

CUSTODIA COMPARTIDA, ENTRE LA PSICOLOGÍA Y EL DERECHO

Algunas cuestiones para el debate

MÓNICA DI NUBILA
Abogada

1. Cuestiones legales

En estas fechas existe en España un proyecto de modificación de la Ley de Divorcio y del Código Civil, se pretende por determinados grupos que afecte a la regulación de la custodia de los hijos menores actualmente vigente en las situaciones de ruptura de las parejas.

El artículo 103 del Código Civil español prevé que los Jueces adopten algunas medidas en los procedimientos de separaciones y divorcios "*1ª Determinar en interés de los hijos, con cuál de los cónyuges han de quedar los sujetos a la patria potestad de ambos y tomar las disposiciones apropiadas de acuerdo con lo establecido en este Código y en particular la forma en que el cónyuge apartado de los hijos podrá cumplir el deber de velar por éstos y el tiempo, modo y lugar en que podrá comunicar con ellos y tenerlos en su compañía.*"

La redacción de esta norma hay que situarla en la concepción de la familia democrática que recoge la Constitución Española de 1978.

Previo en el tiempo, la legislación otorgó la igualdad de derechos civiles (1975) a las mujeres y de forma casi inmediata las Leyes 11/1981 en materia de filiación y 30/1981 de Divorcio, conformaron relaciones más libres, igualitarias, no discriminatorias, la última permitiendo la disolución del vínculo y la oportunidad legal de la formación de nuevas parejas.

Es interesante recordar que hasta esas fechas:

- 1.- el domicilio conyugal no se fijaba de común acuerdo entre los cónyuges (1) y
- 2.- que se vinculaba ese derecho a la patria potestad (2) e
- 3.- incluso la mujer que se proponía interponer demanda de separación, divorcio o nulidad matrimonial para abandonar el citado domicilio debía instar medidas provisionales previas o coetáneas en las que podía resolverse (3):

A.- otorgarle la separación provisional y la custodia de los hijos menores de 7 años ("*colocará en poder de aquélla los hijos del matrimonio menores de 7 años*").

B.- si la mujer fuera menor de edad, quedar confiada a su padre, madre, persona a quien en su caso correspondería la tutela, a otro pariente o a un extraño (propuesto por la interesada) designado por el Juez,

C.- si fuere mayor de edad, se la autorizaba a residir en el domicilio que hubiera señalado la interesada y explicado las razones de su elección.

Una vez admitida la demanda o querrella, se resolvía sobre la asignación de la vivienda y guarda y custodia de los hijos con criterios similares a los actuales respecto del domicilio y ajuar doméstico, sin embargo al referirse a los hijos decía:

"El Juez fijará discrecionalmente en poder de cuál de los cónyuges ha de quedar cada uno de los hijos del matrimonio o todos ellos"

D.- En la actualidad (4) se prevé la atribución de la guarda y custodia al cónyuge más idóneo, globalmente que la separación o divorcio no constituya un cambio radical en la situación de los hijos respecto de la que venían disfrutando hasta la producción de la ruptura y prevalezca el interés de los menores.

Una rápida observación del lenguaje permite apreciar el tratamiento casi de *objeto* para referirse a los niños inicialmente y la evolución hacia una atención como *sujeto* de derecho.

2. La responsabilidad de ser padres o madres.

La responsabilidad de ser padres, desde el derecho consiste en ejercer la patria potestad en beneficio de los hijos menores, atender sus necesidades de alimentos, entendidos estos como el sustento, habitación, vestido, asistencia médica y educación.

El ejercicio de la patria potestad es compartida por ambos progenitores, supone representarlos, tomar decisiones en su nombre, realizar actos respecto de terceros y no siempre pueden coincidir ambos padres o pueden tener intereses encontrados con los de los hijos (5).

Las desavenencias pueden darse sin necesidad de separación de la pareja y la ley prevé como resolverlas (6), puede llegar a privar temporalmente de la patria potestad al padre o a la madre a pesar de la convivencia, e incluso se puede ser padre menor de edad y ejercer la patria potestad respecto de hijos propios *asistido* por la persona que ostente la suya (7).

El conflicto y la agresividad, en principio parecen estar entre las partes.

El derecho en materia de familia reiteradamente ofrece soluciones de mutuo acuerdo, previo oír a todos los interesados, señala las materias negociables y las de orden público e invita al cumplimiento voluntario.

Son los cónyuges quienes teniendo la posibilidad de negociar, no llegan a buen fin y llevan su conflicto a los Juzgados.

La ley, los principios generales implícitos, protegen el interés más necesitado, y son las partes nuevamente, las que no aceptan la resolución judicial, de forma activa o pasiva.

Los niños y las niñas no son objeto de custodia, son sujetos, la autoridad paterna o materna debe ser ejercida partiendo de esa circunstancia y atendiendo a su finalidad.

3. Otros aspectos.

Hay una práctica judicial, resoluciones modelos, que buscan una especie de "objetividad" en el reparto del tiempo cronológico de comunicación de los hijos con los padres no custodios, pero esta regulación es por defecto y podría señalarse otra con la misma legislación.

Además se señalan mínimos no impidiendo que las partes permitan en la práctica que se realice una comunicación más fluida.

Las sentencias sobre los temas de familia y de incumplimiento de deberes respecto de los hijos en especial, muestran los conflictos más generalizados y sus autores.

Las madres vienen acusadas de impedir los regímenes de visitas y los padres del impago de las pensiones alimenticias.

También hay numerosos padres que incumplen el régimen de visitas aunque no resulten denunciados en la misma proporción.

Puede haber muchas verdades a medias, pero en España, en estas fechas las custodias de los hijos son pedidas y otorgadas mayoritariamente a las mujeres, inciden en ***estas decisiones razones históricas y sociológicas, que no van a ser modificadas por una ley.***

Sería contradecir la realidad. Existen estudios contrastados que demuestran que tanto en los procedimientos de mutuo acuerdo como en los contenciosos son las madres las que mayoritariamente asumen esta responsabilidad por ser quienes lo venían haciendo y porque ofrecen las mejores condiciones en interés de los menores.

En las Asociaciones de Padres en los Colegios, la presencia de las madres es masiva, no así la de los padres; en el ámbito laboral en la solicitud de los permisos parentales se constata nuevamente la actividad de cuidado ejercida casi exclusivamente por las mujeres.

La guarda y custodia tiene que ver con el día a día de los niños, sus comidas, sus horarios, los programas de televisión que miran, las actividades con los amigos que forman parte de su círculo, etc. Cuando la familia convive unida, los criterios contradictorios de los padres se resuelven de común acuerdo, al menos en la interrelación familiar y los niños conocen alguna unidad de pautas.

Una lectura reposada de la prensa, en los últimos 5 años en cualquier periódico español (8) muestra las características del movimiento a favor de la custodia compartida, la forma de expresarse, sus argumentos, los antecedentes de hechos, las experiencias de sus impulsores. Hay una constante, no llevan implícito un mensaje de paz. Los foros en Internet, muestra incluso la violencia verbal de algunos de ellos (9) (10). No es el camino. Es preocupante.

En este debate hay un trasfondo económico importante no oculto. El padre o la madre titular de la custodia obtiene el derecho a percibir una pensión para atender a los gastos de manutención de los hijos y la atribución de la vivienda hasta ese momento hogar conyugal. Sin embargo, utilizando la idea expuesta por Luis Landero en El guitarrista "la vida es un negocio que no cubre gastos"; la maternidad para las mujeres hasta aquí, en el contexto histórico y social, está en esta línea.

4. ¿Es una cuestión de aritmética?

El mayor argumento a favor de la custodia compartida es el de la igualdad ante la ley (artículo 14 Constitución Española) y los derechos de los niños de comunicar con ambos padres reconocidos en los Tratados Internacionales.

Estos últimos no dicen lo que se les pretende hacer decir, en síntesis el artículo 103- 1ª del Código Civil español no infringe ninguno de ellos o a la inversa cumple con todos los requerimientos de las normas internacionales en la materia.

Para educar a los niños y niñas hay que *sumar*, pero la custodia compartida, si no se comparten criterios no suma, *divide* e incluso fractura, o se convierte en una *amenaza* latente para la parte más débil en el momento de adoptar la decisión de una ruptura de la pareja.

¿Es una cuestión de "*mitades*" el reparto de la función padre o madre?

¿Hay una "*aritmética psicológica*" que garantice el "*reparto paritario*" del niño o niña a cada padre o madre o a la inversa?

¿La función padre o madre está "repartida" en esa proporción?

¿La sola atribución por el derecho garantiza el correcto ejercicio de cualquiera de ambos roles?

¿Qué es mejor, respetar lo existente o corregir una supuesta falta de paridad desde la coerción y en el momento más álgido del conflicto?

La propuesta de los movimientos pro custodia compartida es una ley que generalice la atribución automática. ¿Cómo se conjugaría con el compromiso de otorgar protección en supuestos de violencia en el ámbito de las relaciones familiares?

¿Se presume que una persona violenta con su pareja, padre o madre, no es violenta con sus hijos?

6. Los mismos interrogantes de fondo con otro contexto de referencia.

¿Tienen los niños de cualquier edad derecho a "ser oídos" por el Estado respecto de sus maestros y profesores? Se encargan de una función muy importante en sus vidas y durante mucho tiempo, tanto como la de los padres o madres.

¿Es la opinión de los niñas y niños (expresada a través de diversos medios) relevante (formar parte de los expedientes preceptivamente) e influyente (calificar) para la continuidad de los contratos de trabajo o ingreso a la función pública de sus educadores?

¿Es un trato respetuoso para los menores asignarle responsabilidades de "decidir" de alguna manera (a través de sus voces) sobre las resoluciones que se deben adoptar?

¿Los menores están cualificados para "informar" sobre la situación en que viven?
¿Cuál es su nivel de objetividad?
¿Sus versiones contemplarían todos los elementos necesarios de evaluar?

Todas las preguntas admiten en parte ser respondida por sí o por no, y variar el porcentaje según la edad de los menores.

7. Reflexiones finales.

- El ejercicio real de la "co-parentalidad" no es mayoritaria y basta la consulta de las estadísticas judiciales para ver en qué proporción los padres y las madres piden la custodia.

- Las relaciones libres no tiene que ser sinónimo de relaciones clínicas (de usar y tirar) sino de relaciones responsables, la responsabilidad incluye aceptar las conductas anteriores y las consecuencias que de las mismas se desprenden. El fin de la relación de pareja no debe liberar a ninguna de las partes de asumir la elección que hizo respecto del padre o madre de sus hijos.

- Las separaciones o divorcios en muy pocas ocasiones se dan por razones que no afecten también a los hijos. Prueba de ello es el volumen de impago de pensiones.

- Un padre o una madre que ejerce de tal, antes de la separación o divorcio, difícilmente dejará de hacerlo cualquiera sea la resolución judicial que se dicte, ni los hijos en la práctica aceptarán que esa relación se corte.

- Estas propuestas desde la perspectiva de género, resulta indiscutible que el resultado que se busca afecta mayoritaria y negativamente a las mujeres.

- Experimentar con los menores debería estar prohibido. ¿Aguantarán los niños y las niñas el embate de criterios contradictorios y falta de referentes claros en su formación?
La generalización de la familia dispersa es un fenómeno reciente y este esfuerzo suplementario les viene impuesto por ser hijos de padres separados que los involucran en sus conflictos.

Cuenca, 13.03.2005.

NOTAS

El Código Civil Español originariamente decía " La mujer está obligada a seguir a su marido donde quiera que fije su domicilio. Los Tribunales, sin embargo podrán con justa causa eximirla de esta obligación cuando el marido traslade su residencia a ultramar o a país extranjero".

La redacción conforme a la Ley 14/1975:

"Los cónyuges fijarán de mutuo acuerdo el lugar de su residencia. En su defecto, si hubiere hijos comunes, prevalecerá la decisión de quien ejerza la patria potestad, sin perjuicio de que a instancia del otro cónyuge pueda el Juez determinar lo procedente en interés de la familia. En los demás casos, resolverán los Tribunales".

Artículos 67 y 68 del Código Civil según Ley 24 de abril de 1958 y artículos 1881 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881.

Artículos 90, 97 y 103 del Código Civil y concordantes.

Artículos 162 y 163 Código Civil.

Artículo 156 Código Civil.

Artículo 157 Código Civil.

Para este trabajo escogí La Voz de Galicia (www.lavozdegalicia.es) y el balance es el siguiente año: 2000 1 documento, 2001 4 documentos, 2002 12 documentos, 2003 17 documentos 2004 35 documentos.

Algunos titulares significativos "*Un grupo de padres separados protestaron ante los juzgados de Vigo*" (17.11.2000) Una fotografía ilustra la noticia, "(...) 1 de los 6 miembros de la Asociación

(...), se introdujo en un féretro vestido con una toga de juez para protestar por la lentitud de la Justicia".

"Denuncian discriminación contra los maridos" (20.03.2001) Los ex maridos que se han encerrado en una caravana frente a los juzgados de Vigo tienen previsto dormir varias noches en las literas del vehículo. En el interior, la hija de un manifestante pinta una libreta de colores ya que ese día está bajo su custodia (...) Una pancarta (...) "La Justicia ha muerto."

"4 años de enfrentamientos" (28.03.2001) "(...) se fugó en febrero de 1996, tras varias protestas públicas para exigir la ampliación de su régimen de visitas "Sólo tenía 2 opciones: olvidarme de mi hijo o sacarlo de este infierno. Decidí sacarlo", (...) Estuvo 39 meses desaparecido y la policía le perdió el rastro en EEUU. Regresó en abril del año pasado "tras un acuerdo telefónico para la custodia compartida""

"Dos padres que piden la custodia de sus hijos se prenden fuego con trajes ignífugos"
(22.06.2002)

En www.senado.es "ESTADO DERECHO", "VICTIMA DE MALTRATO". BREVE ANÁLISIS DE LA LEY ACTUAL.

"Cuando en la Alemania Nazi, Un Alemán echaba a un Judío de la casa del judío "por la palabra del ario", se quedaba con sus hijos "por la palabra del ario", le expulsaba de su ciudad "por la palabra del ario", y le prohibía, so pena de cárcel, en la calle, mirar a su hijo, y que su hijo le mirara "por la palabra del ario".

"Y ante todo eso, si el judío, degollaba al alemán, claro, estaba mal."

"Cordiales saludos a los que tengan aún entrañas (Si queda alguien así en el senado)."

"9 de marzo de 2001 15:03: 39"