



·	Información Previa:	830/2007
·	Fecha Incoación:	21.06.2007
·	Registro Entrada:	33037/2007 34933/2007
·	Procedencia:	Gallego Gonzalez, Maria José TSJ DE MURCIA, SALA DE GOBIERNO
·	Órgano afectado:	JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA NUMERO 9 DE MURCIA
·	Titular:	FERRIN CALAMITA, FERNANDO
·	Propuesta:	EXPEDIENTE DISCIPLINARIO

ANTECEDENTES

El día 20 de junio de 2006 ha tenido entrada en el Servicio de Inspección del Consejo General del Poder Judicial, escrito presentado por Doña María José Gallego González, en el que pone en conocimiento del Consejo la actuación del Magistrado-Juez de Primera Instancia nº 9 de Murcia, Don Fernando Ferrin Calamita, en la vista de medidas provisionales -demanda de divorcio nº 655/07-, y las expresiones y razonamientos vertidos en el auto de 6 de junio de 2007 en el que se le retira la custodia de sus hijas por el hecho de ser lesbiana, por si las mismas fueran constitutivas de una falta muy grave descrita en el art. 417 de la LOPJ.

Los hechos que expone, en síntesis, son los siguientes:

- El 2 de abril presentó demanda de divorcio con solicitud de medidas provisionales que fueron turnadas al Juzgado nº 9 de Murcia, autos nº 655/07.
- La vista de medidas provisionales tuvo lugar el pasado 29 de mayo de 2007 y en la misma, SS^a insistió hasta la saciedad en indagar cual era la causa de divorcio y, sobre todo, si era debido a *"una posible relación homosexual de la madre"*,



diciendo que si eso se demostraba no daría la custodia a la misma, a pesar de que el informe de la psicóloga así lo aconsejaba y así lo pedía el Ministerio Fiscal.

- Como resultado de la vista, el Juez dicto el auto de medidas provisionales de 6 de junio de 2007, del que la interesada llama la atención sobre las siguientes expresiones incluidas en el razonamiento jurídico primero:
 - Compara el divorcio con la hipoteca, cuestionando la Ley 15/05 de reforma del Código Civil en materia de separación y divorcio (Razonamiento Jurídico Primero)
 - Cuestiona la Ley de violencia de género, exponiendo que hay un sin numero de denuncias falsas y al marido *"se le coloca al borde del abismo"*
 - Equipara la condición de toxicómano, pederasta, prostituta y pertenencia a una secta satánica con la homosexualidad.
 - Considera que una supuesta relación homosexual perjudica a los hijos, *"porque los hijos tienen derecho a un padre y a una madre", "por sentido común", "porque el hombre y la mujer son complementarios entre sí. Dos mujeres o dos hombres no", "porque la relación homosexual influye en la dejación de funciones parentales" y "porque el ambiente homosexual perjudica a los menores y aumenta sensiblemente el riesgo de que los hijos también lo sean."*
- El Magistrado toma partido por una de las partes, poniéndose en su lugar. Así hablando del demandado dice *"cualquier cónyuge en su situación estaría así"*, y termina



indicando que *"la madre tendrá que elegir entre sus hijas o la nueva pareja."*

Adjunta copia del Auto de 6 de junio de 2007.

La Sección de Informes, a la vista de los hechos expuestos en el escrito de queja, incoó la presente Información Previa, en la que se ha recabado informe al Secretario Judicial, interesando así mismo, la remisión de copia del soporte videográfico de la vista de los autos de medidas provisionales nº 655/07 a que se refiere la misma y que ha tenido entrada en el Servicio de Inspección el día 23 de julio de 2007.

Mediante Nota de Servicio de 4 de julio de 2007, la Unidad de Atención al Ciudadano remitió al Servicio de Inspección, a los efectos del art. 6.3 del Reglamento 1/98, expediente gubernativo 168/07 incoado por el Tribunal Superior de Justicia de Murcia, en virtud de escrito de queja formulado por el Abogado Don Felipe Ortiga Sánchez, en relación con el auto dictado por el Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 9 de Murcia, que afirma vulnera los derechos de su cliente. Expone su intención de solicitar su recusación y formular denuncia ante el Consejo y ante el Tribunal Constitucional.

Consta en el expediente remitido por el Tribunal Superior, Acuerdo de 14 de junio de 2007, del Excmo. Sr. Presidente del TSJ en el que, entre otros extremos se indica:

" Examinado el contenido de la queja y, en particular, atendidas determinadas expresiones utilizadas en el Auto de fecha 6 de junio de 2007 .- copia del mismo adjunta-, así como advirtiéndole que contra dicha resolución no cabe recurso alguno, procede remitir las actuaciones al Consejo General del Poder Judicial, Comisión Disciplinaria, a los efectos prevenidos en el art. 423.2, por si fuera constitutiva de falta disciplinaria grave.

Procede, por todo lo expuesto,

DECIDO:

Remitir las presentes actuaciones al Consejo General del Poder Judicial, Comisión Disciplinaria, a los efectos prevenidos en el artículo 423.2 de la LOPJ."



Finalmente, con fecha 24 de julio de 2007 ha tenido entrada en el Servicio de Inspección del Consejo, escrito presentado por Doña Altamira Gonzalo Valgañón, en calidad de Presidenta de la Asociación de Mujeres Juristas Themis y como mandataria verbal de diversas Federaciones y Asociaciones, mediante el que formula escrito de queja por el contenido del Auto de Medidas Provisionales de 6 de junio de 2007 dictado por el Juzgado de Primera Instancia nº 9 de Murcia.

Afirman, en resumen, que en el indicado Auto se vierten expresiones que no se ajustan a la realidad; expresiones claramente inconstitucionales y descalificaciones hacia el ordenamiento jurídico, en concreto, hacia la Ley Integral contra la Violencia de Género y los artículos 44 y 92.8 del Código Civil. Solicitan al Consejo que se adopten las medidas disciplinarias o de cualquier otra índole para corregir al Juez firmante, ordenándole que en lo sucesivo se abstenga de verter sus creencias personales en sus resoluciones, limitándose a cumplir y hacer cumplir el ordenamiento jurídico.

CONSIDERACIONES

Dos son las cuestiones que se plantean en la presente Información Previa y que deben ser objeto de nuestro análisis.

En primer lugar, si ha existido o no un trato desconsiderado por parte del Juez hacia la Sra. Gallego y, en segundo, si las expresiones vertidas en la resolución de fecha 6 de Junio de 2.007 pueden incardinarse en la falta disciplinaria regulada en el artículo 418-6 de la LOPJ.

Respecto al primero de los extremos mencionados, hemos de decir que de la Sentencia de la sala Tercera del Tribunal Supremo, Sección 7ª, de 14 de Julio de 1.999, se desprende que la responsabilidad disciplinaria de los Jueces y Magistrados por la infracción de los deberes y obligaciones



que tienen como integrantes de un Poder del Estado, se articula a través de un régimen jurídico, de carácter disciplinario, que persigue el correcto orden del Poder Judicial, tanto en su funcionamiento interno, como en su imagen o proyección externa, con la que ha de aparecer ante la sociedad a fin de cumplir con las debidas exigencias constitucionales derivadas de su función pública. Por ello, las faltas establecidas en los artículos 418-5 y 419-2 de la L.O.P.J no implican respuesta sancionadora alguna a un agravio personal de un Juez a un ciudadano o a un inferior jerárquico, sino que, en realidad, suponen una respuesta jurídico-disciplinaria con respecto al proceder observado por un miembro de la carrera judicial en relación con las personas y profesionales de la Administración de Justicia con que pueda tener relación funcional, en la medida en que esa conducta llevada a cabo pueda atentar al buen orden del Poder judicial y a las correctas manifestaciones externas de los integrantes de ese Poder en el ejercicio de su función jurisdiccional.

No podemos olvidar tampoco que, el Tribunal Supremo, entre otras en la Sentencia de la Sala Tercera de 24 de Abril de 1.998, dice que este ilícito disciplinario, no constituye per se una ofensa al honor, como el tipo penal de injuria , sino una conducta de diferente entidad, relacionada con la urbanidad y los buenos modos exigiéndose, para poder hablar de la misma una determinada voluntariedad de la conducta que la constituye, por medio de una concreta actitud de descalificación.

Pues bien, dicho esto y una vez que se ha procedido al visionado de la cinta de video en la que consta el desarrollo de la vista, que obra en las actuaciones, podemos afirmar, salvo superior criterio, que el trato dispensado por el Magistrado, Sr. Ferrín Calamita, a la Sra. Gallego ha sido correcto en todo momento.

Cuestión distinta es que tanto ella como su Letrado puedan discrepar con la decisión judicial de admitir o efectuar incluso ciertas preguntas a la propia actora o a los testigos. Sin embargo, la función de determinar la procedencia o improcedencia de las pruebas propuestas por las partes, así como la pertinencia o impertinencia de las preguntas que se efectúen en el



acto de la vista, le corresponde exclusivamente al Juez, de conformidad con lo establecido en el artículo 186 de la LEC como una de las manifestaciones del poder de dirección del debate procesal.

Se ha tratado, además de preguntas cuya realización el Magistrado justifica, en diversas ocasiones, en que sus respuestas le resultan necesarias para poder decidir sobre la custodia de las hijas menores cumpliendo su obligación velar siempre por el interés de las mismas.

Se trata así, entendemos, de un tema cuyo control, en este punto, debe resultar ajeno al CGPJ según se puede deducir de lo dispuesto en el artículo 12 de la LOPJ.

Debe señalarse, en primer lugar, que por lo que a la actuación de Jueces y Magistrados se refiere, la labor inspectora y , en su caso, disciplinaria, que legalmente le corresponde al Consejo General del Poder Judicial ha de tener por objeto la indagación de conductas que pudieran ser constitutivas de faltas disciplinarias, y tiene vedado el examen de la tarea de interpretación y aplicación de las leyes, que encarna el núcleo de la función jurisdiccional.

En este sentido, la jurisprudencia del Tribunal Supremo, entre otras en las sentencias de 22 de febrero de 2002 y 3 de abril de 2003 establece que las potestades de inspección y disciplinaria que corresponden al CGPJ, están referidas a la comprobación del funcionamiento de la Administración de Justicia, y a la vigilancia de las obligaciones que, según su estatuto profesional, incumben a Jueces y Magistrados, y esas potestades tienen como límite el respecto a la exclusividad de la función jurisdiccional.

Por ello, los órganos de Gobierno del Poder Judicial carecen de atribuciones para revisar el ejercicio de esa potestad jurisdiccional que, por mandato constitucional, corresponde en exclusiva a Juez y Magistrados, a través de los recursos que las leyes procesales establezcan



Por otra parte, la observancia de las normas de procedimiento, según lo establecido en el art. 117.3 de la Constitución, es una exigencia directamente referida a la potestad jurisdiccional, y, por ello es también distinta a las obligaciones estatutarias que incumben al Juez.

Tampoco podrán los Jueces y Tribunales, órganos de gobierno de los mismos o el Consejo General del Poder Judicial dictar instrucciones, de carácter general o particular, dirigidas a sus inferiores, sobre la aplicación o interpretación del ordenamiento jurídico que lleven a cabo en el ejercicio de su función jurisdiccional (art. 12 LOPJ).

Entrando ya en el estudio del segundo de los extremos mencionados en la queja, debemos comenzar por indicar cual es el contenido de la resolución judicial cuyas expresiones se ponen en tela de juicio.

Su tenor literal es el siguiente:

“HECHOS: PRIMERO.-Por la representación procesal de la actora , D^a MARÍA JOSÉ GALLEGO GONZÁLEZ , se formuló mediante otrosí de la demanda principal de DIVORCIO , solicitud de Medidas Provisionales frente a la parte demandada , D. JOSÉ MARÍA BLAYA MUÑOZ.

SEGUNDO.- Se ha celebrado la comparecencia prevenida en la ley a la que fueron citadas las partes y el Ministerio Fiscal y se practicaron las pruebas propuestas , que se declararon pertinentes con el resultado que consta en autos.

RAZONAMIENTOS JURIDICOS: PRIMERO.- Se coloca a este juzgador en el difícil trance de decidir sobre la custodia de las menores Elena y Paula, al reclamar ambos progenitores la custodia exclusiva. Entiendo que no debería ser así. Como en muchos otros países de nuestro entorno (Francia, Italia, Holanda, Suecia, EE.UU.) , debería existir una Ley de Mediación Familiar Obligatoria , y la custodia compartida debería ser la regla general, y la custodia monoparental la excepción, cuando se demuestre que hay justa causa para no asignarla a los dos. Desde la CE 1978 y sus artículos 10 (de interpretación de los Tratados y Acuerdos Internacionales) y 14 (igualdad ante la Ley, sin que pueda producirse discriminación por razón de sexo), y más tarde con la modificación del art. 159 CC por Ley 11/1990, de 15 de octubre (que



venía a atribuir la custodia automática de los menores de siete años a la madre, precisamente en desarrollo del principio de no discriminación por razón de sexo) , hay que atender sin más al interés del menor (art. 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño de la ONU de 1989, art. 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de Protección Jurídica del Menor , y arts. 92, 156, 158, 159 y 160 CC) , sin otorgar prevalencia a ninguno de los progenitores. Y hay sentencias de la denominada jurisprudencia menor que vienen a decir que estando ambos progenitores capacitados para asumir la custodia no hace falta prueba psicológica o del Gabinete adscrito al Juzgado.

En la comparecencia de medidas provisionales del pasado día 29 de mayo tanto el Fiscal como el Letrado de la actora parecían partir de la regla antigua e inconstitucional de atribuir a favor de la madre una especie de presunción iuris tantum de que ella es la más idónea para asumir la custodia de las hijas, mayores por ende de siete años, de modo que es el padre el que tendría que destruir esa presunción demostrando que él es un buen progenitor, que se ocupaba de las menores, de sus estudios, etc. No se trata de eso. Se trata de que, a no mediar prueba en contrario, ambos están capacitados para asumir la custodia de las menores. Lo han estado durante casi doce años de convivencia matrimonial, y ahora no cabe decir que el padre no lo está. Es más, la propia esposa reconoce en su entrevista con la psicóloga que su marido está igualmente capacitado para asumir la custodia de las hijas. Y el interés de las menores exige por regla general unas relaciones fluidas con ambos progenitores, a no mediar causa grave que aconseje otra cosa.

Se dice que con la actual normativa en la materia, Ley 15/2005 de reforma del CC en materia de separación y divorcio (conocida como " ley del divorcio-express o del divorcio-repudio) no hay que entrar en la causa de divorcio, sino sólo en las medidas, ya que el divorcio según su Exposición de Motivos viene configurado como un derecho de la personalidad (i i) como el derecho de todo cónyuge a no permanecer ligado por más tiempo al otro (¿ por qué no se concede verbigracia la misma opción de desligarse de la obligación hipotecaria respecto de la entidad financiera, que nos tiene atados a la mayoría de los españoles veinte o treinta años, llevándose un porcentaje importante de nuestros ingresos?) Estoy de acuerdo en que desde 1981 no hay inocentes ni culpables. Precisamente la atribución a uno solo de los progenitores de la custodia favorece el que se entre a veces en la causa de divorcio. Ahí está la Ley de Violencia de Género (sobre cuyo ajuste a la CE



está pendiente de pronunciarse el TC) y el sinnúmero de falsas denuncias de mujeres que está produciendo, contra las que por ende no se procede cuando la denuncia se archiva, en tanto que al marido se le coloca al borde del abismo, de perder todo aquello por lo que ha luchado en la vida, y para que se lo piense se le hace pasar uno o dos días en los calabozos, antes de que se le tome declaración. Si son ciertos los malos tratos, adelante y dureza en la sanción punitiva, pero lo que no puede ser es lo que está pasando, y que ha denunciado entre otros la Jueza Decana de Barcelona.

No se ha de entrar pues en la causa de la ruptura , a menos que salga a relucir y ésta perjudique a las menores. La condición de toxicómano, pederasta, prostituta, pertenencia de tino de los progenitores a una secta satánica, etc., entiendo que afecta negativamente a los hijos, al igual que una relación heterosexual del progenitor custodio puede perjudicar a los menores y servir de base para un cambio de custodia (sobre ello hay abundante jurisprudencia menor) ; pues lo mismo la de homosexual. Ésta última, de acreditarse debidamente, podría dar lugar incluso a la nulidad del matrimonio por error en las cualidades esenciales del otro contrayente (artículo 73. 4 CC), ya que requisito esencial del matrimonio " tradicional ", e l que h a venido imperando desde tiempo inmemorial hasta la desafortunada y, posiblemente, inconstitucional reforma del art. 44 CC , la misma clase de matrimonio que hace casi doce años contrajeron en forma canónica los litigantes, es la heterosexualidad, de tal manera que su ausencia, por la existencia de una orientación homosexual , puede inducir al error esencial en el otro contrayente y constituirse en un vicio del consentimiento que conlleve la nulidad matrimonial. ¿ Por qué la condición homosexual perjudica a los hijos ? . Pues, en definitiva, y como decía el demandado, porque los hijos tienen derecho a un padre y a una madre, no a dos madres o a dos padres. Los más prestigiosos especialistas así lo determinan.. No hace falta siquiera para ello ser especialista : el sentido común que a veces es el menos común de los sentidos) así lo dice. El hombre y la mujer son complementarios entre sí. Dos mujeres o dos hombres, no.

No se trata de que los menores presencien un acto sexual o que vean que su progenitor se tumba en la misma cama a dormir con otra persona del mismo sexo como si de dos hermanas se tratara, o que la condición homosexual no influya en una dejación de funciones parentales. Influye, y mucho. Es el ambiente homosexual el que perjudica a los menores, y que aumenta



sensiblemente el riesgo de que éstos también lo sean. Los hijos menores tienen derecho a una protección integral (art. 39 CE), y el art. 154 CC comprende entre los deberes de los padres el de procurar a sus hijos una formación integral. Esa formación integral es imposible que se la de un progenitor homosexual, por mucho respeto que merezcan las personas homosexuales, pero aquí prevalece el interés del menor. El Convenio Europeo sobre Derechos del Niño de 1989 obliga a los Estados Partes a tomar todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares. Toda persona mayor de edad es capaz de autodeterminarse libremente, pero los hijos menores de edad tienen también sus derechos , y en el conflicto prevalecen estos. No en vano le han traído al mundo y deben hacer de él una persona feliz, de modo que el día de mañana pueda leer libremente, y no de forma condicionada.

Si he permitido en la comparecencia , por tanto, entrar en la causa de divorcio (contra las continuas protestas del Letrado de la actora) ha sido, no porque civilmente la actora no sea libre (que lo es, evidentemente) de tener las relaciones que quiera y con quien quiera, sino por la influencia que esa relación pudiera tener en las menores. También un progenitor es libre de cambiar su residencia a donde tuviere por conveniente (art. 19 CE), pero si eso perjudica a los menores pierde la custodia.

En esta fase inicial, y apreciando conforme a las reglas de la sana crítica las pruebas practicadas en la comparecencia, hay suficientes indicios de que es cierto lo alegado por el demandado, es decir, que la relación se rompió en noviembre de 2006 por una relación homosexual mantenida en la propia vivienda familiar por la actora con una tercera persona que ha depuesto como testigo, cuando las menores estaban durmiendo en la habitación de al lado, y el demandado en otra, pues ambas habían salido y al ver que tardaban en regresar, se acostó en otra cama. El esposo conocía lo que él creía que era una mera amistad, y sabía que la mujer iba a venir a pasar la noche a su casa , ignorando que había algo más que una mera amistad .

La conducta de la actora en esta litis no es coherente, y ha entrado en contradicciones con la testigo Dña. M^a Dolores. No había desavenencias graves en el matrimonio hasta que el demandado las sorprendió in fraganti en una



habitación de la casa . La relación era espléndida, vino a decir D^a Teresa. La conducta del demandado, por el contrario, guarda armonía y es en todo momento coherente sólo busca el interés de las menores. Es lógico que en estos momentos sufra una situación de desconcierto y rabia, y que no acepte ni comprenda la situación. Cualquier cónyuge en su situación estaría así.

En cuanto al informe de la psicóloga, resulta sectario, incompleto (la nueva relación de la actora está en la consulta cuando entrevistó a ésta y no la entrevista a ella; no llama a los abuelos paternos y maternos, ni a la tía materna, que parece ser que están todos del lado del padre, y no por la urgencia del caso, sino por cuestiones crematísticas); aporta un resumen de las entrevistas y pruebas practicadas, pero no los documentos, materiales y elementos a que se refiere el art. 336.2 LEC) e incoherente, pues viene a decir en una escala de 9 rebajado a 8 en la comparecencia) sobre 10 que la esposa manipula y falta a la verdad, mientras que el esposo es sincero, y , sorprendentemente, llega a la conclusión, no se sabe por qué, de que es la madre la más idónea para asumir la custodia de las menores, cuando por los dibujos Paula se inclina por el padre y Elena por la madre. Dice (la psicóloga) que es que se la pidió que se decantara por alguno de los progenitores. No es cierto. Aunque eso fuera así, si de su estudio se desprende que ambos son idóneos, así lo tenía que haber manifestado. Ella misma vino a decir a preguntas más que quizá la mejor solución sea una custodia compartida, aunque en estos momentos es difícil por lo reciente de la ruptura. Aunque así sea. Las medidas judiciales tienen una vocación de permanencia, salvo cambio sustancial y sobrevenido de circunstancias, y esa fase inicial de " divorcio emocional " se supera. Entre las ventajas de una custodia compartida está precisamente el que favorece la superación de los conflictos , por cuanto obliga a mantener un diálogo abierto entre los progenitores que conllevaría una disminución de la tensión y conflicto existente entre ellos.

El caso es que ambos progenitores están en similares circunstancias personales, laborales y de ingresos.

La actora se negó a la custodia compartida, oponiendo así una especie de derecho de veto, avalado por el Fiscal, inaceptable e inconstitucional, sabedora de que estadísticamente prácticamente seguro que se llevaba la custodia de las hijas. El art. 92.8 CC es claramente inconstitucional por vulnerar el art. 117 CC. Así lo ha venido a decir el CGPJ, y entre las



Conclusiones de los Encuentros de Jueces de familia en noviembre de 2005 se viene a decir que " Encuanto a la procedencia de la custodia compartida en los casos en los que el ministerio Fiscal emita informe desfavorable, se ha de interpretar la norma de forma sistemática, en el sentido de que esta circunstancia no impedirá que el juez, a pesar de dicho informe desfavorable, apruebe la guarda y custodia compartida cuando motivadamente considere que es lo más adecuado para el menor. No puede prevalecer la opinión del Ministerio Fiscal, puesto que ello podría ser inconstitucional, al limitar la condición decisoria del juez. No obstante, se estima que sería conveniente que, por reforma legislativa, se suprimiera el requisito de que el informe del fiscal tenga que ser favorable, y se diera una redacción similar a los casos de custodia compartida por acuerdo de los progenitores, en los que la ley dice que es necesario el previo informe del ministerio fiscal, con independencia del sentido del mismo.

Yo entiendo que el Juez no puede sustituir al legislador. Mientras esté vigente tal precepto sustantivo, cuya redacción definitiva fue fruto de un error en la votación en el Congreso del grupo gobernante , ha de acatarse o plantear la cuestión de inconstitucionalidad, facultad ésta de la que quizá haga uso en su momento. Pero ahora han de regularse provisionalmente y sin demora las consecuencias de la ruptura matrimonial.

Considero en definitiva que, como mínimo y de entrada, si se considera que la condición u orientación sexual (como eufemísticamente ahora se llama) no influye en la educación de las hijas, lo que procedería sería una custodia compartida, en la que las menores permanecieran en el domicilio familiar de la Calle Greco, donde tienen su ambiente y su Colegio, y los padres se fueran turnando en la custodia de forma alternativa y por períodos de tiempo más o menos largos.

Como ello no lo puedo acordar, al estar atado de pies y manos por la reforma de julio de 2005, por no haberla pedido nadie, contrariando principios elementales de Derecho de familia a los que alude verbigracia la SCT 15-1-2001 (en esta materia no rige el principio de rogación o instancia de parte ni el de congruencia, de modo que el Juez puede dar la custodia a quien no la ha pedido, o, habiéndola pedido los dos, a un tercero o a la Entidad Pública, sea cual sea el informe del Fiscal; pero, con la nueva reforma, no puede atribuir la custodia a los dos en un proceso contencioso del art. 770 LEC



como en el que nos encontramos), y considerar que la orientación homosexual de uno de los progenitores sí influye negativamente en la educación y crecimiento armónico de las hijas, me veo en la obligación de atribuir la custodia al padre la custodia de Elena y Paula. La STC 1-4-1984, en un caso similar, implícitamente admite la influencia negativa del progenitor homosexual en la educación de la prole, aunque viene a otorgar el amparo dado que la sentencia de la Audiencia Provincial no daba tal condición por terminantemente probada, por lo que no se había desvirtuado la presunción de inocencia, que también rige en esta materia. En esta fase inicial, sin perjuicio del resultado de la vista principal, se considera suficientemente acreditado el perjuicio para las hijas que se deriva de la relación que la madre mantiene con una tercera persona, y que lógicamente no se limita a un hecho aislado (lo sucedido en el domicilio familiar en noviembre pasado), ya que se mantiene en el tiempo, yendo los fines de semana al domicilio de esa tercera persona con las hijas. La madre tendrá que elegir entre sus hijas o la nueva pareja.

***SEGUNDO.** - Finalmente, existe jurisprudencia menor y resoluciones de la DGRN en el sentido de que si bien en principio es la sentencia firme la que ex lege produce la disolución de la sociedad de gananciales (art. 95 y 1392 CC), en los supuestos de ruptura fáctica de la convivencia conyugal libremente consentida con anterioridad a la demanda, nada obsta a retrotraer los efectos al momento del cese convivencial (SAP Madrid, Sección 22a, de 4-11-2005). No constando en este caso la fecha concreta del cese, se estará a la fecha de presentación de la demanda. El Encargado del Registro Civil no puede sin extralimitarse, ha dicho recientemente la DGRN, entrar a calificar esta medida acordada por un Juez en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales.*

Vistos los artículos citados, art.156, párrafo último,159, 160 Cc y demás de general y pertinente aplicación.

***PARTE DISPOSITIVA:** Que debo acordar y acuerdo las siguientes medidas provisionales que han de regir hasta que recaiga sentencia definitiva en esta instancia.*

1ª: La disolución en su caso de la sociedad de gananciales.

2ª. La atribución al padre de la custodia de las menores Elena y Paula, permaneciendo compartida la responsabilidad parental.



3ª.- La atribución al padre e hijas del uso de la vivienda familiar de la Calle Greco, nº 5-5º D de esta ciudad, con sus hijas Elena y Paula. La madre abandonará la vivienda a lo más tardar el día siguiente a la finalización de los exámenes de las niñas el presente mes de junio, pudiendo llevarse exclusivamente las ropas y enseres de uso personal. A partir de ese día, el padre tendrá consigo a sus hijas hasta el 1 de agosto de 2007, fecha en la que la madre podrá hacerse cargo de sus hijas a las 11 h. hasta el 2 de septiembre a las 20 h, en que las devolverá al domicilio paterno. Durante ese período, la madre no podrá salir con sus hijas de la Región de Murcia.

3ª.- En concepto de alimentos para las menores, la madre abonará por meses anticipados, en los cinco primeros días de cada mes y en la cuenta corriente que designe el padre, la cantidad de 450 euros, cantidad que se actualizará anualmente conforme a las variaciones del IPC.

Los gastos extraordinarios serán sufragados por mitad, considerándose como tales, sin ánimo exhaustivo, los de inicio de curso, clases particulares, ortodoncia, intervenciones quirúrgicas no cubiertas por la Seguridad Social o seguro privado, etc.

Contra este auto no cabe recurso alguno .

Así lo dispone, manda y firma el Ilmo. Sr. D. Fernando Ferrin Calamita, Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia núm. Nueve (Familia) de Murcia."

Tras su lectura debemos analizar en cual de las faltas disciplinarias que se regulan en los artículos 417 a 419 podría incardinarse esta conducta.

El apartado 6 del artículo 418 de la LOPJ dispone que es falta grave la utilización en las resoluciones judiciales de expresiones innecesarias o improcedentes, extravagantes o manifiestamente ofensivas o irrespetuosas desde el punto de vista del razonamiento jurídico. En este caso, el Consejo General del Poder Judicial solo procederá previo testimonio deducido o comunicación remitida por el tribunal superior respecto de quien dictó la resolución, y que conozca de la misma en vía de recurso.



En la presente Información Previa al tratarse de un auto contra el que no cabía recurso alguno, el TSJ de Murcia acordó que “examinado el contenido de la queja y, en particular, atendidas determinadas expresiones utilizadas en el Auto de fecha 6 de junio de 2007 -copia del mismo adjunta-, así como advirtiendo que contra dicha resolución no cabe recurso alguno, procede remitir las actuaciones al Consejo General del Poder Judicial, Comisión Disciplinaria, a los efectos prevenidos en el art. 423.2, por si fuera constitutiva de falta disciplinaria grave”.

La principal cuestión debatida en el presente caso gira sobre la determinación de cuales han de ser los límites a los que han de ajustarse los términos empleados por las resoluciones judiciales para expresar la argumentación en la que concreten la motivación a la que, por imperativo constitucional y legal, vienen obligadas.

Las resoluciones judiciales, más allá de los datos que identifican a las partes, al asunto y al Órgano Judicial que interviene, deben limitarse a exponer los términos de la controversia que afrontan y las razones jurídicas que conducen a la decisión que adoptan. No son cauce ni pueden serlo en ningún caso para expresiones ajenas a esos contenidos.

Los Jueces, como titulares del Poder Judicial, deben estar sometidos a la servidumbre personal de refrenar determinadas reacciones y expresiones, pues se trata de una situación en la que la dimensión de relación de poder se enturbia cuando la objetividad en el ejercicio del mismo en todas y cada una de sus expresiones se sustituye por actitudes inadecuadas en las que el titular del poder del estado se sitúa en una posición de pura relación personal, dando lugar a lo que podrían ser actitudes tolerables en las relaciones interprivatos, pero que no lo son en las relaciones de un titular del Poder Judicial con quien se dirige a él en esa consideración.

Con esas expresiones que ha incluido en el auto que ha sido transcrito se está quebrantando la confianza social en los Tribunales que resulta inexcusable en una sociedad democrática para cumplir adecuadamente su cometido constitucional.



Ese deber de lealtad, con las consecuencias que de él se derivan , es incuestionable en Jueces y Magistrados. No solo resulta del Art. 9-1 de la Constitución, sino que hay que considerarlo la principal obligación de su régimen estatutario, en virtud de lo establecido en el art. 318-1 de la L.O.P.J. La promesa o juramento que en este precepto se impone es la solemne formalización de ese esencial compromiso de lealtad constitucional.

Conforme a todo lo expuesto , entendemos, salvo superior criterio, que las expresiones empleadas en el auto origen de la presente han traspasado los límites permitidos encuadrándose claramente en la conducta descrita en el apartado 6 del Art. 418 de la L.O.P.J.

PROPUESTA:

Se propone la incoación de un expediente disciplinario al Magistrado I Imo. Sr. Don Fernando Ferrin Calamita, por la posible comisión de la falta disciplinaria grave recogida en el art. 418-6 de la L.O.P.J.