

# **ESTUDIO DE LA JURISPRUDENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID SOBRE ATRIBUCIÓN DE CUSTODIA DE HIJOS EN LOS TRES PRIMEROS AÑOS DE VIGENCIA DE LA LEY DEL DIVORCIO EXPRESS.**

## **COMENTARIOS GENERALES**

Con la participación de magistrados y juristas de prestigio, y bajo la coordinación del abogado Pérez-Roldán, se ha sistematizado en base de datos, aproximadamente 750 sentencias de las dos secciones de la Audiencia Provincial de Madrid (secciones 22 y 24), sobre apelaciones en materia de atribución de custodia de menores. Específicamente se han analizado 263 sentencias sobre petición de custodia compartida, es decir la totalidad de las sentencias sobre esta materia desde la septiembre de 2005 a septiembre de 2008 una vez aprobada la modificación de la ley de divorcio del año 2005 y 27 anteriores a dicha reforma. El resto de sentencias hasta 750, lo han sido por su especial relevancia en cuanto a los criterios de asignación de la custodia materna como veremos a continuación.

El resultado es que de los 265 casos, la Audiencia no ha concedido ninguna custodia compartida a petición de uno solo de los cónyuges por vía de apelación, rechaza las custodias compartidas otorgadas en primera instancia y en un porcentaje cercano al 90 por ciento de los divorcios, la custodia exclusiva de los hijos ha sido atribuida a la madre. A consecuencia de ello, en una proporción parecida, el esquema resultante del divorcio es el siguiente:

A la mujer se le concede sistemáticamente la guarda y custodia exclusiva de los hijos y con ella, la facultad de decidir las cuestiones ordinarias. El tribunal le reconoce el uso de la vivienda habitual de la familia antes del divorcio, pudiendo residir en ella hasta la independencia económica de los hijos que quedan bajo su guarda, incluso muchos después de la mayoría de edad del menor de ellos.

Al padre se le condena a salir de su casa familiar, sufragarse a su costa un nuevo hogar, ver a sus hijos esporádicamente dos fines de semana al mes, quedando obligado en la mayoría de los casos a seguir pagando parte de las cuotas de la hipoteca de la vivienda donde queda su exesposa y los niños, y a ella una pensión para atender las necesidades de los hijos y en ocasiones, otra pensión a ella presuntamente para compensar el desequilibrio económico debido al divorcio.

La cuestión principal objeto del estudio se centra en analizar los criterios y razonamientos jurídicos, que hacen que estas dos secciones, resuelvan de forma prácticamente unánime y sistemáticamente, así como de idéntica forma, que los niños vivan en régimen de custodia exclusiva materna, con carácter independiente a las necesidades concretas de cada caso.

Se analiza si este “modus operandi” de las dos secciones es compatible con la función que la ley y la jurisprudencia consolidada, tiene encomendada a juzgados y tribunales de familia y que no es otra que la atención personalizada y caso a caso del beneficio del menor, entendiendo por menor no un categoría lingüística o jurídica, sino cada uno de nuestros hijos e hijas con sus circunstancias personales, familiares, escolares, sociales etc.

## METODOLOGIA DEL ESTUDIO:

Se han seleccionado las mencionadas sentencias de las Secciones 22ª y 24ª de la Audiencia Provincial de Madrid, a partir de dos bases de datos de jurisprudencia de acceso telemático: la de libre acceso del Poder judicial en [www.poderjudicial.es](http://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 alternada”, “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 analizado aproximadamente 300 sentencias, unas 170 de la Sección 22ª y algo más de 120 de la Sección 24ª 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.

Se han elaborado dos tablas de bases de datos con cada una de las dos secciones de la Audiencia de Madrid mediante programa Acces de Microsoft, y en cada sección se han incluido las variables de fecha; composición de la sala; magistrado ponente; juzgado de la Comunidad de Madrid de donde venía la sentencia que se recurre; plazo que ha tardado la audiencia en dictar sentencia desde la fecha de la de primera instancia; sentido de la sentencia (o sea, si concede o no la custodia compartida en el estudio específico); si amplía o no las visitas del no custodio; número de noches los fines de semana y número de tardes entre semana que se atribuyen al progenitor no custodio de estancia con sus hijos; argumentos utilizados para denegar la custodia compartida con rango de primero, segundo o tercero; intervención y sentido (a favor o en contra de la custodia compartida) del Ministerio Fiscal; intervención y sentido (a favor o en contra) de los equipos psicosociales; invocación de la Constitución; y condena o no en costas.

## RESUMEN DE CONCLUSIONES DEL ESTUDIO

- **La Audiencia revela prejuicios ideológicos contra el sistema de custodia compartida idénticos antes y después de la reforma del 2005:** las dos secciones afirman explícitamente que los hijos de padres divorciados solo pueden vivir establemente con uno de los progenitores, por tanto, siempre con las madres. Considera, con razonamientos idénticos a los anteriores a la ley de divorcio express, que la custodia compartida es imposible de aplicar en la práctica, que es incompatible con la ruptura de la convivencia entre los padres, que desestabiliza a los niños y que siempre es gravemente perjudicial para su crianza y educación.
- **Se aprecia discriminación sexista en cuanto a la idoneidad de los hombres para el cuidado de los hijos.** Desproporción en cuanto a las exigencias a uno u otro sexo respecto a disponibilidad de vivienda, tiempo, dinero y ayudas familiares para la atención de los niños.

- **Discriminación inconstitucional contra la infancia.** Restricciones infundamentadas del régimen de visitas al padre no custodio para evitar que el sistema se aproxime al reparto igualitario de las estancias o sea, a una custodia compartida encubierta.

Con ello, la Audiencia intentar evitar que el tiempo de estancia de los niños con los dos progenitores sea casi igual, pues ello tendría consecuencias sobre todo el esquema del divorcio y especialmente sobre los temas económicos: sería obligada la atribución igualitaria de la vivienda, o la obligación de venderla o adjudicarla a uno de los dos, y la inexistencia de pensiones alimenticias de uno al otro (cada progenitor pagaría los gastos de los hijos la mitad del tiempo que estuvieran con cada uno).

- **Inmotivación generalizada de series enteras de sentencias.** Hay muchas otras que repiten ritualmente los mismos párrafos en denegación de custodia compartida, sin consideración individual del caso.
- **Retrasos sistemáticos en las resoluciones.** El plazo medio de resolución de la apelación en las sentencias posteriores a la reforma de 2005 es en la media de las dos secciones de 315,85 días; en las de la Sección 22ª, de 307,07 días, y en las de la sección 24ª, de 325,76 días. Eso contribuye a que se consoliden en el tiempo actuaciones ilegítimas en apropiaciones de hecho de menores. Los retrasos en ocasiones dejan sin objeto el pleito al tiempo de su resolución: los menores cuya custodia se discute ya han alcanzado la mayoría de edad cuando se dicta sentencia.
- **Inaplicación o ignorancia inexcusable del derecho vigente.** Numerosas sentencias posteriores a la del Tribunal Constitucional de 15 de enero de 2001, y lo que es mas asombroso al 9 Julio de 2005 (fecha de entrada en vigor de la ley del divorcio express, que lo regula expresamente) siguen afirmando que **el sistema de custodia compartida es ilegal o “incompatible con nuestro ordenamiento jurídico”**.
- **Instrumentalización de la prueba del informe psicosocial.** Se invoca como prueba científica e independiente cuando propugna la custodia exclusiva de la madre. Se prescinde de él cuando es favorable a la custodia compartida. Se retuerce su interpretación a favor de la exclusiva de la madre cuando es ambiguo. Se prescinde de los elaborados a instancia de parte cuando aconseja la alternancia, el cambio a favor del apelante, la ampliación de las visitas del no custodio o la remisión de los padres a mecanismos de mediación familiar.
- **Instrumentalización de la prueba de la exploración judicial de los menores.** Se realiza bajo la presión ambiental del progenitor cuya custodia se discute. La verifican a veces a presencia de los secretarios judiciales, no del juez. Se practica en ocasiones reservadamente, con lo que no es posible revisar con criterios científicos la apreciación subjetiva del juez.
- **Instrumentalización de la intervención del ministerio fiscal.** Se prescinde de él sin apreciar nulidad de actuaciones. Otras veces se utiliza la falta de informe favorable para fallar contra la custodia compartida sin plantearse la posible inconstitucionalidad de tal exigencia ni la cuestión planteada al respecto por un tribunal desde el 2006 ante el Tribunal Constitucional.

## **Ejemplos de prejuicios ideológicos en contra el padre sin atender a las consecuencias que sobre los menores puedan tener la ejecución de las sentencias.**

La de 29/09/06 (ponente Chamorro) exige para la idoneidad de la custodia compartida, no sólo el habitual proyecto en común en relación a la educación y formación de los hijos, y un marco de entendimiento y flexibilidad sino, adicionalmente, excelencias que no parece imponer nuestro Derecho a los restantes progenitores en situación de normalidad familiar:

*“(...) condiciones de semejanza en los diversos ordenes de la vida, personales (j), sociales, (jj) culturales (jj), etc (...)”.*

La de 29/01/08 (ponente Galán) exige para la custodia compartida que los dos coincidan en la educación del niño; si no, para la madre:

*“(...) 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 (jjj) entre ambos progenitores, en relación a la vida y educación de los hijos, en todos (jjj) los ámbitos,(....)”*

La mayor disponibilidad de horarios de la madre es apreciada por la Sala para darle la custodia exclusiva incluso en los casos en que los dos progenitores tienen idéntica profesión:

- Dos funcionarios de prisiones 27/06/08 los dos progenitores tienen la misma profesión, y en su momento, un horario compatible; hay informe psicosocial inequívoco a favor de la custodia compartida, pero la Sala le da la custodia a la madre por:

*“(...) En otro orden de consideraciones, aunque es cierto que ambos progenitores ejercen la misma profesión, en su condición de funcionarios de prisiones, también lo es que la madre consiguió en su momento el turno de mañana para una mejor dedicación en favor de los hijos (...).”*

Sin embargo, la Sala parece no dudar acerca de la disponibilidad del padre por las tardes, al afirmar tres párrafos más abajo del mismo fundamento jurídico, en relación con el régimen de visitas:

*“(...) Por último, es de advertir que se ha establecido un amplio régimen de visitas en favor del padre, que incluye una tarde a la semana, sin que conste que haya habido algún inconveniente al respecto del cumplimiento del régimen de comunicaciones. (...)”*

- Dos profesores de instituto: En la de 24/07/08 (ponente Neira) los dos tienen horarios y sueldos prácticamente idénticos. Se discute la custodia de una niña de 12 años, que sin embargo la Sala se la da en exclusiva a la madre, basándose esencialmente en el dato de la inercia, obligando al padre al pago de pensión alimenticia y la mitad de la hipoteca de la vivienda familiar.

S 27/09/06 (ponente Correas), rechaza la concesión al padre de visitas intersemanales sin pernocta. 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 sólo un mes, (o sea, mas del 80% con la madre y menos del 20% con el padre), privado 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. Además, 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 dice:

*“(...) 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. (...)”*

Sentencia de 20/12/07 (ponente Hernández Hernández): En primera instancia se atribuye a la madre la custodia exclusiva de la hija menor, así como el uso de la vivienda familiar; el padre pierde el uso de la casa pero sigue obligado a pagar la mitad de la hipoteca. Consta que la madre ha iniciado una nueva relación sentimental metiendo a su nueva pareja en dicho domicilio. La sección 24ª considera la nueva relación de la madre “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, (¿o cuarto, o quinto?) 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 (jijj), no hay coincidencia de hábitos y costumbres en el entorno materno y paterno...” O sea, el exmarido está financiando de su bolsillo el nuevo noviazgo de su ex mujer, proporcionando vivienda gratis a su nuevo compañero, pero la Audiencia le castiga sin sus hijos por no tolerar esta situación con templanza y condescendencia.*

Cómo valoran los Magistrados de la Audiencia el trabajo de sus compañeros Fiscales:

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 dice del fiscal, aunque parezca mentira, lo siguiente:

*“(...) 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; (jijij) a su ciencia, convivencia (ijijij) y profesionalidad; pero, en todo caso, es tema ajeno a las partes (ijijij), 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(...); (ijijijijij)*****

En la de 20/05/08 (ponente Galán) hay informe psicosocial e informe del Ministerio Fiscal ambos a favor de la custodia compartida, que la Sala se quita de en medio, primero criticando al fiscal:

*“(...) El ministerio fiscal, con remisión única y exclusivamente al informe pericial, solicita que la custodia sea compartida (...)”*

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

Y luego así:

*“(...) SEGUNDO: Para resolver la problemática planteada en esta alzada, en relación a la custodia compartida, y aún aceptando que el art 92 CC en su actual redacción, permite legalmente declarar la custodia de los hijos compartida por períodos 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”.*

S. 22/05/07 (ponente Hijas) la expresión de los peritos “no se desaconseja la custodia compartida” termina significando para el tribunal “se aconseja la exclusiva de la madre”, mediante el siguiente ejercicio de contorsionismo dialéctico:

*“(...) 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 éste 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”. Adviértase 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 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 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 puede 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".*

13/02/07 (ponente Hijas) :

*“(...) 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, (...)”*

- La de 11/09/08 de la sección 22<sup>a</sup> que tarda diecisiete meses en resolverse y al dictarse la apelación, la menor cuya custodia se rebatía había alcanzado ya la mayoría de edad. Lo reconoce la sentencia; hay otras que no lo dicen pero se deduce la misma situación del examen de lo antecedentes.

- 09/06/08 de la misma sección, que tarda en dictarse casi año y medio desde la de primera instancia y 129 días desde la vista en apelación y en cuyos antecedentes de hecho se menciona: “(...) CUARTO: Que en la tramitación del presente recurso se han observado y cumplido todas las prescripciones legales, salvo el plazo para dictar sentencia (...)”.

La doctrina de los actos propios como argumento instrumental al servicio de los prejuicios contra la custodia compartida es llevado al extremo en la de 11/07/08 (ponente Galán) antes citada: El padre tenía atribuida la custodia exclusiva y el uso de la vivienda desde la primera instancia, con Informe Psicosocial a favor, pero se abstuvo de pedir ejecución de sentencia, tolerando la convivencia de la hija menor con la madre. La Sección 22<sup>a</sup>, después del acto de la vista, ordena a instancia propia la práctica de una prueba pericial psicológica que se redacta dos meses después de dicha vista y de la que se da traslado a las partes para alegaciones. La apelación revoca la sentencia de instancia y otorga a la madre la custodia exclusiva y el uso de la vivienda familiar, y al padre la obligación del pago de pensión alimenticia y la propinilla insultante de reconocer que su actitud “*le honra*”:

*“(....) Refiere el apelado, a través de su dirección letrada, en el acto de la vista, y también en el escrito contestando y alegando sobre la*

*diligencia final practicadas en la alzada, que no se ha interesado la ejecución de la sentencia a fin de no interferir la relación existente entre la madre y la hija; es decir, se ha reconocido con esta propia conducta, que ciertamente honra al padre, la idoneidad de la madre para el ejercicio de la función de la custodia, al tiempo que, permitiendo la prórroga del ejercicio de tal función en favor de la misma, no obstante lo resuelto en la resolución apelada, y no acudiendo en el ámbito formal a la posibilidad contemplada en el artículo 774,5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se está reconociendo que la vida de la menor se desarrolla positivamente en todos los aspectos, bajo una adecuada y rutinaria organización en la que ambos progenitores están implicados, de un modo beneficioso para dicha menor, y así se deduce claramente del contenido del dictamen emitido por la perito psicóloga adscrita a la sala (...)*”

En la de 11/04/07 (ponente Hernández) 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 éste 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 sólo 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*”.

Más información en:

[www.projusticia.es](http://www.projusticia.es)

[www.secuestro-emocional.org](http://www.secuestro-emocional.org)