LA CUSTODIA COMPARTIDA COMO MODELO PREFERENTE.

Maria Sanahuja Buenaventura
Magistrada de la Audiencia Provincial de Barcelona
Septiembre 2010

SUMARIO:

1.- INTRODUCCIÓN.
2.- LA CUSTODIA COMPARTIDA, MODELO EXCEPCIONAL EN EL DERECHO COMÚN ESPAÑOL.
3.- LOS PERJUICIOS CAUSADOS POR LA IMPOSICIÓN, DE MANERA GENERALIZADA, DE UN MODELO MONOPARENTAL.
4.- LAS SOLUCIONES MÁGICAS.
5.- OBJECIONES A LA CUSTODIA COMPARTIDA COMO MODELO PREFERENTE.
A) Solo si los padres mantienen una buena relación.
B) Sólo si tienen un modelo educativo similar.
C) No puede acordarse en relación a menores de corta edad.
D) El padre que no se ocupó nunca de los hijos antes de la ruptura, no lo hará con posterioridad a ella, y en cualquier caso, no se le debe dar la oportunidad si no mostró antes interés.
E) Objeciones relativas al domicilio. Un menor no puede tener dos domicilios. Y en el caso de que se acepten, se exige gran proximidad entre ambos.
F) La solicitud de custodia compartida se utiliza por los padres como coartada para dejar de pagar la pensión de alimentos, y como chantaje para negociar las condiciones económicas de la ruptura a la baja para las madres.
G) No debe ser impuesta por los tribunales.
6.- A MODO DE CONCLUSIÓN. ¿QUÉ ES LA CUSTODIA COMPARTIDA?

1.- INTRODUCCIÓN.

La experiencia profesional y personal me llevaron hace años al convencimiento de que debe ser preferente la custodia compartida, el régimen de convivencia compartida, el ejercicio de la responsabilidad parental conjunta, o cualquier otra denominación que pueda darse a la solución de que los hijos deben seguir teniendo madre y padre, y familias materna y paterna, tras el cese del proyecto de vida en común de sus progenitores.

En las próximas páginas expondré argumentos que permiten excluir las objeciones que más frecuentemente se plantean, incluso por los que dicen no ser contrarios a mantener la convivencia de los hijos con sus padres tras la ruptura, pero exigiendo tantos requisitos que la hacen imposible, convirtiendo la custodia compartida en un modo de relación excepcional. Por otros, es incluso demonizada la propia expresión, hasta el punto de que algunos legisladores de los parlamentos

autonómicos no se han atrevido a mencionarla, como ha ocurrido recientemente en Catalunya (Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia, CCC), o la Comunidad Valenciana (Anteproyecto de Ley de Regulación de Relaciones Familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven).

2.- LA CUSTODIA COMPARTIDA, MODELO EXCEPCIONAL EN EL DERECHO COMÚN ESPAÑOL.

La esquizofrenia legislativa sufrida en los últimos años en España, y que se evidenció en 2004, deja al descubierto las contradicciones de una determinada concepción de feminismo que se ha impuesto. Del Ministerio de Justicia salió el anteproyecto de Ley de separación y divorcio, que modificaba el Código Civil, siendo un texto que respondía a un modo de abordar los conflictos en el ámbito familiar, integrador, negociador, pero del que sólo quedó la Exposición de Motivos. Se impuso la visión del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, que al mismo tiempo estaba elaborando el proyecto de Ley de medidas de protección integral contra la violencia de género, y sepultó al primero con un modelo que parte de que la violencia sobre las mujeres está presente en la práctica totalidad de las relaciones de pareja, y que a esta violencia, por leve que sea, se debe aplicar el Código Penal. Los títulos dedicados a la represión policial y judicial de la Ley de violencia son los que hemos visto desplegarse con una intensidad que ha llevado a centenares de miles de hombres unas noches a los calabozos policiales, y en cuatro años (2005-2009) a más de cuatro mil hombres a la prisión, de los cuales el 80% están cumpliendo condenas por hechos leves (1). Al mismo tiempo, las medidas de prevención previstas por la propia norma poco han avanzado, más allá de campañas publicitarias y llamadas a la coordinación sin regular quién debe encargarse de esa imprescindible tarea si queremos que las mujeres que sufren violencia grave no sigan en la tremenda desprotección en la que, entre todos, las dejamos.

Las reformas del Código Penal realizadas entre los años 2003 y 2004 han ampliado tanto el tipo penal que, actualmente, todo puede ser delito en el ámbito familiar, cualquier modo de actuar sobre la esposa o mujer con quien se tenga o haya tenido una análoga relación de afectividad. Así, causar “menoscabo psíquico o una lesión no definidos como delito en este Código” o golpear o maltratar de obra sin causar lesión, o una amenaza o coacción leve, como coger de manera brusca de las manos de la pareja el móvil o el libro de familia, o decirle “te vas a enterar”, ha conducido a miles de hombres al calabozo y a prisión. Y al tiempo, se afirma que los hijos que presencian estas actividades delictivas son víctimas siempre. Y de ahí se pretende alcanzar la conclusión de que para evitar que los roles de la violencia se reproduzcan, y con el fin de proteger a los hijos, se les debe apartar siempre de sus padres, esos seres violentos y machistas por naturaleza. En el discurso no se explica que, de los centenares de miles de denuncias, un porcentaje menor acaba en condena (2), pero el objetivo de separar a padres de hijos se consigue en muchísimas ocasiones.

Con este esquema maniqueo, tan simple y poco fundamentado, como el otro similar, vigente varios siglos, y no superado, que afirmaba que la mujer era la encarnación del mal, se ha legislado en los últimos años, responsabilizando de la maldad esta vez al sexo masculino. Hasta no hace tanto, lo masculino era revestido de connotaciones positivas, mientras que lo femenino era sinónimo de fragilidad, perversión o maldad. En las últimas décadas se han invertido los términos. Lo masculino es equiparado a violencia y maldad, mientras que lo femenino a bondad, solidaridad y valores positivos.

En esa concepción, compartir el cuidado de los hijos con el progenitor de sexo masculino tras la ruptura de la pareja, debe ser evitado. Sólo así se entiende que se establecieran todo tipo de dificultades al planteamiento comúnmente conocido como custodia compartida cuando el legislador estatal utilizó esta terminología por primera vez en una norma, el anteproyecto de Ley de separación y divorcio de 2004. Hasta esa fecha en España sólo los tribunales de justicia habían mencionado las fatídicas palabras, "*custodia compartida*", y la habían acordado incluso *de oficio,* lo que con la actual regulación está vedado, utilizando los términos empleados por leyes y sentencias de países de nuestro entorno cultural. En éstos, el procurar que los padres se sigan responsabilizando de los hijos tras la ruptura, no sólo no se ve como algo pernicioso, sino como algo a estimular, pues tras muchos más años que nosotros de experiencia en divorcios, y muchos estudios, se ha evidenciado que para los hijos es mejor, sin duda, mantener los vínculos afectivos y económicos con sus padres (3).

Se da la paradoja de que cuando el debate se traslada a la ciudadanía, que mayoritariamente se muestra partidaria de ese modelo en las encuestas (4), y empieza a solicitarla, se convierte en una posibilidad casi imposible de plantear como respuesta al conflicto. Antes de esta última regulación legal era una de las posibles decisiones a adoptar por tribunales que no partieran del prejuicio machista de que los niños deben estar siempre con sus madres, en la idea de que siguen existiendo mayoritariamente aquellas madres que no trabajan fuera del hogar y se dedican en exclusiva al cuidado de los hijos, cuando ese modelo va progresivamente escaseando cada vez más. Actualmente, de nuestros hijos se ocupan en gran medida guarderías, escuelas, canguros, vecinos, etc..., a falta de un Estado del bienestar que procure servicios y, en gran proporción, unas abuelas que han asumido nuevamente el papel de "*madres*" en unas familias en las que, como escasean los niños, éstos se han convertido en un bien muy preciado que vuelve a llenar la vida de unas mujeres que, sin poder elegir, aceptaron como razón de vida la reproducción y el cuidado de la prole. Y es que, en los últimos treinta años, miles de mujeres en España hemos realizado silenciosamente una gran revolución social para intentar ser ciudadanas de primera. Hemos retrasado la edad de maternidad una década, mayoritariamente la iniciamos a partir de cumplir treinta años, y hemos reducido drásticamente el número de hijos por mujer, teniendo uno de los índices de natalidad más bajos del mundo, pues en los últimos veinte años nos hemos incorporado al mercado de trabajo, después de irrumpir masivamente en la universidad a partir de los años ochenta (5).

En una línea radicalmente distinta a muchos países de nuestro entorno, el legislador español de 2004 introdujo unos requisitos en los apartados 7 y 8 del artículo 92 del Código Civil que hacen que la custodia compartida sea muy excepcional, pues debe superar grandes obstáculos.

El primer obstáculo legal que debe salvarse para que los hijos puedan seguir teniendo padre y madre, y frecuentemente, familias materna y paterna, tras la ruptura, es que ninguno de sus progenitores haya interpuesto una denuncia por violencia o agresión sexual contra el otro. Esta es la exigencia del apartado 7 del artículo 92 del Código Civil. Esto supone que pueda evitarse este modelo simplemente interponiendo una denuncia. Así de fácil.

Aunque finalmente se resuelva, como ocurre en la mayoría de los casos, que no existía ninguna prueba o indicios de criminalidad ya se ha conseguido que los hijos no puedan compartir el tiempo de cuidado con ambos progenitores hasta pasados muchos años, incluso impidiendo todo tipo de relación con su padre, atendiendo el lento y mal funcionamiento de la justicia en España. Y para colmo, se nos pretende responsabilizar en exclusiva de ese mal servicio público a los que lo prestamos, aunque las normas que regulan la organización de la justicia no otorgan ninguna competencia a jueces, y fiscales, pues corresponde a las administraciones estatal y autonómicas, y en parte al Consejo General del Poder Judicial, facilitar medios personales y materiales, así como diseñar su funcionamiento.

Y si se acredita que ninguna prueba había que pudiera fundamentar una condena penal con la denuncia interpuesta, intuyéndose una mala utilización del ordenamiento penal para obtener otros fines, la respuesta que estamos dando en múltiples ocasiones sólo anima a seguir abusando de esa posibilidad.

Eso se evidencia en una trabajada sentencia de medio centenar de folios, de 15 de septiembre de 2008, en la que el Juzgado de Violencia sobre la Mujer número 2 de Barcelona declaró acreditado que la madre había usado el régimen de guarda y custodia y régimen de visitas “de forma torticera”, con incumplimientos “reiterados y persistentes”, judicializando las relaciones hasta el extremo de interponer reiteradas denuncias, durante varios años, carentes absolutamente de fundamento, incluida una por abusos sexuales del padre al hijo, y otra por amenaza a la madre con arma de fuego, con la finalidad de apartar al hijo de su padre, siendo todas sobreseídas. Afirmando la juzgadora la “utilización maliciosa de la denuncia y del procedimiento penal”, consiguiendo incluso, con todo el “entramado de denuncias” el “respaldo judicial” en la suspensión de las visitas con su padre, llegando incluso la madre a decidir la desescolarización del menor por casi cinco meses para apartarlo de él, ocasionando la ruptura de las relaciones padre-hijo, pues éste último tiene “fobia o rechazo” hacia el primero, al ser “desinformado y manipulado” por la madre que lo ha predispuesto contra la figura paterna, lo que ha producido un daño en el menor, que evidencia “falta de normas y sobreprotección”, habiendo sido condenada la madre en alguno de los juicios de

faltas tramitados por sus incumplimientos, y absuelta en otros sobre la base de que “la madre anteponía el interés del hijo”. El Ministerio Fiscal “no interesó un cambio inmediato en la guarda y custodia”, sino el mantenimiento de la sentencia de divorcio de los padres. La sentencia acuerda el mantener la guarda y custodia en favor de la madre por tres meses, condicionada a que las partes se sometan a un programa para restablecer la relación del hijo con el padre, con la advertencia a la madre de que “si sigue manipulando” “ello determinará un cambio RADICAL EN LA GUARDA Y CUSTODIA”, y también si el menor no cambia de actitud respecto a su padre.

Dos años después el padre, asumiendo un gran coste económico por el tratamiento psicológico impuesto por la Sentencia, sólo ha conseguido ver dos horas semanales a su hijo. Ese padre ha evidenciado a lo largo de una década de denuncias penales sistemáticas un persistente comportamiento más que ejemplar, dedicando su energía y sus recursos a no perder una relación con su hijo, que no le reconoce como padre.

Pero si no se ha conseguido evitar el modelo de la custodia compartida, e incluso logrado un total alejamiento de la figura paterna como hemos visto, con la utilización del apartado 7, queda el apartado 8 del propio artículo 92 del Código Civil. El precepto, como se sabe, parte de que si los progenitores no la solicitan de mutuo acuerdo sólo podrá acordarse “excepcionalmente” cuando la reclame uno de ellos. Y en este caso exige que el Ministerio Fiscal emita un “*informe favorable*”, requisito sin el que el juez no podrá acordar la guarda y custodia compartida.

La Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, y la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Navarra, plantearon sendas cuestiones de inconstitucionalidad, admitidas a trámite hace unos meses, por vulneración del art. 117.3 en relación con el art. 24.1 y 2 CE, y por vulneración del art. 14 en relación con el 39 CE. El Fiscal General del Estado, está argumentando ante el Tribunal Constitucional, en un difícil equilibrio, que no queda comprometida ni la función jurisdiccional con la exigencia de este requisito “de estricta razonabilidad y proporcionalidad”, ni tampoco la posibilidad de dictar sentencia, pues considera que se ha introducido para establecer garantías que aseguren la prevalencia del interés del menor. Los defensores de la constitucionalidad de la norma pretenden considerar esa aquiescencia del Ministerio Público como un requisito de procedibilidad, algo así como consignar para recurrir.

A los senadores que votaron esa norma en 2005 les pareció tan evidente que esa exigencia de informe favorable limitaba tanto la función de juzgar que, de momento, y al menos formalmente hasta la fecha, correspondía a jueces y tribunales, que excluyeron ese requisito en el trámite del Senado. Sin embargo, en el Congreso de diputados volvió a reintroducirse en una precipitada votación de madrugada, indicando posteriormente que se había tratado de un error que, sin embargo, el legislador no ha tenido tiempo de subsanar en los cinco años transcurridos desde que se produjo.

Opino que, sin duda, no se trató de un error sino de la reintroducción deliberada de una nueva dificultad más, atendiendo a que la postura mayoritaria entre los miembros del Ministerio Fiscal, y quienes dan instrucciones en esta jerárquica institución, es que con quien mejor están los hijos es con sus madres. Y a la experiencia profesional y personal me remito. Yo dicté una sentencia en la que, incluso con acuerdo entre los progenitores, educadísimos y sin ningún indicio de que alguno de ellos pudiera presentar algún tipo de problema como padre, el Ministerio Fiscal se opuso a aprobar que se atribuyera a ambos el compartir la responsabilidad de los hijos. Y asimismo, cuando en mi caso, de acuerdo con el padre de mis hijas, presentamos un convenio para compartir su cuidado tras el divorcio, fuimos llamados a una comparecencia, en la que nos mostramos todo lo cordiales que supimos, a pesar del enfado que teníamos ambos. Cuando unos padres exponen en un convenio que el padre sólo quiere ver a sus hijos cuatro días al mes, y abonar una auténtica miseria para alimentos, se aprueba sin comparecencia, y sin que nadie haya hecho la más mínima comprobación de si pudiera tratarse de un supuesto de insolvencia técnica, aunque nada real. Vemos que cuando ambos progenitores se muestran conformes en seguir siendo responsables, en la mayor parte de ocasiones ello es mirado por fiscales y jueces con todo tipo de suspicacias y recelos. Es el mundo al revés, pues evidencia que parece más razonable y normal la irresponsabilidad.

Espero que la exposición que sigue contribuya a que esos extraños planteamientos vayan siendo superados, aunque no son tiempos para el optimismo pues el retroceso en los últimos años ha sido espectacular. Hemos visto cómo se ha reintroducido la causa, esta vez penal, en los procesos de divorcio. Y nos ha ocurrido esto cuando los tribunales ya llevaban años no exigiendo causa de separación o divorcio, superando el planteamiento de la Ley 30/1981, de 7 de julio, que penalizaba al que se consideraba responsable de romper un vínculo concebido como indisoluble. Esta norma fue elaborada en un momento histórico inicial de nuestra democracia, y aún suponiendo un gran avance, pues se trataba de permitir la disolubilidad del vínculo matrimonial en un Estado que había dejado de ser confesional pocos años antes, mantuvo planteamientos que dificultaban esa ruptura.

Representantes del feminismo oficial que han inspirado en gran medida las reformas legislativas de los últimos años han llegado a afirmar que es importante que “se pueda poner de manifiesto la existencia de algunas de las *causas* que han provocado la ruptura matrimonial, especialmente cuando hay hijos/as comunes” (6), pues consideran que “compatibilizar la actual *Ley del divorcio* con la *Ley Integral contra la Violencia de Género* es sumamente difícil, cuando no imposible ya que se impide que afloren situaciones familiares que deberían ser tenidas muy en cuenta a la hora de tomar cualquier medida de carácter personal. La actual regulación de la separación y el divorcio, al suprimir las causas que los motivaron, ha traído como consecuencia una merma de eficacia de la Ley Integral constituyendo un serio *obstáculo en la lucha contra la violencia de género.*” (7).

Ahora, se pretende utilizar la denuncia penal para culpabilizar y sancionar al "responsable" del mal funcionamiento de la pareja. En la Exposición de Motivos de la Ley 15/2005, de 8 de julio, se justificaba el cambio legislativo indicando que se trataba de que, un cuarto de siglo después de la Ley de 1981, se amplíe el ámbito de la libertad y el libre desarrollo de la personalidad, reconociendo la voluntad de la persona cuando ya no desea seguir vinculado con su cónyuge, pues la continuación de su convivencia depende de la voluntad constante de ambos, bastando con que uno de ellos no desee la continuación del matrimonio. También destacaba que debe procurarse, en el supuesto de que tengan hijos en común, la protección del interés superior del menor, garantizando la relación con el progenitor con quien no conviva, en el caso de que la guarda y custodia no sea compartida, estimulando la realización del principio de corresponsabilidad en el ejercicio de la potestad. Como hemos visto, el texto aprobado nada tiene que ver con esos principios, y la culpa se ha reintroducido con virulencia (8).

3.- LOS PERJUICIOS CAUSADOS POR LA IMPOSICIÓN, DE MANERA GENERALIZADA, DE UN MODELO MONOPARENTAL.

Sin duda alguna, lo deseable es que exista la madurez suficiente de los adultos en el proceso de ruptura de pareja con hijos para alcanzar un acuerdo, especialmente en lo referente a su futura relación con ellos, puesto que nadie mejor que los propios afectados conoce las posibilidades y condiciones para repartir esfuerzos y recursos en su cuidado. La inmensa mayoría no cuestionamos los beneficios que para los menores supone seguir teniendo madre y padre que se ocupen de ellos tras su separación, resultando mucho más positivo un feliz divorcio que una insoportable convivencia.

Esta es la razón por la que en muchos países de nuestro entorno se ofrecen medios a las partes en conflicto con la finalidad de facilitar esos compromisos, que como son soluciones voluntariamente aceptadas, se cumplen en mayor medida que una buena sentencia. Se pone a disposición de las partes la mediación, que algunos la establecen como obligatoria. En este modo alternativo de resolución de conflictos, los técnicos en la materia deberían contribuir a bajar su nivel de intensidad, y deberían enseñar a los contendientes, fundamentalmente, a priorizar el superior interés del menor sobre sus propios intereses y mezquindades, para ir hallando sus propias soluciones a las nuevas necesidades que sin duda irán surgiendo, y los nuevos problemas que seguro se irán planteando en los muchos años que suelen restar para que esos hijos alcancen independencia suficiente. Sólo cuando este intento no da resultado debe actuar con toda su contundencia el sistema judicial.

Las relaciones familiares están sometidas a continuas tensiones, y deseables cambios aunque no exista ruptura de pareja. Los hijos son individuos de la especie humana extremadamente dependientes, necesitando para su subsistencia de los adultos durante muchos años si nos comparamos con otras especies animales. Los hijos e hijas están en permanente cambio, pues van

creciendo, y tienen enormes necesidades en sociedades complejas como la nuestra, hasta que alcanzan una edad adulta, y ello si cuentan con un razonable estado de salud, porque de lo contrario la dependencia puede ser incluso para siempre. Los cambios de los hijos exigen una continua toma de decisiones en relación a sus actividades, espacios, en tiempo y modo de dedicación a ellos, en disposición a aceptar esas modificaciones, pues evidentemente sería muy perjudicial seguir tratándolos siempre como si fueran bebés.

Es absolutamente inevitable que a lo largo de todos esos años vayan surgiendo conflictos que las partes deben gestionar, y sólo si no son capaces, se impone la intervención del Estado: ofreciendo respuesta judicial si se demanda, o bien interviniendo de oficio si se produce una situación de desprotección de un menor, o también de violencia extrema de menores hacia sus ascendientes, problema éste cada vez más preocupante (9).

Con una justicia colapsada, sin perspectivas de mejora, y considerando que los afectados siempre tienen más datos sobre su propia realidad, deben favorecerse las respuestas negociadas. Sin embargo, el legislador español partiendo de un concepto de violencia, susceptible de ser calificada como delictiva, tan amplia como hemos visto, ha prohibido la mediación por ley orgánica en prácticamente todos los casos (artículo 87 ter.5 LOPJ, modificado por la ley de violencia), y ha incumplido el mandato contenido en la Disposición Final Tercera de la Ley 15/2005, de remitir a las Cortes un proyecto de ley sobre mediación, en la que no cree, distanciándose de las disposiciones de la Unión Europea que han apostado por este modo de resolución de conflictos. En los planteamientos del feminismo oficial la mujer es un ser desvalido, siempre víctima, siempre en situación de inferioridad respecto al hombre, y por ello se considera que no está en condiciones de pactar soluciones prácticamente nunca. Esa visión, que menosprecia a las mujeres, no es compartida por otras corrientes feministas entre las que me incluyo.

Por el contrario, se ha extendido la errónea idea de que si las mujeres no alcanzan acuerdos con el padre de sus hijos, y acuden a la vía judicial salen victoriosas pues obtienen todo el *pack*. Se les atribuye abrumadoramente la guarda y custodia de los hijos (10), y ello lleva aparejado el uso y disfrute del domicilio familiar, así como administrar la pensión de alimentos. Además, si interponen denuncia por violencia contra el padre de sus hijos, y se acuerda una orden de alejamiento, cosa que ocurre en muchas ocasiones por el temor que tienen los jueces y fiscales que deben solicitarlas y acordarlas en pocos minutos y con escasas pruebas, el denunciado es expulsado inmediatamente de la vivienda que compartían. Ello ha estimulado la interposición de muchas denuncias por hechos leves con un objetivo distinto que la protección frente a la violencia. Y mientras tanto, la mayoría de las mujeres victimas de violencia grave no denuncian porque no se les asegura protección, al resultar difícil en este desconcierto de miles de denuncias identificar esos supuestos de violencia habitual grave.

Y si se ha convencido a muchas mujeres de que van a obtener todo el *pack* (hijos, vivienda y pensión), y eso parece en principio beneficioso para ellas, ¿Por qué van a intentar llegar a un acuerdo? ¿Por qué van a ir a una mediación, que se concibe como tan perniciosa?

Sin duda, porque el conflicto permanente no beneficia a nadie, porque es mejor un mal acuerdo que un buen pleito, y más en esta materia. Porque las amputaciones traumáticas y en malas condiciones pueden provocar consecuencias peores para los hijos, al separarlos bruscamente de sus padres. Se pretende que éstos, tras la ruptura, se limiten a pagar las pensiones, sin participación alguna, o escasísima, en las vidas de sus hijos, lo cual ni favorece el cumplimiento de las obligaciones económicas, objetivo fácil de conseguir en un país con bastante dinero negro circulante, ni favorece la necesaria estabilidad afectiva que los niños necesitan para crecer de un modo saludable.

En alguna ocasión he tenido oportunidad de exponer que la atribución sistemática, o incluso automática, de la guarda y custodia a las mujeres nos perjudica gravemente en primer lugar nosotras, al tratarse de un regalo envenenado. “Dedicarnos en solitario a la educación y cuidado de los hijos limita brutalmente nuestro desarrollo profesional, relegándonos a niveles que no exigen tanta dedicación, lo cual irremediablemente se traduce en salarios menores. Si ejercemos nuestra función como educadoras con responsabilidad corremos el riesgo de ser las únicas malvadas que imponen hábitos y obligaciones, y si lo hacemos de modo irresponsable nos encontramos en poco tiempo con unos hijos e hijas asilvestrados, e intolerantes a la más mínima frustración, que no dudan en acudir a la violencia, física o psíquica, si no ven colmados sus crecientes deseos. Cuando los pequeños *monstruos* se emancipan, el propietario de la mitad de la vivienda de la que fue expulsado no duda en reclamarla, ya que en muchas ocasiones se vio obligado a regresar a su hogar materno, y en ese momento, cuando las mujeres tienen edades que rondan los sesenta años, con escasos ingresos, no pueden adquirir la mitad de la vivienda, con riesgo de ser expulsadas. El final del expolio inicial puede ser el que las mujeres se queden sin nada: sin profesión, porque no nos hemos dedicado a ella; sin espacios personales al no disponer de tiempo, lo cual supone un empobrecimiento personal, y es fuente de desequilibrios y frustraciones; sin casa; y sin unos hijos e hijas, que además pueden formular serios reproches culpabilizando a las madres del alejamiento de la familia paterna, lo cual es fuente de conflicto y sufrimiento, al haberse quedado huérfanos con padres vivos, con un duelo que no se acaba “ (11).

Lo que resulta sorprendente es que, a pesar de las muchas dificultades que establece nuestra legislación, se producen muchos acuerdos. Más de la mitad de los procesos de familia son consensuados, aunque en los últimos años el porcentaje de acuerdos ha disminuido (12).

Cuando las partes alcanzan y cumplen acuerdos, lo que sucede en la mayoría de ocasiones, jueces, fiscales, técnicos sociales, policía, etc..., no somos necesarios, el Estado no es necesario. Sólo somos imprescindibles cuando el

grado de inmadurez de una, o todas las partes en conflicto, no permite que ellas mismas vayan gestionando las nuevas dificultades que inevitablemente se irán planteando.

El proceso de familia no es como el resto de procesos civiles en los que, una vez hallada una solución, más o menos acertada, y dictada una resolución judicial firme, que produce el efecto de cosa juzgada, ya no puede plantearse nuevamente la misma pretensión.

El conflicto de familia con hijos puede permanecer por largos periodos abierto, pues no estamos ante uno solo, sino ante multitud de ellos que se suceden. Los hijos por definición crecen continuamente, física y psicológicamente, generando nuevas necesidades en tensión permanente con sus padres, y de éstos entre sí, incluso aunque no se hayan separado o divorciado. Pretender que una resolución judicial pueda poner fin al conflicto es un absurdo. Con las pruebas aportadas, no siempre abundantes y veraces, se intenta dar respuesta a las diferentes pretensiones planteadas en un momento fijo en el tiempo, pero cuando es dictada, la situación de las relaciones entre los diversos miembros del grupo humano familiar ya ha variado, y mucho más cuando han transcurrido años en el trámite del recurso de apelación si se plantea.

La vida es un continuo suceder de conflictos que siempre nos afectan, sea cual sea el modo de gestionarlos (13). En los conflictos de ruptura de pareja con hijos puede optarse por uno de los dos modelos posibles, cada uno con sus múltiples variantes:

- El que podríamos denominar modelo totalitario, en el que se permite que una de las partes imponga totalmente sus posturas, y en adelante tome todas decisiones relativas a los hijos en común, generalmente como hemos visto la madre, excluyendo al otro progenitor de la relación parental con ellos, pero no de las obligaciones económicas. Tiene la ventaja de todos los totalitarismos, no se pierde el tiempo y la paciencia en ponerse de acuerdo con el otro, por lo que en principio puede parecer más eficaz, pero evidentemente los totalitarismos en materia de familia son también muy disfuncionales, como veremos después.

- Y el que podríamos denominar modelo democrático, en el que las partes deben hacer el esfuerzo de negociar y pactar soluciones de convivencia de modo que nadie resulte excluido. Tiene el inconveniente de todos los sistemas democráticos, pues en ocasiones resulta exasperante y agotador ponerse de acuerdo con el otro. Pero la mayoría convenimos en que es el menos malo de los sistemas de organización social.

La imposición de un modelo monoparental cuando los hijos tienen madre y padre, que quieren y pueden ocuparse de ellos, es antidemocrático y perjudica gravemente el interés del menor. Sólo se debe excluir a uno de los progenitores, o a ambos, cuando no quieren ocuparse de los hijos, o lo hacen de un modo muy deficiente. También, cuando el permanente nivel de conflictividad es tan extremo

que supera los límites tolerables y se hace evidente el perjuicio para el menor, pero en este caso debe valorarse cual de los progenitores impide el razonable ejercicio de la corresponsabilidad frente a los hijos, pues el sistemático incumplimiento no debe ser premiado.

Las situaciones realmente graves se dan cuando uno, o los dos progenitores no quieren, o no pueden, ocuparse de sus hijos. Para los menores abandonados resulta duro aceptar que sus padres no quisieron responsabilizarse de ellos. Y desgraciadamente se producen muchas situaciones de abandono, incluso en algunos casos en que éstos tomaron la decisión de reproducirse. Pero ocurre que algunos especimenes humanos reaccionan con poca madurez y gran irresponsabilidad ante el gran esfuerzo en tiempo, espacio y dinero, que supone la paternidad. También hay que estar atentos a las peligrosas explicaciones que, posteriormente, cuando se tiene necesidad de los hijos, se les puede ofrecer, pues la capacidad de manipulación y justificación del ser humano no conoce límites.

4.- LAS SOLUCIONES MÁGICAS.

Construir es siempre más difícil que la imposición y la destrucción, pero es más rentable. No existe una solución rápida, limpia y eficaz para los procesos largos y complejos. Y los conflictos en materia de familia con hijos lo son. Exigen un traje a medida adaptable al crecimiento, y por ello las normas son genéricas. Aunque puede hacerse un mayor esfuerzo de concreción en la línea de la última regulación hecha en el *Llibre II del Codi Civil Català, Persona i Familia*, que al mismo tiempo, ha sido timorato, y no se ha atrevido a apostar por un modelo, que sólo insinúa, de corresponsabilidad parental compartida.

En nuestra corta experiencia en materia de separaciones y divorcios como país recientemente democrático y aconfesional, hemos visto en demasiadas ocasiones, especialmente en aquellos procesos de familia más conflictivos, el abuso de demandas modelo, poco fundamentadas. Y juicios con escasa prueba, inhibición judicial, y desaparición del Ministerio Fiscal, finalizados con sentencias modelo, que han dado el mismo tipo de respuestas a supuestos de lo más variado, y escasísima dedicación a la parte más decisiva en general de todo proceso, la ejecución. De poco sirve una sentencia, por maravillosa que sea, si el llamado a su cumplimiento sabe que si la incumple ninguna reacción se va a producir. El sistema judicial, con excepciones, no es capaz de dar respuestas en tiempos razonables. Y en muchas ocasiones crea mayores y nuevos problemas cuando, al notificarse la resolución judicial, las partes ya habían encontrado sus propios equilibrios, que aquella viene a romper.

¿Nos podemos permitir los incumplimientos generalizados en relación a los niños?

Si se dejan de pagar las pensiones de alimentos, ¿puede el menor esperar largos años hasta que se embargue al obligado al pago, y se realicen sus bienes?

¿Es razonable exigir al progenitor encargado de su cuidado formular cada vez una nueva demanda con obligación de representación mediante procurador y asistencia letrada, que lógicamente solicitan su derecho a una provisión de fondos, cuando en los casos más flagrantes difícilmente se localizarán bienes a nombre del presunto insolvente? Normalmente son mujeres que optan por asumir en solitario no sólo el cuidado, sino también el esfuerzo económico, pues solicitar la ejecución de la sentencia sólo reduce su capacidad económica para hacer frente a las necesidades de sus hijos, con nulos resultados positivos. Y aquí sorprende que organizaciones, incluso de mujeres juristas, no hayan exigido que se suprima la necesidad de la asistencia de los profesionales del derecho para solicitar el auxilio del Estado en el cumplimiento de las obligaciones económicas para con el futuro de un país, como son sus niños y niñas. La demanda de ejecución de pensiones alimenticias, claramente fijadas en las sentencias, debería seguir trámites similares a los de un sencillo procedimiento monitorio. El Ministerio Fiscal, como encargado de la protección de los menores, y a quien tantas competencias se han adjudicado en los últimos años, podría participar activamente en esos procesos de ejecución, que deberían realizarse en cooperación con la Agencia Tributaria, para lograr niveles mayores de eficacia, como ha ocurrido en otros terrenos, como el delito fiscal.

Es cierto que, en relación a progenitores cuyos ingresos provienen de trabajos por cuenta ajena, y su nómina refleja la totalidad de los mismos, cosa que no siempre ocurre, la función de prevención operada por la reforma del Código Penal que endureció las sanciones por incumplimiento de las obligaciones familiares, produjo un efecto muy saludable. Pero también, en el ámbito penal se podría incrementar el esfuerzo pues, en los supuestos más sangrantes, se debería requerir en mayor medida la colaboración policial (14).

El otro incumplimiento clásico es impedir, por quien tiene atribuida la guarda y custodia, que el hijo mantenga la relación de comunicación fijada en la resolución judicial con el progenitor no custodio, ¿Puede aceptarse que uno de sus progenitores lo convierta en huérfano con el otro vivo, que quiere y puede ocuparse de él, destruyendo la relación incluso con la familia amplia, cuestión especialmente dolorosa para aquellas abuelas y abuelos que tienen la certeza de que morirán sin volver a ver a sus nietos y nietas?

¿Puede aceptarse que el mal funcionamiento de nuestro sistema judicial favorezca fundamentalmente a los más incumplidores, a los más perversos de cualquier sexo o tendencia sexual?

El mensaje para nuestros niños y jóvenes no puede ser que esto es una jungla en la que irremediablemente se impone la ley del más fuerte, física o psicológicamente. El daño social a medio plazo que se está provocando es demasiado grande. Y se puede medir en perjuicios para los afectados, niños y adultos, tanto en graves deterioros de salud física y psíquica, como en su parte alícuota en los porcentajes de fracaso escolar, y por supuesto también en el incremento de los diferentes tipos de violencia, pues en modo alguno se estimulan

los comportamientos civilizados, y que nuestros jóvenes crezcan en el respeto a los límites.

No existen soluciones mágicas. Tampoco por el hecho de que una resolución judicial mencione la expresión fetiche, "*custodia compartida*", hemos solucionado el problema. Pero el Estado tiene la obligación de imponer el respeto a las normas básicas de convivencia, y para ello tiene el monopolio de la violencia. El Estado tiene la obligación de imponer el respeto a los derechos fundamentales de las personas, con independencia de su sexo, origen, religión, etc...

5.- OBJECIONES A LA CUSTODIA COMPARTIDA COMO MODELO PREFERENTE.

Expondré a continuación algunas de las más frecuentes apuntando razones que permiten cuestionarlas.

A) Los padres han de mantener una buena relación. Se indica que sólo si los hijos tienen unos padres bien avenidos, que son capaces de llegar ellos mismos a acuerdos sin ayudas externas, puede establecerse este modo de relación tras la ruptura.

Se afirma, por tanto, que sólo si los hijos tienen la suerte de tener al mismo tiempo un padre y una madre que son lo suficientemente inteligentes y generosos como para anteponer su interés y bienestar a sus propios egoísmos y miserias, puede permitirse que mantengan la relación con ambos. En demasiadas ocasiones hemos visto como ha bastado con que uno de los dos se oponga, y/o genere conflictos, planteando todo tipo de inconvenientes, en ocasiones pequeños y ridículos, para que se prive al hijo del padre en la mayoría de los casos.

Exigir a los padres una mejor relación tras la ruptura de la que tenían cuando convivían, para permitir que el padre pueda seguir ejerciendo sus funciones parentales, no encuentra justificación alguna, tratándose de una condición prácticamente imposible de cumplir. Y no puede ignorarse que se trata de un requisito imposible ya que cuando las personas nos separamos, o nos divorciamos, es fundamentalmente porque, sea cual sea la causa, tenemos una difícil relación que impide seguir con el proyecto de vida en común, pues las discrepancias, las imputaciones al otro, y los resentimientos, pesan más en la balanza, y hacen imposible la convivencia. Y eso ocurre en la totalidad de los casos, por lo que exigir la buena relación sólo permite justificar que prácticamente nunca debe permitirse que los hijos sigan teniendo madre y madre. Se trata, por tanto, de un requisito falaz.

El cuidado y educación de los hijos es una tarea agotadora, y muy difícil, que exige una continua carrera de relevos cuya obligación corresponde en primer lugar a los padres, que son las personas que en la mayoría de los casos, al menos

en nuestro mundo occidental, toman la decisión voluntaria de reproducirse. No podemos afirmar que compartir con los hijos cuatro días al mes permita ejercer las funciones parentales de educación y respeto a los límites necesarios para la convivencia en sociedad. En esas cortas estancias de fin de semana, en las que no hay horarios, ni obligaciones inmediatas, convertimos a la figura que tradicionalmente ha sido la referencia de autoridad ("*se lo diré a tu padre"*), en alguien que, en el mejor de los casos, puede incluso contribuir a la malacrianza por una errónea idea de que puede comprarse el cariño de los hijos.

Dada la parquedad de la regulación de esta materia en el Código Civil, y la creciente exigencia social para que se permita la participación de ambos progenitores en el cuidado de los hijos tras la ruptura de la pareja, pues no parece adecuada la exclusión del progenitor no custodio de las decisiones más importantes respecto de ellos, se han ido elaborando criterios por algunos tribunales que han ido dotando de mayor contenido el concepto de "*patria potestad*". Durante muchos años ha estado vacío de contenido en supuestos de separación de los progenitores, pues quien tenía atribuida la guarda y custodia de los hijos tomaba todas las decisiones respecto de ellos.

El Tribunal Supremo y diferentes Audiencias Provinciales han conformado el contenido de la patria potestad como un derecho-deber de los padres sobre los hijos, y que afecta a las decisiones de especial trascendencia, como la elección del centro escolar, la elección de asistencia médica o psicológica, la realización por el menor de actividades de ocio y complementarias de la formación, el cambio de domicilio del progenitor custodio, decisiones respecto a la libertad religiosa, etc... Se ha entendido que estas cuestiones, que conforman el contenido de la patria potestad, forman parte de ese núcleo especial que va más allá de las decisiones que se toman en el devenir de la vida cotidiana. Y se ha considerado que, sólo excepcionalmente, debe ejercerse de manera exclusiva por uno de los progenitores.

El artículo 156 del Código Civil establece que la patria potestad se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores, siendo el Juez quien en caso de desacuerdo atribuirá la facultad de decidir al padre o a la madre, indicando el último párrafo de la citada norma que si los padres viven separados, la patria potestad se ejercerá por aquel con quien el hijo conviva, aunque el Juez, si lo solicita el otro progenitor, podrá atribuir al solicitante la patria potestad para que la ejerza conjuntamente con el otro, o distribuir entre ambos las funciones inherentes a su ejercicio. En caso de separación, por tanto, el ejercicio conjunto debe ser solicitado. La práctica totalidad de las sentencias de separación y divorcio acuerdan explícitamente su ejercicio conjunto.

El nuevo *Llibre II del Codi Civil Català* recoge los criterios jurisprudenciales que se han ido configurando en los últimos treinta años y exige el consentimiento explícito o tácito del progenitor que no ejerce la *potestad parental* para decidir el tipo de enseñanza de los hijos, para variar el domicilio, si esto los aparta de su entorno habitual y para realizar determinados actos de administración

extraordinaria (artículo 236-11.6 CCC). Al mismo tiempo, este texto legal dispone que las obligaciones de guarda corresponden al progenitor que en cada momento tenga los hijos con él, sea porque de hecho o de derecho residan habitualmente, sea porque estén en su compañía como consecuencia del régimen de relaciones personales que se haya establecido (artículo 236-11.5 CCC). La guarda se concibe como el conjunto de obligaciones de cuidado de los hijos que se plantean cuando están en compañía de sus progenitores. La potestad parental en esta norma, que entrará en vigor en enero de 2011, sólo deberá ser ejercida exclusivamente por un progenitor en casos de imposibilidad, ausencia o incapacidad del otro (artículo 236-10 CCC), como ya decía el *Codi de Familia*, pero no porque los padres vivan separados, como establece el Código Civil. Y también puede acordarse el ejercicio exclusivo por decisión judicial en supuestos de desacuerdos reiterados, o cualquier causa que dificulte gravemente el ejercicio conjunto, pudiendo distribuir entre los progenitores las funciones de manera temporal (artículo 236-13 CCC).

La evolución jurisprudencial, y recientemente la legislación de los Parlamentos de Aragón y Catalunya, inciden especialmente en que el progenitor no custodio no pueda decidir a su antojo cuanto considere oportuno. Ya no hay duda de que la custodia de los hijos se comparte siempre, pues la ejerce en cada momento quien los tiene en su compañía, extendiéndose la idea de que resulta inaceptable que porque los padres no convivan, y tengan una mala relación, lo que ocurre en la inmensa mayoría de rupturas, los hijos han de verse privados de uno de ellos. Además se exige tener en consideración, al establecer los criterios para determinar el régimen y la manera de ejercer la guarda, “la actitud de cada uno de los progenitores para cooperar con el otro con la finalidad de asegurar la máxima estabilidad a los hijos, especialmente para garantizar adecuadamente las relaciones de estos con los dos progenitores” (artículo 233-11.1.c) CCC). Porque no debe tolerarse que el progenitor que boicotee y entorpezca las relaciones de los hijos con el otro, afectando negativamente al desarrollo del menor, pueda lograr su objetivo. Debe ser advertido, y en último término alejado del menor hasta que respete reglas básicas de convivencia, pues de lo contrario el mensaje que enviamos a nuestros menores es que incumplir sistemáticamente, puede permitir imponer la propia voluntad por contraria que sea a los mínimos establecidos.

Esta preocupación la muestran las legislaciones autonómicas, y en menor medida el artículo 776.3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil que acepta el papel del padre como mero visitador (“El incumplimiento reiterado de las obligaciones derivadas del régimen de visitas, tanto por parte del progenitor guardador como del no guardador, podrá dar lugar a la modificación por el Tribunal del régimen de guarda y visitas”), manteniendo el Código Civil un clamoroso silencio respecto a los incumplimientos.

B) Los menores necesitan criterios uniformes, por lo que crecer en dos casas les desestabiliza al recibir instrucciones contradictorias, si no se tiene un modelo educativo similar en ambas.

Es ésta otra de las objeciones que más frecuentemente se plantean.

En primer lugar, la separación de sus padres, si tenían criterios tan opuestos, sólo será una liberación para el menor, porque lo que desconcierta es recibir dos órdenes contradictorias al mismo tiempo de dos fuentes de autoridad, y tener que elegir a quién se obedece.

Las variaciones que puedan producirse en cuanto a criterios alimenticios, horarios (que siempre vienen marcados por la actividad escolar y en su caso extraescolar), higiénicos, etc..., si no se trata de graves disfunciones, son perfectamente asumibles, e incluso enriquecedoras. Por ejemplo, unos escasos hábitos higiénicos en una casa puede estimular en la otra a intensificar la enseñanza a los menores, para que alcancen antes un nivel de autonomía en higiene personal, lo cual será agradecido por sus compañeros en el centro escolar o deportivo, y por los ciudadanos, usuarios de transporte público, en general. Pero junto a algunos inconvenientes, que pueden convertirse en ventajas, a los menores se les trasmiten más conocimientos si más adultos que los aman se ocupan de ellos. Los resultados escolares son mejores en los menores que reciben apoyo en el ámbito familiar, que es el primer lugar en el que se inicia la educación y socialización de las personas.

Los menores tienen que saber que, siempre, cuando están bajo la responsabilidad de un adulto, sean sus padres, el profesor, los abuelos, los tíos, los familiares de los amigos, los canguros, los vecinos, etc..., tienen que obedecer sus indicaciones aunque no se correspondan exactamente con las que reciben en el hogar en el que habitualmente viven, y ello con independencia de que sus padres estén o no separados. Tienen que saber que únicamente si algún adulto, sea quien sea, pone en riesgo su seguridad, su salud, etc..., puede negarse a obedecer sus indicaciones (así por ejemplo, no deben cruzar por una peligrosa calle llena de vehículos transitando fuera del paso de peatones o cuando el semáforo está en rojo, aunque su abuelito o abuelita le diga que no pasa nada). De lo contrario pueden manifestar su disconformidad o, en según que lugares ser educados y no decir nada, pero siempre deben obedecer.

.

Lo más preocupante es que un grupo cada vez más numeroso de menores no aceptan la autoridad de nadie desde edades muy tempranas. Y así se detecta, con independencia del nivel social, cultural o económico de sus familias, que en muchos casos ni están separadas, ni son desestructuradas. Y lo más grave es que en la adolescencia algunos están dando pasos hacia la violencia contra los familiares cercanos, fundamentalmente madres y abuelos maternos, que es con quien más conviven, pues son jóvenes intolerantes a la más mínima frustración, con actitudes y comportamientos tiránicos (15).

Los menores se enriquecen con el aprendizaje, y más cuando están en contacto con gentes diversas, con costumbres y maneras de vivir distintas, y cuanto más plural es su visión del mundo. Se obtienen mejores resultados

educativos cuando el menor participa en reuniones infantiles, pernocta en casa de amigos, va a colonias, y cuando ya adquiere más seguridad en sí mismo y no necesita estar continuamente con los familiares más cercanos, cuando realiza intercambios para el aprendizaje de idiomas y costumbres con familias en otros países, que cuando, por el contrario, está todo el tiempo en permanente contacto con la mamá o el papá. Resulta un problema para algunas personas, de entre veinte y treinta años, el hecho de tener un completo currículum formativo, y al tiempo ser incapaces de asumir responsabilidades en sus empleos por la dependencia de los adultos de su familia, que los han tutelado en exceso. No hay duda de que a los hijos se les ha de ir enseñando a volar progresivamente, y la educación en la diversidad, en la pluralidad, contribuye a la adquisición de mayores capacidades.

Si los progenitores son personas que funcionan dentro de los parámetros de la normalidad, ¿qué mal va a causar a sus hijos el compartir el tiempo de su cuidado y educación? Lo que es absurdo, y carente de justificación, es preferir canguros, vecinos, etc..., a uno de sus progenitores o su familia extensa.

El contacto con el discrepante no contamina, enriquece, y la función de la sociedad entera –padres, educadores, etc...- es ayudar a que nuestros menores estén formados y tengan criterios propios, de manera que dispongan de suficientes herramientas intelectuales para defenderse de las manipulaciones de que puedan ser objeto. Hemos de educar a nuestros menores en el difícil, pero gratificante, ejercicio de la libertad. Hemos de potenciar progenitores estimuladores, vitales, libertadores, en lugar de pretender padres absorbentes, posesivos y limitadores.

Es un hecho que los niños tienen padres y madres imperfectos, y que a pesar de ello, tienen derecho a relacionarse con ellos. En ningún lugar se dan titulaciones de progenitor modélico. No tiene sentido exigir a uno solo de ellos, tras la ruptura, que acredite ser un modelo de perfección en el caso de que quiera ocuparse de sus hijos. Hemos visto que si un progenitor se desentiende absolutamente, excepto en el pago de la pensión de alimentos, nadie le pedirá cuentas. Es muy excepcional presentar denuncias por incumplimiento de las estancias con los hijos, aunque ya existe algún caso. Pero sobretodo no se halla justificación para exigir sólo al padre que tenga un modelo educativo similar al de la madre, para permitirle el contacto con sus hijos más allá de cuatro días al mes. ¿Sólo el modelo de la madre, sea cual sea, es siempre el mejor? ¿Se considera más positivo educar a los hijos en rígidos pensamientos únicos?

Este planteamiento exigiría que, antes de decidir reproducirse con otro individuo, se le pidiera detalladamente su modelo educativo para asegurarse en caso de ruptura que éste no será el motivo del alejamiento de los hijos en común. Es un planteamiento absurdo, y poco coherente, pues al tiempo se permite dejar con bastante despreocupación a los niños con gentes que no cumplen mínimos, o solos frente al televisor o Internet.

C) No puede acordarse una custodia compartida en relación a menores de corta edad.

Esta es otra afirmación que difícilmente se sostiene.

Aceptamos, sin ningún problema, cuando ambos progenitores conviven y trabajan, o cuando se tiene un hijo en solitario, que el bebé se deje en una guardería con meses, pero no podemos permitir dejarlo con su padre.

En países como Suecia, en los que se evidencia la voluntad del Estado, y la mayoría de sus ciudadanos, de proteger en primer lugar el interés de los menores, entendiendo que son el futuro de la sociedad (de las pensiones, las empresas, los servicios, etc...), los progenitores disfrutan de un amplio permiso materno-paterno, a repartir, de 480 días por hijo, estableciéndose que un mes de ese tiempo fuera realizado por el padre, pues de lo contrario la familia perdía esa prestación. El último gobierno amplió el permiso paterno a dos meses, en las condiciones indicadas, pues se considera necesario que el bebé vaya iniciando la relación también con su padre desde los primeros momentos.

Esa exigencia está ligada a los avances en los estudios científicos sobre el modo de funcionar de la especie humana, destacando las interesantes aportaciones de la Sociobiología (16).

Sabemos que en la inmensa mayoría de hembras humanas el proceso biológico de la gestación conlleva al tiempo cambios psicológicos que predisponen para el cuidado de la cría. Incluso mujeres con vidas profesionales muy activas relativizan temas que consideraban de suma importancia, porque pasa a ser muy prioritario el reorganizar el tiempo para el cuidado de su bebé, preparando incluso con esmero el nido, realizando todo tipo de cambios en el espacio de la vivienda. En los machos de nuestra especie esos cambios biológicos evidentemente no se producen, pero es innegable que en muchos de ellos, que han participado con gran interés en la decisión sobre su paternidad, también se operan cambios psicológicos que les hacen priorizar su tiempo, y la obtención de recursos, para el cuidado de su descendencia. Sin duda alguna, los hijos e hijas que tengan la suerte de que ambos progenitores, o al menos uno, esté en disposición de ocuparse de ellos, obtendrán mejores condiciones de salud y de formación, que les colocará en mejor lugar para la supervivencia en un mundo cada vez más complejo. ¿Por qué privarles entonces de uno de sus progenitores, si ambos quieren y pueden responsabilizarse?

El establecer lazos afectivos con el padre en los primeros momentos de la existencia no sólo resulta beneficioso psicológicamente para los menores, pues se afirma por los expertos que esos primeros años son muy importantes, sino que incrementa el deseo del progenitor de realizar esfuerzos para la obtención de recursos en su beneficio, y dedicar tiempo a su cuidado. El padre que inicia y

mantiene una relación de afectividad con sus hijos contribuye económicamente en mayor medida a su sustento y necesidades (17).

Se alerta de que a los bebés no se les puede dejar solos con su padre por temor de desprotección y mala atención. Sólo hay que observar el cuidado con que muchos abuelos de sexo masculino tratan a sus nietos-bebés, perteneciendo a aquella generación que nunca se ocupó directamente de sus hijos e hijas, para llegar a la conclusión de que el sexo de la persona, o su inexperiencia inicial, compartida por todas las madres primerizas del planeta, no condiciona *per se* las habilidades. Las mujeres hemos tenido que insistir mucho para que esta afirmación se considere obvia en relación a habilidades que históricamente se atribuían en exclusiva a los hombres, y ahora pocos dudan de que las mujeres podemos hacer todo tipo de actividades. Por ello, resulta paradójico que en nombre de la mujer se nieguen habilidades a los hombres, y sean atribuidas en exclusiva a las mujeres. A modo de ejemplo indicaré que mi padre, que jamás se ocupó de bebé alguno, en cuanto empecé a dar el biberón a mi primera hija, me la arrebataba de los brazos diciendo “quita, que yo lo hago mejor”. Era evidente que también lo hacía muy bien, poniendo una infinita paciencia y tiempo en alimentar a mi segunda hija, que nunca fue una gran comedora. Afirmar que los hombres están negados por naturaleza para atender debidamente a los bebés no está sustentado en ningún estudio que así lo avale, únicamente en prejuicios machistas.

Se invoca la *Declaración de los Derechos del Niño* aprobada en la 14ª Sesión Plenaria de la ONU, de 20 de noviembre de 1959, para recordar que, salvo circunstancias excepcionales, no debe apartarse al niño de corta edad de la madre. Ello sin duda viene referido a apartarlo de manera prolongada o incluso indefinida, resultando evidente que, aunque no se tenga una madre perfecta, siempre será preferible a una estupenda institución pública, pero en modo alguno puede pretenderse afirmar, como hacen algunos, que lo que se quería decir en esa declaración es que los cuidados de los niños de corta edad deba realizarlos permanentemente la madre.

En la línea de esa Declaración, pero más adaptada a las nuevas realidades sociales, la Convención Europea sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989, reconoce en su artículo 7 el derecho del niño a ser cuidado por ambos padres tanto como sea posible.

Los hijos tienen muchas necesidades, alimenticias, de horarios, etc..., que son incumplidas en ocasiones por los progenitores encargados de su cuidado. No son infrecuentes los casos de desatención, aunque no sean muy graves, o de sobreprotección que también conllevan serios desajustes, por parte de aquellos. El Estado sólo debe intervenir en los supuestos graves que son detectados por educadores, médicos, servicios sociales, etc... El Estado no debe intervenir en supuestos que entran en parámetros de normalidad, a menos que quiera construir macro-orfanatos con padres vivos.

D) El padre que no se ocupó nunca de los hijos antes de la ruptura, no lo hará con posterioridad a ella, y en cualquier caso, no se le debe dar la oportunidad si no mostró antes interés.

Tampoco ésta afirmación encuentra sustento alguno.

Es cierto que a algunos individuos de sexo masculino, cuando son padres, se les agudiza el ansia de trabajar más tiempo para obtener mayores recursos para el núcleo familiar, lo que unido a que el mercado laboral favorece a los hombres en las remuneraciones, contribuye al alejamiento de los padres de los hijos en esos momentos iniciales. También es cierto que a algunos hombres les cuesta inicialmente entablar relación con un diminuto ser humano que no se comunica hablando. Y por supuesto, hay irresponsables que no saben en general asumir sus obligaciones de manera adulta.

Hemos visto cómo algunos gobiernos pretenden reequilibrar el desequilibrio inicial de los progenitores en la relación con sus hijos, en beneficio de éstos, y para que la maternidad no sea el gran obstáculo en la carrera profesional de las mujeres, que a pesar de obtener excelentes resultados académicos, posteriormente no logramos alcanzar una equiparación en los espacios profesionales y de responsabilidad. Y no son nueve meses de gestación lo que nos condiciona, sino los muchos años de cuidados posteriores, asumiendo el grueso de la responsabilidad parental, y familiar, lo que nos limita en el camino de la igualdad de oportunidades, pues incluso incorporándonos al mercado laboral hemos seguido asumiendo las mujeres, gratuitamente, el cuidado de ancianos, enfermos y niños, en agotadoras multiplicaciones de jornadas.

Se ha insistido repetidamente en la necesidad de la implicación de los hombres en todas las tareas domésticas, aunque sin duda la más ardua es el cuidado de los hijos, pues la maternidad y la paternidad no son delegables, no se pueden contratar. Y cuando se van produciendo avances, y muchos de ellos quieren participar, les negamos, en nombre del superior bien del menor, esa implicación.

Muchos hombres que, con anterioridad a la ruptura no dedicaron su tiempo al cuidado de sus hijos, o lo hicieron en muy pequeña medida, más tarde empiezan a encontrar esos espacios que antes no tenían, pues son conscientes de que el cariño no nace por generación espontánea, y si no tienen contacto con sus hijos luego les resultan unos perfectos desconocidos, y eso lo descubren en muchas ocasiones tras la separación. Y siempre aparecen estudios analizando los casos de mayor problemática juvenil que evidencian que la falta de comunicación de los hijos con sus padres está presente en parte del problema, incluso aunque no estén separados.

No sólo no se debería impedir que los padres que quieran ocuparse de los hijos puedan hacerlo, sino que debería ser favorecida la relación también en los

casos de los que no se ocuparon con anterioridad. En función de la edad y el sexo de los menores, y las características de personalidad propias de los progenitores y los hijos, se entabla mejor relación con uno u otro en los diferentes momentos del crecimiento. No hay duda de que, con lo difícil que es ser padre, es mejor contar con ambos para que pueda realizarse la necesaria carrera de relevos que permite un mejor resultado final.

Sólo en supuestos de desprotección debe actuarse, y ello con independencia del sexo del progenitor que no atienda a sus hijos en los mínimos razonablemente exigibles.

E) Objeciones relativas al domicilio. Se afirma que es desestabilizador cambiar de casa continuamente, pues el menor tiene necesidad de un punto físico de referencia. Y para los que aceptan que no impide el desarrollo del menor el tener dos domicilios, se manifiesta mucha rigidez en cuanto a las distancias entre ambos.

Cuando una de mis hijas tenía diez años le preguntaron si no le resultaba duro tener que hacer la maleta cada quince días para pasar el fin de semana en la casa del progenitor con quien no convivía cada curso escolar, y respondió con gran acierto que era más pesado para los niños que tenían segunda residencia, en el campo o la playa, pues tenían que hacerla todos los fines de semana.

A algunos les parece gravísimo que el menor reparta su tiempo en el domicilio de cada uno de sus progenitores, pero no encuentran problema en que lo reparta entre el centro escolar, la casa de familiares más lejanos, los amigos, los vecinos, la calle, o se le deje solo en casa al cuidado de la televisión, los videojuegos, o Internet ¿No es más razonable, si se puede, que sean los encargados en primer lugar de su educación, de ejercer la autoridad fijando los límites necesarios, los que se ocupen, y sólo si éstos no pueden o no quieren se recurra al resto de alternativas?

El tener dos casas estimula la organización y la planificación. Los niños de corta edad, si están bien atendidos en un buen ambiente no encuentran a faltar nada ni a nadie. En ocasiones, dependiendo de las horas que pasan con abuelos, canguros, etc..., sólo lloran cuando los vienen a buscar sus papás. Y si son más mayores probablemente lo que hay que estimular es que se encuentren cómodos en muchos lugares distintos, porque eso es lo que facilitará el vuelo del nido en mejores condiciones.

En cuanto a la exigencia de poca distancia entre los dos domicilios, cuyo efecto positivo resulta innegable, también se ha exagerado. Se ha llegado a pedir que se hallen ubicados en el mismo barrio, o en el mismo pueblo, como si las comunicaciones fueran todavía las de hace decenas de años. Aceptamos con normalidad que a un menor, con tres años, se le coloque a las siete y media de la mañana en un autobús para ir a una buena escuela de la otra punta de la ciudad,

o incluso a poblaciones cercanas, y emplee en el trayecto una hora y media de ida y otro tanto de vuelta, pero algunos consideran inaceptable que uno de los domicilios paternos esté a diez minutos de distancia en coche entre poblaciones cercanas, o a quince minutos de transporte público en la misma ciudad.

F) Se afirma que la solicitud de custodia compartida se utiliza por los padres como coartada para dejar de pagar la pensión de alimentos, y como chantaje para negociar, a la baja para las madres, las condiciones económicas de la ruptura.

Ésta es otra de las objeciones para demonizar la custodia compartida.

La mala utilización por cualquiera de un medio, no inhabilita a éste en sus potencialidades positivas. Así, la televisión o Internet no son medios negativos en sí mismos. Por el contrario, su correcta utilización permite ampliar el nivel de conocimientos y de comunicación interplanetaria.

También se afirma que la solicitud de custodia exclusiva por las madres se hace con la finalidad de quedarse con la vivienda y una parte sustancial de los ingresos del padre, y también ésta es una afirmación que en modo alguno puede generalizase. Muchas madres piensan que ellas cuidarán mejor de sus hijos, y es seguro que en muchos casos ello es cierto.

Que una parte de padres y madres anteponen su propio bienestar y mezquindades, a los intereses y necesidades de sus hijos es un hecho que se ve a diario en los tribunales, y las estadísticas lo acreditan. Generalizar, y presumir que prácticamente siempre, ni ellos, ni ellas, piensan en lo mejor para sus hijos, es tener una visión de nuestros conciudadanos que, además de no hallar base empírica alguna, es injusta.

Para fijar las cantidades que cada progenitor deberá aportar para atender a las necesidades de sus hijos deben tenerse en consideración varios factores. En primer lugar, el nivel de ingresos o situación económica de cada uno, pues deberá contribuir más el progenitor que más tenga, y así lo establecen los diferentes textos legales cuando se regula el derecho de alimentos. Sería absolutamente intolerable que, si la diferencia económica entre ambos es grande, un menor pueda vivir una parte de su tiempo en la abundancia, y otra parte en la escasez, por la desestabilización psicológica que comportaría, y porque debe impedirse la posibilidad de comprar voluntades y afectos. También debe tenerse en consideración el reparto de funciones entre los progenitores, puesto que el tiempo dedicado a procurar una adecuada alimentación, vestido, higiene, educación, etc..., ya tiene un valor económico en el mercado, y quien no lo hace directamente tiene que pagar asistentes, clases de repaso, canguros, etc..., siendo preferible que se ocupen los progenitores en la medida que se pueda, de la atención de contenido formativo directo con los menores.

Además, ha de hacerse una nueva distinción, porque una cosa es fijar las cantidades que deba aportar cada progenitor, y otra el modo de gestionarlas, que puede ser muy variado, en función de las especiales circunstancias de cada caso. Hay padres y madres que no se administran muy bien, pudiendo acordarse que uno u otra abone directamente las cantidades exigidas por el centro escolar, o las de las actividades complementarias. Puede también establecerse que cada uno ingrese la parte proporcional de esos gastos, que le haya sido fijada, en una cuenta a la que se domicilien éstos. Puede atribuirse a uno de ellos la gestión, con una mínima rendición de cuentas, más necesaria en el caso de pensiones elevadas, al estar administrando bienes ajenos, lo que evitaría algunas desconfianzas y, en algún caso, abusos. Se pueden plantear múltiples formas distintas de gestión, en función de las circunstancias concretas de cada grupo familiar.

Lo fundamental es separar la discusión sobre las aportaciones económicas para el sustento de los hijos, o el uso de la vivienda, del tiempo de dedicación y cuidado de ellos. Con independencia de quien pague más (debiendo asumir mayor carga económica quien más ingresos tenga), y de quien siga disfrutando del domicilio que fuera común (se deberá considerar la necesidad y los recursos respectivos), los hijos tienen derecho a tener madre y padre.

Así lo hace en detalle el CCC que, en su artículo 233-20, desliga la atribución del uso de la vivienda familiar del tipo de guarda que se decida, considerando la situación de necesidad del cónyuge a quien se atribuya, con independencia de que no le corresponda la guarda; exige también que se consideren los medios que tiene cada progenitor para cubrir sus propias necesidades de vivienda y la de sus hijos, teniendo en cuenta la existencia de otras residencias por las que puede ser sustituida; y señala que se pondere siempre la atribución del uso de la vivienda en el caso de que no se asigne a quien sea total o parcialmente su propietario como contribución en especie para la fijación de los alimentos de los hijos.

Para mantener buenas condiciones en las relaciones paterno-filiales es necesario que ambos progenitores puedan disponer de viviendas en las que poder atender debidamente a los menores. Se ha llegado al absurdo de considerar más imprescindible que el menor mantenga la casa con piscina, que conservar la relación con su padre.

G) Se ha convertido en una máxima que la custodia compartida no debe ser impuesta por los tribunales.

¿No debe imponerse a las partes en conflicto un modelo democrático que impulse al diálogo y la participación? ¿Sí debe imponerse a los hijos un modelo monoparental que los aleja de uno de sus progenitores?

Para avanzar en el camino de minimizar los daños inevitables de las malas relaciones, hemos convenido mayoritariamente que no se nos debe obligar a mantener convivencias no deseadas, porque además en el supuesto de tener descendencia en común, es más perjudicial para los menores presenciar continuamente las tensiones entre sus padres. Pero el Estado debe velar porque los progenitores no utilicen a sus hijos como armas de venganza contra el otro, y debe imponer soluciones que garanticen los mínimos de convivencia exigibles.

Facilita mucho el camino de protección de los menores separar las decisiones que respecto de ellos se tomen, de todas las demás consecuencias económicas que la ruptura inevitablemente conlleva, como hemos visto.

En cualquier caso, en materia de familia debería huirse de automatismos, y hacer siempre un traje a medida. Como ésta es una tarea ingente, las últimas legislaciones de Aragón y Catalunya, y parece que también se establecerá así en la Comunidad Valenciana y Navarra, prevén lo que denominan “plan de parentalidad”, “pacto de relaciones familiares”, o “pacto de convivencia familiar”.

Pero es el *Codi Civil Català* el que más detalla los mínimos que deben contener las propuestas de cómo se han de ejercer las responsabilidades parentales ante la autoridad judicial. El artículo 233-9.2 CCC exige que se indique:

“a) El lugar o los lugares donde vivirán los hijos habitualmente. Se han de incluir reglas que permitan determinar a qué progenitor le corresponde la guarda en cada momento.
b) Las tareas de las que se ha de responsabilizar cada progenitor con relación a las actividades cotidianas de los hijos.
c) La manera en que se realizarán los cambios en la guarda, y si procede, cómo se han de repartir los costos que generen.
d) El régimen de relación y de comunicación con los hijos durante los periodos en que un progenitor no los tenga con el.
e) El régimen de estancia de los hijos con cada uno de los progenitores en periodos de vacaciones y en fechas especialmente señaladas para los hijos, para los progenitores y para su familia.
f) El tipo de educación y las actividades extraescolares, formativas y de disfrute, si procede.
g) La manera de cumplir el deber de compartir toda la información sobre educación, la salud y el bienestar de los hijos.
h) La manera de tomar las decisiones relativas al cambio de domicilio y otras cuestiones relevantes para los hijos.”

Exigiendo las nuevas regulaciones que con las demandas se concreten todas estas cuestiones, se evitarán en gran medida sentencias genéricas que tantos problemas de ejecución plantean, resultando obvio que los tribunales no pueden fijar en detalle aquellos aspectos que sólo pueden conocer si son aportados por las partes.

En Catalunya se recoge en el apartado 3 del artículo 233-9 que “Las propuestas de plan de parentalidad pueden prever la posibilidad de recurrir a la mediación familiar para resolver las diferencias derivadas de la aplicación del plan, o la conveniencia de modificar el contenido para adaptarlo a las necesidades de las diferentes etapas de la vida de los hijos”.

Como vemos, el legislador en Aragón y Catalunya ha hecho un gran esfuerzo para facilitar la solución negociada entre las partes y para que, en caso de no llegar a un acuerdo, los tribunales puedan imponerles las decisiones que consideren que garantizan de manera prioritaria el interés del menor. Porque el Estado, mediante el poder judicial, que tiene atribuidas las funciones de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, siempre impone el modo de resolver el conflicto que se plantea ante sus tribunales, imponiendo coactivamente sus decisiones mediante la ejecución forzosa de sus resoluciones. Y por supuesto, puede imponer a las madres que compartan la guarda y custodia de sus hijos con sus padres, pues a quien no se puede imponer la orfandad es a éstos con padres vivos que quieren y pueden ocuparse de ellos.

6.- A MODO DE CONCLUSIÓN. ¿QUÉ ES LA CUSTODIA COMPARTIDA?

La custodia compartida es el modo de relación que se establece tras la ruptura de una pareja con hijos, por voluntad de los progenitores, o determinada por la autoridad judicial en caso de no llegar éstos a un acuerdo, cuando ambos manifiestan su interés en seguir al cuidado de sus hijos, por el que se determina que los menores serán atendidos por ambos en función de las posibilidades de cada cual, marcadas fundamentalmente por los horarios laborales, con independencia de que el tiempo de las estancias en los respectivos domicilios sea fijado por horas, días, semanas, meses o años, contribuyendo ambos en el esfuerzo económico para sufragar las necesidades de los hijos en función de las posibilidades económicas de cada uno, bien sea asumiendo directamente determinados gastos (escolares, sanitarios, etc...), bien contribuyendo proporcionalmente del modo que se estime conveniente, y con independencia de que se atribuya a uno, o se reparta, la función de gestionar los recursos que se asignen a los menores.

La diferencia entre que denominemos a ese reparto de tiempo y funciones “*custodia compartida*” o régimen de visitas amplio es inexistente.

Lo importante es mantener a los menores lejos del conflicto. Lo que los destroza es hacerlos partícipes del conflicto permanente, plantearles continuamente conflictos de lealtades, o amputarles su relación con una parte de la familia. Y desgraciadamente ello se produce y se tolera por los poderes públicos con excesiva frecuencia, lo que está causando un grave daño social.

Es imprescindible, y lleva años reclamándose por los profesionales del derecho de familia, la creación de una jurisdicción especializada, de intervención

rápida, con estabilidad de personal, y que cuente con equipos psicosociales y puntos de encuentro, de los que no se abuse, pues a ellos no les corresponde ni juzgar, ni hacer ejecutar lo juzgado, sino sólo colaborar activamente con los tribunales, y que estén en permanente contacto informático con éstos.

Es una demanda no atendida porque se ha preferido realizar grandes inversiones en otro tipo de juzgados, los de Violencia sobre la Mujer, que son unos juzgados penales de familia, que responden a otra concepción de las relaciones entre sexos, y familiares. La creación, en 2005, de estos juzgados, con nula planificación, además de crear un considerable caos en la organización judicial en España, pues ese modelo se inició con 14 juzgados exclusivos, cuando en pocos años se tuvo que aumentar el número a más de un centenar, ha incrementado en muchos casos la conflictividad y el sufrimiento que ya de por si conlleva toda ruptura de pareja, empeorando el trato hacia los menores que tienen la mala suerte de tener uno, o los dos progenitores, que no anteponen los intereses de sus hijos a los propios. Pero lo peor es que esos juzgados de violencia poco han contribuido a mejorar la atención a muchas de las mujeres en situación de riesgo grave por la violencia extrema a que las someten sus parejas, que mueren, o son gravemente lesionadas por éstas, sin que se hayan atrevido a denunciar, porque una denuncia sólo las puede colocar en una situación mayor de riesgo, ya que las solemos *despachar* con un papelito, con una orden de alejamiento, en los escasos minutos en que son atendidas, por el caos que provoca la llegada de miles de denuncias por hechos nimios. Y mientras tanto, abandonamos a miles de menores y a sus madres, que tienen que ocuparse en solitario de ellos, pues muchos padres no cumplen sus obligaciones, al resultar costoso y difícil exigírselas ante un servicio público, el de la justicia en España, mal organizada y carente de los medios y la coordinación necesaria. La conclusión es que teníamos algunos problemas, y ahora tenemos más.

Finalizaré con una anécdota personal. Hace unos años, una de mis hijas llegó a casa de la academia de inglés, a final de curso, diciéndome: “me han dicho que no parezco hija de padres divorciados”. Naturalmente me interesé en preguntar la razón, y me explicó que cuando una compañera le había pedido la dirección para enviarle una postal en vacaciones le dijo que tenía dos direcciones, la de casa de su padre y la de su madre, y entonces la niña le dijo que no parecía hija de padres separados porque se la veía siempre muy contenta. Lo que lamentablemente se deduce de este episodio es que es habitual que los hijos de separados evidencien lo difícil que les resulta gestionar el egoísmo y la inmadurez de sus padres, que los sitúan en el centro de un interminable conflicto, pues fácilmente ello es detectado por los demás niños. Eso es maltrato infantil, y una sociedad que quiera tener futuro no se lo puede permitir.

NOTAS.

(1). *"Los presos por violencia machista aumentan el 50% en un año"*. EL PAÍS, 30 de noviembre de 2009.

En noviembre de ese año había en España 4.161 presos por algún delito de violencia de género, frente a los 1.900 de finales de 2007. Los malos tratos en todas sus modalidades son el delito principal entre estos presos (1.248), seguidos de los quebrantamientos de una pena o medida de alejamiento (578 reclusos). Por el delito de amenazas había 574 presos, por lesiones 519 y por violencia habitual, 406. Los reclusos por delitos contra la vida sumaban 194, por agresiones sexuales de violencia de género había 189 y 25 por una falta de violencia de género. En 2009 pisaron la cárcel por primera vez 1.240 hombres por alguno de estos delitos.

(2) Un estudio del Consejo General del Poder Judicial sobre la aplicación de la Ley de Violencia sobre la Mujer revela que entre julio de 2005 y diciembre de 2008 ingresaron 600.141 denuncias, de las que se tramitaron 256.473 procedimientos penales. El 45,1% de ellos fueron sobreseídos (115.768) y 45.421 concluyeron con sentencias absolutorias (el 32% de los casos juzgados y el 17,7% de los casos tramitados). Fueron 95.284 asuntos los que finalizaron con sentencia condenatoria dictada por los Juzgados de Violencia sobe la Mujer, los Juzgados de lo Penal o las Audiencias Provinciales, lo que supone el 37,1% de los casos tramitados y el 68% de los juzgados. Y de los asuntos que acabaron en condenatoria, 42.014 fueron sentencias de conformidad (el 44,4% de las condenas dictadas). Por tanto, el 62,8 % (161.065), de los procedimientos tramitados no acabaron en sentencia condenatoria.

(3) La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, Sala de lo Civil, de 31-7-2008, recogía varios estudios señalando que: "el Informe de 1995 de la división 16 de la American Psychological Association ante la Comisión USA de Bienestar Infantil y Familiar concluía que "la custodia compartida se asocia con ciertos efectos favorables en los niños", sobre todo cuando se complementa con la mediación y los programas de educación parental, por lo que recomendaba "favorecer el incremento de la mediación, la custodia compartida y la educación de los progenitores". Lo mismo se desprende de otros estudios ampliamente difundidos, tales como el Informe Bauserman –Child Adjustment in Joint- Custody versus Sole- Custody Arrangements: A MetaAnalytic Review (2002)-, el informe Kelly –Children's adjustment in conflicted marriage amd divorce. A decade review of Research (2000)-, o el documento Bailly –Etat des connaissances scientifiques sur la résidence alternée (2002)-, entre otros muchos."

(4) La Asociación de Abuelos Separados de sus Nietos ha encargado en 2010 la única encuesta que se conoce sobre la aceptación de la custodia compartida entre la población española. El Instituto DYM encuestó a 2.000 personas de entre 16 y 75 años, de todas las comunidades autónomas, una muestra comparable a las encuestas mensuales que realiza el CIS, lo que le confiere un nivel de confianza del 95,5% y un margen de error inferior al 2,2%. La encuesta arrojó que el 80% de la población es favorable a la custodia compartida, porcentaje que se eleva al 86% en el área metropolitana de Madrid y al 89% en Valencia. Un 63% de los encuestados considera conveniente una reforma de la legislación actual sobre divorcio y el mismo porcentaje entiende que el hombre está discriminado legalmente respecto de la mujer.

(5) Según datos extraídos de la web del Instituto de la Mujer, en 1976 España era el segundo país de la actual Unión Europea con el mayor número de hijos por mujer, con 2,79, y sólo superada por Portugal, con 2,82. En la parte alta de la lista también se situaba Islandia, con 2,52. Entonces, la mujer alemana tenía una media de 1,51 hijos, las suecas 1,68 y las de los Países Bajos, 1,63.
Treinta años después, en 2005, España ocupaba uno de los últimos países, con 1,35 hijos por mujer, mientras que en Alemana (1,33), Suecia (1,76) y Países Bajos (1,69) apenas se habían producido variaciones. Pero ya en 1998, el número medio de hijos por mujer en España era de 1,16, lo que hace pensar que el aumento a partir de esa fecha está relacionado con el boom de la inmigración que vivió nuestro país en los primeros años del milenio.
Respecto a la edad media de maternidad, en 1985 se situaba en España en 28,44 años, la segunda más elevada de la Unió Europea tras Irlanda (29,70 años). La más baja era la de Bulgaria (23,9 años). Dos décadas después, en 2006, la edad media de la maternidad se había elevado a 30,88 años en España.

La tasa de actividad femenina en España (población ocupada o que busca trabajo respecto del total de la población femenina) era del 40,96% en 2001, mientras que en el trimestre de 2010 se situó en 51,70%. En cuanto a la población masculina, prácticamente se mantuvo inalterable y pasó del 66,55% al 67,95%. Por el contrario, la tasa de ocupación femenina aumentó en este tiempo de 34,7% a 41,84, mientras que en el caso de los hombres cayó del 61,47% al 54,39%. Pero la evolución más sorprendente se ha producido en la tasa de paro, pues la masculina (19,96%) ha superado por primera vez a la femenina (19,07%), mientras que en 2001 era del 15,25% entre las mujeres y del 7,62% entre los hombres. Sin embargo, hay un dato que resulta muy singular, como es que de los 2.498.600 ocupados a tiempo parcial que hay en España según la última encuesta de la población activa (EPA), 1.930.700 son mujeres.

En 1980, el porcentaje de mujeres españolas con estudios universitarios era del 4,13% de la población, y actualmente es del 17,95. En el caso de los hombres, por el contrario, ha pasado en ese tiempo del 6,44% al 15,85, También las mujeres ganan a los hombres en los estudios secundarios. Ahora son el 24,15% de la población femenina, frente al 4,67 del año 1980, mientras que los hombres son el 24,06% y hace treinta años eran el 8,9%.
En el curso académico 1980-81 el 44,01% de los alumnos universitarios eran mujeres. Treinta años después son el 54,32%, pero lo más importante es que en términos absolutos la cifra casi se ha triplicado (de 285.636 universitarias a 762.785), mientras que la de los hombres ni siquiera se ha duplicado (de 363.462 a 641.330), según el Consejo de Coordinación Universitaria, dependiente del Ministerio de Educación.

(6) FEDERACIÓN DE ASOCIACIONES DE MUJERES SEPARADAS Y DIVORCIADAS, Información y Propuestas al Proyecto del Gobierno sobre Modificación del Código Civil en materia de Separación y Divorcio. Madrid, 20 de septiembre de 2004.

(7) TERESA SAN SEGUNDO MANUEL *Maltrato y separación: repercusiones en los hijos*. Cuadernos de Derecho Judicial. Custodia compartida y protección de menores. CGPJ. Escuela Judicial. 2009.

(8) JOSEP TOMÀS VILALTELLA, jefe clínico de Paidopsiquiatría del Hospital materno infantil del Vall d'Hebron considera que son falsas el 60% de las denuncias de abuso sexual a menores interpuestas paralelamente a procesos de separación o divorcio y admite que las mujeres las utilizan con mayor frecuencia para obtener un resultado ventajoso en el proceso. Vilaltella opina que "por suerte, al hacer abordajes periciales, me he encontrado con jueces sensatos que se dan cuenta del engaño" (LA RAZÓN, 8 de junio de 2004) y añade que esta situación perjudica mayoritariamente a maridos inocentes, pero también a mujeres que realmente sí son víctimas de la violencia doméstica.

(9) La memoria de la Fiscalía General del Estado correspondiente al año 2009 alerta de este fenómeno. Si en 2007 se abrieron 2.683 diligencias por agresiones de hijos menores a sus progenitores, dos años después se incoaron 5.201 asuntos.

(10) Según el Instituto Nacional de Estadística, las guardias y custodias compartidas concedidas en el año 2008 sólo representaron el 9,6% del total. El porcentaje de atribución monoparental a la madre fue del 85,7% y al padre, del 4,7%.

(11) *Mujeres, trabajo y custodia compartida*. María Sanahuja EL PAIS, 16 de junio de 2010.

(12) La estadística oficial demuestra que la aplicación de la Ley de Violencia Doméstica ha aumentado casi un 5,5% la contenciosidad en las separaciones y divorcios en los tres primeros años de su aplicación. Así, mientras en 2005 se produjeron en España 136.876 rupturas, 88.398 (64,6%) fueron de mutuo acuerdo y 48. 488, contenciosas (35,4%). En 2008 las rupturas fueron 136.841. En 80.899 casos hubo acuerdo entre los cónyuges y 55.949 fueron contenciosos. Es decir, los porcentajes variaron a 59,1 y 40,9%, respectivamente.

(13) Resultan muy interesantes las reflexiones sobre lo inevitable del conflicto, y los modos de gestionarlo, entre nuestros parientes primates, incluida la necesaria mediación entre contendientes masculinos que realiza la hembra de mayor rango y autoridad, que FRANS DE WAAL hace en su libro *El Mono que llevamos dentro*, de Tusquets editores, colección Metatemas, al cuidado del equipo científico del Museu de la Ciència de la Fundació "La Caixa".

(14) En 2009 se incrementaron en España un 24% los delitos contra las relaciones familiares en relación a 2008. Según datos de la Fiscalía General del Estado, se iniciaron 29.827 procedimientos por este motivo, de los que casi todos se correspondían con denuncias de abandono de familia en sus distintas manifestaciones. Así, hubo 19.219 asuntos de impagos de pensiones, tanto de alimentos como compensatorias, tras la ruptura matrimonial.

(15) VICENTE GARRIDO, profesor de Psicología y Pedagogía Correccional en la Universidad de Valencia ha descrito este fenómeno en el libro *Los hijos tiranos. El síndrome del Emperad*or (Editorial Ariel, 2006). Y desde el Centre D'Estudis Juridics de la Generalitat de Catalunya se impulsó un interesante estudio sobre el tema.

(16) *La conjura de los machos. Una visión evolucionista de la sexualidad humana.* AMBROSIO GARCÍA LEAL, de la colección Metatemas, de Tusquets editores.
El lado oscuro del hombre. Los orígenes de la violencia masculina. MICHAEL P. GHIGLIERI, de la colección Metatemas, de Tusquets editores.

(17) JOSÉ MANUEL AGUILAR en C*on mamá y con papá,* editado por Almuzara, recoge en la pág. 107, las referencias de varias investigaciones que evidencia que aquellos padres que ven frecuentemente a sus hijos pagan en un mayor porcentaje la pensión, y el importe de ésta es mucho más alta.