, beneficie al hijo común, Cristobal , y a su estabilidad escolar, familiar y social tal sistema incompatible con lo dispuesto en los art.º 90 y 94 del Código Civil , bien al contrario, le parece a la Sala perturbador el régimen repetido, asimilado como se dijo a una guarda y custodia alternativa, poco respetuosa con los horarios y tareas de estudio y realización de actividades escolares propias de un menor de 8 años de edad con que cuenta Cristobal , entendiendo que ello iría en detrimento de las horas de descanso y estudio, por lo que nos conduce a desestimar tal motivo de recurso, tanto de alternativa principal, como subsidiaria, al considerar esta Sala bastante el régimen de visitas concedido, que no puede ser ampliado ya más.(...)”

Se especifica que a propósito del régimen de visitas solicitado subsidiariamente que a juicio de la sala “no puede ser ampliado ya mas” por fatal imperativo categórico, que el padre tenía concedido en primera instancia dos tarde intersemanales, de 18 horas a 20,30 horas, y fines de semana alternos de viernes a la salida del colegio a las 20.03, y lo que reclamaba alternativamente a la custodia compartida no era ni siquiera la pernocta intersemanal, sino poder reintegrar al hijo, de 8 años, al domicilio materno a las 22 horas en lugar de las 20,30.

En la de 11-04-07 (ponente Correas, revoca la sentencia de instancia que la atribuía en exclusiva a la madre, apoyándose en un informe que aconsejaba la custodia paterna, pero añade:

“(...) No deben tenerse en cuenta otros informes periciales existentes en autos que tienden a una guarda y custodia compartida que, en puridad jurídica, es un contrasentido con la medida nuclear solicitada y concedida de separación física de cuerpos y rompimiento del vínculo matrimonial; y no debe tenerse en cuenta la guarda y custodia para las partes por periodos alternativos que según constante doctrina jurisprudencial es altamente perjudicial para los hijos por el continuo cambio de domicilio, o de costumbre dentro del domicilio familiar si quienes cambian son los padres; y no debe, finalmente, tenerse en cuenta la edad de la hija para concedérsela a la madre o al padre, pues es tema ampliamente superado.

En la de 03/09/07 (ponente Sánchez Franco) se niega valor vinculante al Informe del equipo psicosocial, que recomendaba la custodia compartida, sin ulteriores argumentaciones, pese a que este caso pertenece al reducidísimo grupo en que se atribuye la guarda al padre:

“(...) Es evidente, en el presente caso de autos, a pesar de que el informe pericial psicosocial aconsejara custodia compartida y en su defecto, la atribución de la guarda y custodia a la madre; que dicha guarda custodia debe ser atribuida al padre, al no resultar vinculante dicho informe, así como el emitido por Ministerio Fiscal:(...)

En la de 14-11-07 (ponente Hernandez), se revoca la sentencia de instancia que concedía al padre de fines de semana con pernocta de tres noches y dos pernoctas entre semana, apoyándose en los deseos de la hija recogidos en el Informe Psicosocial relativos a que “*entre semana no deseaba dormir con el padre*”, pese a que el sentido del informe era favorable a tal sistema de visitas, afirmando la Sala en contrario que:

“(...)el dictamen psicosocial no resulta vinculante y el régimen de visitas que venía rigiendo entre padre e hija da perfecta cobertura a la necesidad adecuada de referencia paterna, siendo suficiente el mantenimiento del vínculo (...).”

En este apartado debe incluirse también la de 30/01/08 (ponente Hernández), antes citada: Revoca la sentencia de instancia, que, con apoyo de informe psicosocial, atribuía la guarda en exclusiva de las dos hijas a la madre; la apelación la otorga, también en exclusiva al padre, quien había solicitado la custodia compartida, pero para rechazar este último sistema alega la Sala que “*no viene informada positivamente por el equipo psicosocial adscrito al Juzgado de origen*”. Lo cierto es que fue en la apelación donde se practicó la prueba decisiva para revocar la sentencia de instancia, como fue una exploración judicial a las menores en la que se detectó su voluntad inequívoca de convivir con el padre; ¿por qué no se practicó un segundo informe psicosocial con ocasión de la apelación? Parece que las impresiones subjetivas de los magistrados en la exploración a las menores en la apelación sí que fueron en este caso decisivos para romper la inercia procesal de no revocar las sentencias de origen dada la “privilegiada intermediación” del juzgador de primera instancia, tan reiteradamente invocada por esta Sección.

Sentencias que “interpretan” el informe, seleccionando su contenido o contra la literalidad de sus conclusiones, o desmontando sus conclusiones con las impresiones deducidas

por el tribunal del acto de la vista, siempre en sentido contrario a la custodia compartida, o para restringir las visitas del no custodio:

Ejemplo de restricción de visitas lo encontramos en la S. 20/10/05 (ponente De la Vega), antes citada: El informe psicosocial amparó al juzgador de instancia para conceder al padre catorce noches de pernocta con la menor, sin atreverse a denominar al sistema “custodia compartida”. La apelación reinterpreta el Informe Psicosocial en contra de la sentencia de instancia, eliminando de raíz las pernoctas intersemanales con el padre en base a un “riesgo de desestabilización” para la menor que el propio informe no había considerado, sino que es de la apreciación exclusiva de la Sala:

(...)La resolución de tal cuestión debe adoptarse en beneficio de la menor, y aunque queda reflejado en el informe psicosocial emitido que el padre cuenta con habilidades y capacidad para poder hacerse cargo de la niña (F. 367), sin embargo se aconseja que la guarda se atribuya a la madre. La pernocta de dos días intersemanales viene a suponer una custodia compartida, no acordada por los progenitores ni tampoco aconsejada por el equipo psicosocial del juzgado, en cuyo informe se indica como conveniente una comunicación extensa con dos días intersemanales desde la salida del colegio hasta la hora que ambos progenitores consideren adecuada para los hijos menores. Consecuentemente y en base a tal informe y la falta de acuerdo de ambos padres respecto a la pernocta intersemanal se estima oportuno suprimir esta en base al riesgo de desestabilización que pueda derivarse para la menor. Y mantener estos dos días intersemanales desde la salida del colegio hasta las 20 h. en que se reintegrara al domicilio materno.”

Idénticamente, la 27/10/05 (ponente Hernandez Hernández): Se alude a un informe “de seguimiento”, que fue tenido en cuenta por la sentencia de instancia para reconocer al padre la pernocta de las noches de los miércoles y de los lunes de los fines de semana de convivencia. La apelación selecciona el contenido de tal informe para eliminar esas dos pernoctas con el padre, con el siguiente razonamiento:

“(...) SEGUNDO.- El recurso deducido frente a la sentencia de fecha 21 de enero de 2005, ha de ser estimado, con revocación de la sentencia de instancia en el sentido que interesa la recurrente, toda vez que sin constar el concreto beneficio que se

genere al menor, más allá de la comodidad del propio padre, el sistema de visitas que se instaure encubre una verdadera custodia compartida alternativa, hoy por hoy incompatible con nuestro ordenamiento jurídico, y, en el presente caso no informada como beneficiosa para el menor, bien al contrario, en el informe de seguimiento obrante a los folios 309 y siguientes de autos, fechado a 4 de enero de 2005, al que nos remitimos y en lo sustancial tenemos aquí por reproducido, se destaca la conveniencia de llevar a cabo las devoluciones del niño tras las visitas, hacia las 21:00 horas, en aras a facilitar los hábitos y rutinas del menor, de donde no se advierte la oportunidad y conveniencia de las pernoctas instauradas, lo que nos conduce a la revocación de la sentencia de instancia, con la anunciada estimación del recurso.(...)"

Justifica la longitud de la cita el caso de interpretación creativa del contenido del informe que encontramos en la de 26/06/07, (ponente de la Fuente), que confirma la custodia exclusiva otorgada en la sentencia de instancia:

"(...) Destaca que: el informe emitido por el perito adscrito que se señala que ninguno de los progenitores presentan trastornos cognitivos ni psicopatológicos que afecten a sus capacidades de cuidado y atención del menor, y si bien es cierto que en las conclusiones del informe se señala que concurre en la demandante una mayor inestabilidad psicológica que en el padre, así como que la madre "mantiene actitudes cerradas hacia las relaciones paterno-filiales, dificultándolas, y afectando por consiguiente el desarrollo psicológico-físico armónico del hijo", tal conclusión es suavizada o matizada de alguna forma por el propio contenido del informe, en el que se señala que " Juan presenta adecuado desarrollo psicológico. Es un niño muy afectivo, sociable, con adecuados niveles de relación y comunicación. El proceso de separación de sus progenitores lo vive muy mal, señalándose de forma expresa en el informe que la psiquiatra que le atendió en tres ocasiones apreció la existencia de "un proceso conflictivo de separación de sus progenitores, sin grave patología", sin que existan datos suficientes, a la vista de lo expuesto por la psicóloga en el acto de la ratificación, para atribuir esa disfunción del menor en únicamente a uno de los progenitores, pues en contra de lo que sostiene la perito no existe en la actualidad ningún dato objetivo que permita sostener que la madre va a dificultar tal régimen de visitas a la vista del informe del punto de encuentro unido a la pieza de medidas provisionales donde se hace constar una total normalidad en el cumplimiento de las citadas vistas.

A mayor abundamiento, aun cuando en el informe psicológico se hace constar por la perito que el padre presenta una mayor estabilidad social y laboral, no puede otorgarse a tal afirmación eficacia probatoria alguna, en cuanto que el informe se ha realizado exclusivamente por la perito psicóloga, y no por el asistente social,

desconociéndose los motivos por los que la perito ha llegado a tal conclusión al no haberse realizado en el informe ningún estudio social sobre la situación de los progenitores. En cualquier caso, los progenitores tienen unos horarios laborales muy semejantes, por lo que ninguno de ellos presenta una mayor disponibilidad que el otro para atender al menor.

De otra parte no parece procedente establecer un régimen de custodia compartida, de alguna manera aconsejado en su informe por la perito, y solicitado expresamente por la parte demandada, a la vista de la fuerte conflictividad que existe entre los progenitores, no debiendo de olvidarse que concurre en el presente caso la circunstancia prevista en el apartado 7 del artículo 92 del Código Civil, en la redacción dada por la Ley 15/2005, de 8 de julio, en cuanto que ha quedado acreditado que el demandado ha sido condenado por sentencia firme de fecha 10 de junio de 2005 por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número cinco de esta localidad, como autor de una falta del artículo 620 del Código Penal cometida contra su esposa.(...)”.

Al campo de la “interpretación” puede pertenecer también la S 21-02-08 (ponente Sánchez Franco), en que **los Informes emitidos por los equipos adscritos a los juzgados parecen no tener fecha de caducidad**, y vuelven a ser utilizados por la Sala cualquier que sea el tiempo transcurrido desde la primera instancia. Esta apelación tarda más de veintiséis meses en resolverse (desde el 16 de diciembre de 2005 hasta el 21 de febrero de 2008); la sentencia de instancia confiere la guarda exclusiva a la madre, en el sentido del Informe Psicosocial; sin embargo, y pese que uno de los hijos estaba al tiempo de la sentencia de instancia próximo a la mayoría de edad por lo que no se le establece concreto régimen de visitas con el padre, la Sala rechaza la custodia compartida al no proceder la misma “*a tenor del informe psicosocial practicado al efecto*”.

En la misma línea, la de 08-05-08 (ponente Correas), confirma la custodia exclusiva atribuida al padre en la instancia basándose en la interpretación del Informe Psicosocial que avalaba la custodia compartida, o subsidiariamente, la paterna, y descartando otro informe psiquiátrico elaborado a petición de la madre, con la siguiente argumentación, que en materia de custodia de menores parece reducir la función jurisdiccional a “*un problema de elección*”:

“(...) procede desestimar este motivo al considerarse correcto en el caso el conceder la guarda y custodia del hijo llamado Álvaro a favor de su padre D. Jose Antonio; decisión que viene avalada por el informe pericial psicológico emitido por el

equipo técnico adscrito al Juzgado obrante a los folios 308 y siguientes y en la esfera de medidas provisionales, extenso e intenso de contenido en el que se concluye en una guarda y custodia a favor del padre de no ser compartida. (...). Nadie discute, por supuesto, las excelencias científicas del psiquiatra Sr. Leonardo; y, en consecuencia nadie duda, ni debe dudar, de que la Sra. Trinidad actualmente está bien para cuidar a su hijo. Es, simplemente, un problema de elección, y lo decidido al respecto por el órgano "a quo" es correcto y, se insiste, avalado como se ha indicado(...)"

La jurisprudencia de esta sala refleja **la conflictividad que genera la defectuosa configuración sustantiva y procesal de esta prueba**, la discutida cobertura legal del mecanismo de selección de los equipos psicosociales, de la cualificación profesional de sus componentes y de sus protocolos de actuación (o la falta de ellos) en la elaboración y ratificación de los informes.

En este plano resulta de interés la de 26/04/07 (ponente De la Fuente) pues sin apreciar nulidad de actuaciones, que **acepta la validez decisoria del informe elaborado sin la colaboración de la madre**, pese a haber sido solicitado por ella, la cual, citada en forma a las entrevistas con el psicólogo y trabajador social del juzgado, no acudió alegando que ese día los niños estaban con su padre. Esa sentencia abre una vía importante a favor de los informes psicosociales elaborados a instancia de uno de los progenitores, generalmente el padre, cuya principal tacha de irrelevancia procesal viene siendo en la jurisprudencia al uso, el referirse solo a algunos de los miembros de la unidad familiar.

Sin embargo, la de 19/06/08 (ponente Hernández) argumenta, frente a la anterior:

“(...) Así se infiere del conjunto probatorio obrante en autos, y, principalmente de los diversos informes psicológicos obrantes en las actuaciones, y más concretamente del emitido por el Equipo Técnico adscrito al Juzgado de origen, íntegramente ratificado en el acto de la vista que tuvo lugar a 6 de septiembre de 2.007, que con total lógica da prevalencia la Juez "a quo", en cuanto procede de perito absolutamente imparcial, aséptica y objetiva, de cuya profesionalidad además no se puede dudar, cuando del emitido a instancia de parte se destaca su carácter

incompleto, pues para su confección se ha omitido el estudio de la figura materna, careciendo además su autora de especialización en psicología infantil “(...).

En la de 16/07/07 (ponente De la Fuente), se solicita nulidad de actuaciones relacionadas con el Informe Psicosocial del juzgado, al impugnar el padre apelante su contenido, metodología formal y de contenido, y la cualificación de los peritos, extremos que venían avalados por otro informe de un especialista a petición de parte, así por no haber permitido el Juez de instancia a la representación letrada del padre el interrogatorio de los peritos sobre aquellos extremos en su ratificación del informe en el acto de la vista. La Sala desestima con el vicio de nulidad de actuaciones, interpretando el contenido del informe en sentido favorable a la custodia exclusiva de la madre, y denegando sin embargo la ampliación del régimen de visitas solicitada por el padre, quien solo tenía una tarde intersemanal:

(...) ni se ha puesto de manifiesto que sea más beneficioso para los menores estar en compañía de su padre, máxime a la vista del informe pericial practicado, que sin desmerecer a ninguno de los progenitores que no presentan ninguna patología que le impida ocuparse de los menores, y a pesar de que se afirma que existe un similar estilo de vida, apego y lazos afectivos estables hacia ambos progenitores, etc... se concluye que "las circunstancias actuales hacen inviable que se pueda cumplir una custodia compartida aunque no se debería descartar como objetivo a conseguir por ser la opción más adecuada y por ello recomienda que la custodia la detente la Sra. Leonor , por continuar en estos momentos con la estabilidad y las rutinas establecidas que los menores necesitan para su seguridad y buen desarrollo".

En la de 24/01/08, la custodia compartida había sido solicitada por el padre con ocasión de la sentencia de divorcio, dictada en procedimiento contencioso; el Informe Psicosocial no entra a valorar específicamente dicha alternativa, solicitada por el padre; el apelación el padre solicita nulidad de actuaciones entre otros motivos por la incongruencia de dicho informe; la Sala confirma la sentencia de instancia, rechaza la nulidad de actuaciones y argumenta a favor de la custodia exclusiva de la madre interpretando el contenido del informe del siguiente modo:

“ (...) ello viene avalado por la prueba sobresaliente en autos como es el informe psicosocial de los folios 338 y siguientes, extenso e intenso de contenido, y en el que se

concluye en una guardia y custodia a favor de la madre; añadiéndose que no es aconsejable el ejercicio de la guardia y custodia por el padre, de lo que se deduce por derivación, que no es posible en el caso una guarda y custodia compartida(...)”

INFORME DEL MINISTERIO FISCAL:

Al igual que en el análisis de la sección 22, todas las sentencias analizadas contienen la expresión formularia relativa a la intervención del Ministerio publico. En este sección, en mayor medida que la 22, la falta de informe favorable del Ministerio publico es utilizado explícitamente como argumento, siempre coadyuvante, contra la custodia compartida.

No obstante, también esta sección ha fallado sistemáticamente en la jurisprudencia analizada en contra de la custodia compartida, CON informe del Fiscal también contrario a la medida, CONTRA el informe, que era favorable, o SIN informe alguno y denegando la posible nulidad de actuaciones. Tampoco encontramos ningún caso de sentencia favorable a la guarda alternativa contra el informe del Fiscal. En ninguna de las sentencias analizadas en que se rechaza la custodia compartida la apelación había sido interpuesta por el Ministerio Fiscal, para solicitar tal medida si no había sido declarada en primera instancia.

Merece destacarse que **ninguna sentencia de este sección se plantea la más mínima duda acerca de la constitucionalidad del requisito del informe favorable del Ministerio fiscal**, dudas que sí aparecen al menos en cuatro de la seccion 22, citadas en su lugar. Tampoco se menciona la cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Las Palmas el 13-09-2006, que sí parece inquietar a la sección 22 en la sentencia de 28/04/08.

a.- Sentencias contrarias a la custodia compartida, con informe fiscal también contrario:

Son muy numerosas. Cabe destacar el matiz de que mientras que en la sección 22 se menciona en ocasiones explícitamente el carácter contrario del informe como argumento decisorio y a veces principal, en ésta se incide más en la falta de sentido favorable del tal informe, pero sin detallar el sentido concreto del mismo.

Por ejemplo, la 14/03/02 (Correas), cuya dicción se repite con escasas variaciones en otras posteriores a la reforma legal:

“(...) Es correcta, además, la decisión del órgano "a quo" al ser consonante con el informe del Ministerio Fiscal obrante al folio 69 de las actuaciones pues ya sabemos que dicho Ministerio siempre es el fiel custodio de la juridicidad y en estos ámbitos de familia actúa especialmente ocupado y preocupado por el "bonum filii".(...)”

b.- Sentencias contrarias a la custodia compartida, con informe del Ministerio Fiscal a favor de tal sistema:

En la S 03-09-07 (ponente Sánchez Franco):

“(...) Es evidente, en el presente caso de autos, a pesar de que el informe pericial psicosocial aconsejara custodia compartida y en su defecto, la atribución de la guarda y custodia a la madre; que dicha guarda custodia debe ser atribuida al padre, al no resultar vinculante dicho informe, así como el emitido por Ministerio Fiscal:(...)

c.- Sentencias contrarias a la custodia compartida, constando explícitamente no haberse evacuado informe fiscal alguno:

La de 13/09/07, (ponente Correas) considera motivo de denegación precisamente el no haberse evacuado el Informe fiscal, sin entrar a considerar el posible vicio de nulidad de actuaciones por razón del resto de medidas adoptadas respecto de los menores:

“(...)por lo que se refiere al primer motivo, guarda y custodia compartida , del estudio de las actuaciones procede su desestimación al compartirse el criterio del órgano "a quo" de que ello no fue pactado en el convenio regulador de la separación como dice el nº 5 del art. 92 del C.C ., según Ley 15/2005, de 8 de julio , ni se ha llegado a este acuerdo por las partes en el transcurso del presente procedimiento; y, finalmente, no se ha recabado el informe del Ministerio Fiscal en este sentido en momento procesal hábil (...).”

En la de 03/07/08 (ponente Correas), el padre apelante solicitaba nulidad de actuaciones respecto a la sentencia de primera instancia por no haberse evacuado el correspondiente informe. La Sala rechaza la custodia compartida solicitada por el padre, pero al rechazar la nulidad de actuaciones parece minusvalorar tal requisito con la siguiente argumentación, que nos limitamos a reproducir en su llamativa literalidad, sin comentario alguno:

“(...) la actuación dentro del procedimiento del Ministerio Fiscal es algo que atañe solamente a dicho Ministerio, al cúmulo de trabajo y medios disponibles; a su propio organigrama; a su ciencia, convivencia y profesionalidad; pero, en todo caso, es tema ajeno a las partes, pues el Ministerio Fiscal sí fue llamado a actuar en el procedimiento y lo hizo; y es de esperar, que las partes, en lo concerniente al hijo, actuarán siempre en aras al "bonum filii". Y es significativo, finalmente, que el hijo contaba con 17 años, luego una nulidad de actuaciones por la ausencia del Ministerio Fiscal en base a la existencia de hijo menor de edad no tendría, entonces, sentido(...);

SENTENCIAS QUE DECLARAN CUSTODIA COMPARTIDA:

En la sección 22 se detectan ocho posteriores a la reforma legal, y todas con confirmación de la sentencias de instancia que instauraba tal régimen. En la sección 24, de los casos en que en la apelación se resuelve sobre -o al menos se menciona- el régimen de guarda establecido en la instancia, apenas pueden mencionarse las siguientes:

--No lo es propiamente la de 30/03/06, (ponente Correas), pues no era compartida sino “repartida” o troceada. La sentencia de instancia atribuye en exclusiva al padre la guarda de dos de los hijos (niño y niña) y a la madre la de otra niña, amparándose en el acuerdo originario de los progenitores en convenio regulador de los cónyuges y en un Informe Psicosocial que apoyaba sin reservas tal reparto.

--Tampoco hay custodia compartida en sentido estricto en la de 21/02/07(ponente Hernandez), que confirma la de instancia atribuyendo la custodia exclusiva a cada uno de los dos progenitores de uno de los dos hijos, separando así a los hermanos y amparándose en el Informe favorable del fiscal y del equipo Psisocial.

- En la de 17/10/07(ponente Correas), se confirma la de instancia que la atribuye compartida por quincenas respecto de uno solo de los dos hijos menores, si bien solo se apelaban muy puntuales aspectos económicos, no el carácter alternado de la custodia, con lo que la Sala no entra a argumentar sobre la figura. (Por eso, esta sentencia no se incluye en la tabulación).

- Absolutamente excepcional en el panorama de la Sección 24 es la de 12/12/07 (ponente Hernandez), confirma la sentencia de instancia, procedente del Juzgado 66 de Madrid, que la establece alternativa por trimestres para un hijo de 14 años así como (j) para otro que alcanzaba la mayoría de edad pocos días después de la sentencia. Se apoya en dos informe psicosociales elaborados, uno con ocasión de la sentencia de separación en 2002 y otro con ocasión del procedimiento que da lugar a la sentencia apelada, en 2007, constandingo además el informe favorable del Ministerio fiscal y la voluntad manifestada en el mismo sentido por los menores varias veces desde 2002.

SENTENCIAS QUE CONFIEREN LA CUSTODIA EXCLUSIVA AL PADRE:

Incluimos, especialmente en las anteriores a la reforma del 2005, tan solo las sentencias en que uno de los motivos de la apelación era, principal o secundariamente, la custodia atribuida al padre.

Anteriores a la ley 15/2005:

S 06-03-02 (ponente Correas) Confirma la exclusiva del padre, acordada por ambos en convenio regulador, algunos de cuyos aspectos son discutidos por la madre en apelación, pero no el hecho de la custodia del padre.

S 14-03-02 (ponente Correas): También estaba acordada por ambos en convenio regulador, que se modificó judicialmente en la primera instancia por otros motivos.

S 07-06-02 (ponente Hernandez): Revoca la de instancia que había establecido la compartida, atribuyéndola al padre: la madre estaba afectada por esclerosis múltiple, y se le reconoce pensión compensatoria a cargo del marido pese a que llevaba dos años en paro y se le exime a ella de pagar alimenticia a los hijos.

S 18-11-04. (ponente Hernandez Hernandez) confirma la atribución al padre en exclusiva de la primera instancia de una única hija de 12 años de edad, con su testimonio inequívoco a favor, informe fiscal y psicosocial a favor y, al parecer, denuncias contra la madre por maltratadora.

Posteriores a la ley del “divorcio express”:

S. 24-11-05. (Hernandez Hernandez). Revoca la sentencia de instancia que la atribuía compartida, al apreciar el Informe Psicosocial en la madre una “afección mental de trastorno depresivo mayor recidivante” crónico, con “intentos autolíticos” y riesgos de recaída. No obstante, atribuye el uso de la vivienda familiar común a la madre.

S. 18-01-06. (Ponente Correas). Confirma la sentencia de instancia que la atribuía al padre: De los tres hijos, uno era mayor de edad y otro, cercano a tal mayoría, vivían con el padre y prefieren indiscutiblemente seguir con él; la hija pequeña se le atribuye también al padre para no separar a los hermanos.

S. 07-06-06. (Ponente Correas). Confirma la sentencia de instancia que la atribuía al padre: Lo avalaba un informe psicosocial incontrovertible en ese sentido.

S. 25-01-07. (Ponente Correas). Revoca la sentencia de instancia que la establecía compartida por trimestres, atribuyéndola en exclusiva al padre en virtud del Informe Psicosocial.

S. 05-03-07. (Ponente De la fuente). Confirma la sentencia de instancia que la atribuye en exclusiva al padre en virtud de tres Informes Psicosociales coincidentes, y de la voluntad recalcitrante de uno de los dos hijos menores de no querer pernoctar nunca con la madre. El padre había sido condenado por maltrato a la madre.

S. 11-04-07. (Ponente Correas). Revoca la sentencia de instancia que la atribuye en exclusiva a la madre en virtud de un Informe Psicosocial (no aclara la sentencia si del equipo judicial o de parte) que recomendaba inequívocamente la custodia paterna, y rechazando otros varios obrantes en autos que aconsejaban la custodia compartida.

S. 03-09-07. (Ponente Sanchez Franco). Caso auténticamente excepcional que confirma íntegramente la sentencia de instancia (procedente del Juzgado 28 de Madrid) que la atribuye en exclusiva al padre, en contra del Informe Psicosocial, que recomendaba explícitamente la custodia compartida y al parecer contra el informe del fiscal en el mismo sentido, apoyándose exclusivamente en la inercia de la convivencia del padre con los menores antes y después del divorcio.

S. 29-10-07. (Ponente Sanchez Franco). Confirma la sentencia de instancia (procedente del Juzgado 66 de Madrid) que la atribuye en exclusiva al padre, al parecer por la existencia de algún tipo de maltrato anterior (la extrema concisión de todas las ponencias de este magistrado impiden extraer otras conclusiones).

S. 30-01-08. (Ponente Hernandez). Revoca la sentencia de instancia que la atribuye en exclusiva a la madre, para atribuirla al padre denegando su petición de custodia compartida por semestres. Se basa en la voluntad de las dos menores, manifestada en una exploración judicial realizada en la alzada.

S. 31-01-08. (Ponente Correas). Revoca la sentencia de instancia que la atribuía compartida por meses (procedente del Juzgado 5 de Coslada), para atribuirla al padre, basa en el contenido del Informe psicosocial que avalada la idoneidad del padre, y en la existencia de dos menores mas, acogidos por el padre bajo su custodia al parecer exclusiva.

S. 08-05-08. (Ponente Correas). Confirma la sentencia de instancia que la atribuía al padre (procedente del Juzgado 1 de Leganés), basada esencialmente en la inercia procesal y en la Interpretación del Informe psicosocial y en el informe del fiscal.