

La custodia compartida, el interés del menor y la neutralidad de género

POR AGURTZANE GOIRIENA LEKUE.

Profesora Colaboradora de Filosofía del Derecho.
Departamento de Derecho Constitucional,
Administrativo y Filosofía del Derecho.
Facultad de Derecho. Universidad del País Vasco.

1.- INTRODUCCIÓN

La reciente aprobación del Proyecto de Ley de modificación del Código Civil en materia de separación y divorcio ha reabierto la polémica acerca de la guarda compartida de los hijos e hijas comunes en situaciones de separación o divorcio. Con objeto de aportar algunas reflexiones sobre esta controvertida cuestión, considero que los ejes sobre los que gira la discusión son a mi modo de ver, dos. En primer lugar, si el interés superior del/la niño/a es el que debe protegerse por encima de cualquier otro interés legítimo que pudiera haber en un proceso de separación o divorcio, habrá que determinar cuál es el contenido del interés del menor en la guarda, siquiera de manera abstracta, toda vez que el interés en concreto de un menor determinado tendrá que ventilarse en el juicio correspondiente atendiendo a las pruebas practicadas en el mismo. En segundo lugar, debemos evaluar si la aplicación judicial del principio de interés del menor no está sesgada por el género, o si por el contrario existe algún tipo de discriminación en base al sexo¹. Es decir, analizar si el principio del interés superior del niño y el principio de igualdad entre mujeres y hombres entran en conflicto en la atribución judicial de la guarda en los casos de separación y divorcio en la actual regulación y si el régimen de custodia compartida aúna el respeto por ambos principios.

2.- EL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL/LA NIÑO/A

El interés del/la menor es un principio jurídico general producto de la evolución ideológica y social de los derechos de la personalidad que permite analizar los intereses existentes en las relaciones familiares y en general en todas las relaciones interpersonales en que participen los menores, afrontando los conflictos de intereses desde la óptica de la primacía del interés del menor². Esta nueva valoración se fundamenta en una mayor atención a las necesidades de toda índole del/la niño/a como persona y, particularmente, en cuanto persona vulnerable y en formación. El principio,

1

Retomamos aquí la distinción analítica entre sexo y género de la socióloga inglesa A. Oakley, para quien el “sexo” sería un atributo biológico, mientras que el “género” hace referencia a lo psicológico y a lo cultural. Aunque dicha distinción ha sido puesta en cuestión a partir de 1990, toda vez que comienza a demostrarse que también el sexo se construye socialmente, y no sólo el género, como se había planteado hasta ese momento. En este artículo, utilizo el término “género” para designar el carácter cultural de los atributos y funciones de las mujeres y los hombres.

2

Véase RIVERO HERNÁNDEZ, F. *El interés del menor*, Dikynson, Madrid, 2000.

3

El mencionado Principio 2 dice textualmente “El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño”.

4

HUAITA ALEGRE, M. “Derecho de custodia, neutralidad de género, derechos humanos de la mujer e interés superior del niño o niña”, en *Género y Derecho*, Santiago de Chile, Ediciones Lom, 1999, p. 545.

5

Artículos 39.3 y 39.4 de la CE.

6

Así como en la LO 1/1996, de Protección Jurídica del Menor; LO 5/2000, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, entre otras.

7

GARCÍA PASTOR, M. *La situación jurídica de los hijos cuyos padres no conviven: Aspectos personales*, Madrid, McGraw-Hill, 1997, p. 115.

8

Esta doctrina tuvo su auge en el siglo XIX y fue considerada una victoria y un fracaso para las mujeres. Una victoria porque supuso un giro en la preferencia por el padre al otorgar la custodia de un/a hijo/a; un fracaso porque reforzó el rol tradicional de la mujer madre y ama de casa.

9

Código del Distrito de Columbia, 1981. District of Columbia Code-Annotated. 1981 Edition. (DC Code). Vol. 5. Michie. Charlottesville, Virginia. Replacement 1997.

10

GARCÍA PASTOR, M. *op. cit.*, p. 115.

11

HUAITA ALEGRE, M. *op. cit.*, pp. 556, 557.

12

Véase GOLDSTEIN, J.; FREUD, A. y SOLNIT, A. *Beyond the Best Interest of the Child*, The Free Press, A Division of MacMillan Publishing Co., Inc., 1973, 1979, y *Before the Best Interest of the Child*, The Free Press, A Division of Macmillan Publishing Co., Inc., 1979. Más recientemente, GOLDSTEIN, J. “¿En el interés superior de quién?”, en BELOFF M. (Compiladora), *Derecho, Infancia y Familia*, Barcelona, Gedisa Editorial, 2000, pp. 115-129.



reconocido por primera vez en la Declaración de los Derechos del Niño de 1959, y recogido en los Convenios internacionales, ha ido incorporándose a los ordenamientos jurídicos modernos, mediante la adecuación de sus normas a los principios generales recogidos en dichos instrumentos jurídicos.

La Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de la ONU en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989, representa el principal instrumento internacional en esta materia. El interés superior del niño es uno de los principios primordiales recogidos en la citada Convención, cuyo artículo 3.1 reza “*En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño*”. A pesar de que no exista una exacta definición de este principio, podemos decir que el mismo incluye el desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social del niño, tal y como se infiere del Principio 2 de la Declaración de los Derechos del Niño, proclamada por la Asamblea General en su resolución 1386, de 20 de noviembre de 1959³. Por su parte, el artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño sirve de criterio general para la interpretación de cualquier otro artículo de la Convención, entre otros, el 9.3, referente a la separación entre madre y padre, y el 18.1, referido a las responsabilidades de ambos, y como tal es un principio mediador que puede contribuir a la resolución de conflictos entre derechos diferentes⁴.

Este principio ha sido acogido por la legislación española tras la Constitución de 1978⁵, y fue el criterio rector de la reforma efectuada en esta materia por las Leyes de 13 de mayo y 7 de julio de 1981⁶. Este reflejo en el orden legislativo le hace ser considerado el principal criterio interpretativo que debe regir todas las decisiones judiciales relativas a las y los menores de edad.

3.- EL INTERÉS DEL/ LA MENOR EN EL ÁMBITO DE LA GUARDA

Efectivamente, el interés del menor es el criterio que debe presidir todas las decisiones concernientes a su guarda⁷. Ahora bien, depende de la consideración que se tenga acerca de lo que integra el contenido del interés del niño o de la niña en los supuestos de guarda, se elegirá un criterio u otro de atribución de la guarda y custodia. Prueba de ello son las diversas doctrinas existentes sobre este extremo, que responden a las diversas concepciones vigentes del interés del menor.

3.1 Principales doctrinas relacionadas con la atribución judicial de la guarda

1 Doctrina de los años tiernos

En virtud de esta doctrina se presume que toda madre, por el hecho de serlo, está mejor capacitada que el padre para la crianza y cuidado de los/las hijos/as y que el/la niño/a durante sus primeros años de vida necesita más a su madre que a su padre dado que la primera posee una mayor capacidad de cuidado que el segundo. En aplicación de tal presunción, la custodia de un niño o una niña se entrega a la madre, a menos que sea declarada incapaz⁸. Esta doctrina asume implícitamente que el interés del niño es permanecer con su madre, por las razones antedichas, y en la legislación española ha estado vigente, con diversas modalidades, hasta 1990.

2 Doctrina del interés superior del niño o niña

En virtud del concepto de “interés superior”, la atribución judicial de la guarda de un niño o niña se fundamenta en las necesidades y deseos éstos y en la capacidad de la madre o el padre para cubrir sus necesidades de cuidado y atención. Para su determinación se tienen en cuenta diversos factores, que han tenido su reflejo y desarrollo en las legislaciones de algunos estados⁹. En la le-

gislación española en cambio, no se ofrece ningún criterio legal que especifique cuál es el interés del/la niño/a en la atribución judicial de la guarda, dejándose este extremo a la apreciación personal del juez¹⁰.

3 Doctrina de la custodia compartida

Las características fundamentales de esta doctrina residen en:

- madre y padre son igualmente importantes en la vida física y psicológica del niño;
- ambos comparten la autoridad para la toma de decisiones acerca de los niños;
- ambos cooperan en compartir la autoridad y las responsabilidades en la crianza de los niños;
- los niños pasan una notable cantidad de tiempo viviendo con sus madres y padres.

El principal argumento esgrimido a favor de esta doctrina es que el interés superior del/la niño/a radica en proteger y promover una cercana relación con ambos progenitores y que la custodia compartida es la mejor manera de que el/la niño/a no “pierda” a ninguno de ellos como consecuencia de la separación o divorcio¹¹.

4 Doctrina de la presunción de el/ la dador/a de cuidados básicos

Esta doctrina propone la atribución de la custodia del niño o la niña a la persona que asumió su cuidado diario y desarrolló con él o ella un vínculo más fuerte, especialmente cuando son muy pequeños, favoreciendo de esta manera a quien más se involucró durante la convivencia anterior a la separación o divorcio. El núcleo central de esta doctrina lo constituye el denominado “principio de continuidad”, acuñado en el ámbito de la psicología¹², que se fundamenta en la consideración de que el interés del/la menor reside en poseer la mayor estabilidad emocional posible en las situaciones de ruptura dado el cambio que supone para el/la menor. En su aplicación se reduce enormemente



el margen de discrecionalidad que posee el juez, puesto que las pruebas versarán sobre cuál de los dos progenitores ha procurado mayores cuidados afectivos durante la convivencia.

5

Otras propuestas

Otra variante intermedia entre las dos anteriores es la conocida como “dualidad paterna/dual responsabilidad”, en virtud de la cuál la custodia no se le entrega a uno de los progenitores sino que ambos la comparten, pero de una manera proporcional a la responsabilidad y dedicación ofrecida durante la convivencia¹⁵.

En este mismo sentido, también se ha planteado que la guarda debe mantenerse lo más cercana posible a como era la situación de la familia previa a la ruptura, de forma que en los casos en que exista un progenitor que sea el/la “dador/a de cuidados básicos”, éste debería continuar asumiendo la guarda de las hijas e hijos, mientras que en aquellos casos en los que el otro progenitor también ejerció responsabilidades en dicho cuidado, podría aplicarse la fórmula de la custodia compartida o de la dual responsabilidad, según como haya funcionado en la práctica durante la convivencia¹⁴.

3.2

Determinación del contenido del interés del menor

De la exposición anterior se deduce que, dado que el interés superior del/la niño/a se convierte en la piedra angular de la concesión de la guarda, es fundamental determinar cuál es el interés del/la niño/a en dicho ámbito, puesto que una vez determinado su contenido, se podrá proceder a establecer el criterio que mejor responda a la protección de dicho interés.

Ahora bien, siendo el interés un concepto jurídico indeterminado, abierto y susceptible de variadas interpretaciones, es preciso analizar si el propio Código ofrece algún criterio legal que concrete cuál es el interés del/la niño/a en la atribución judicial de la guarda, es decir, cómo ha de ser inter-

pretado el interés del/la menor. A este respecto, el único criterio que ofrece la ley es el de no separar a los hermanos, indicador que de poco sirve para identificar el mejor interés del niño o niña¹⁶. Esta deficiencia permite en la práctica dejar la decisión sobre la guarda al criterio personal del juez. Por tanto, es preciso establecer criterios que permitan al juez adoptar la decisión sobre la guarda que mejor preserve el interés del/la menor concreto¹⁶.

1

El interés del menor es el bienestar del niño: el argumento de la estabilidad o continuidad

En la doctrina jurídica las opiniones acerca de lo que es el interés del/la menor en la guarda han sido variadas. No obstante, la mayoría de las opiniones coinciden en identificarlo con su bienestar físico y sobre todo, emocional. En este sentido, y a falta de determinación del concepto por la doctrina española, los autores anglosajones se remiten al significado de “welfare” (bienestar) ofrecido por la jurisprudencia. Así, se entiende que “welfare” es una palabra omnicomprendensiva. Incluye el bienestar material, tanto en el sentido de una adecuación de recursos para proporcionar un hogar agradable y un cómodo nivel de vida, en el sentido de un cuidado adecuado para asegurar el mantenimiento de la buena salud y el debido orgullo personal. Sin embargo, aunque debe tenerse en cuenta lo material, es cuestión secundaria. Son más importantes la estabilidad y la seguridad, el cuidado y el consejo cariñoso y comprensivo, la relación cálida y compasiva, que son esenciales para el propio carácter, personalidad y talentos del niño¹⁷. La jurisprudencia también ha acogido en ocasiones dicha concepción del interés del menor¹⁸.

En realidad, estas concepciones son deudoras de las investigaciones llevadas a cabo por la moderna psicología, determinantes a la hora de considerar que la circunstancia más importante tanto para el adecuado desarrollo del menor en la actualidad, como para su futuro como adulto, es su bienestar afectivo en la ni-

ñez. El Derecho no ha hecho más que hacerse eco de ello.

De acuerdo con lo expuesto, en el ámbito de la guarda el interés del menor reside en su bienestar físico y sobre todo emocional, considerado como el principal factor para preservar el derecho fundamental al adecuado desarrollo de la personalidad del/la niño/a. Coincide en este sentido con la definición dada por la Declaración de los Derechos del Niño, antes apuntada.

No obstante, es preciso establecer cómo se determina dicho bienestar, lo que nos obliga nuevamente a acudir a la psicología moderna¹⁹ que considera que el niño necesita para desarrollarse adecuadamente de un “progenitor psicológico”, es decir, de un adulto que partiendo de una relación diaria y continua, satisfaga sus necesidades biológicas y emocionales. Este ha de ser, por lo tanto, el criterio para asignar la guarda del menor. Si ambos progenitores poseen potencialmente las aptitudes necesarias para desarrollar esta labor existe un segundo criterio: el principio de continuidad, en virtud del cuál el/la niño/a necesita mantener la continuidad de sus relaciones, con referencias estables para poder llevar a cabo un desarrollo psicológico normal, máxime en situaciones de ruptura, cuando su medio ambiente familiar sufre cambios²⁰. En aplicación de este segundo criterio, su guarda deberá concederse al progenitor que en el momento de la decisión sobre la guarda sea su “progenitor psicológico”, que tenga una fuerte relación afectiva con el/la niño/a, toda vez que éste será quien garantice la continuidad de su desarrollo psicológico.

En consecuencia, podemos concluir que en el ámbito de la guarda en los supuestos de separación y divorcio, el interés del menor reside habitualmente en permanecer al cuidado del progenitor con quien posee una relación afectiva más fuerte, que a su vez recaerá en aquel que ha asumido su cuidado diario durante la convivencia. Este criterio ha tenido su reconocimiento en la doctrina denominada “Primary


13

CZAPLANSKIY, K. “Child Support and Visitation: Rethinking the Connections”, en MINOW, M., *Family Matters: Readings on Family Lives and the Law*, 1993, p. 350.

14

SCOTT, E. “Pluralism, Parental Preference and Child Custody”, *80 Cal. l. Review*. 615, 617, citada por HUAITA ALEGRE, M., *op. cit.* p. 566.

15

Compartimos con GARCÍA PASTOR que el criterio legal de la no separación de los hermanos es tan sólo un criterio complementario que no zanja el problema de la guarda consistente en decidir con qué progenitor han de permanecer los hijos.

16

GARCÍA PASTOR, M. *op. cit.*, p. 116.

17

Definición dada por el juez Hardy Boys en el caso *Walter v. Walter and Harrison* (1981) en Nueva Zelanda, citada por RIVERO HERNÁNDEZ, F., *op. cit.*, p. 72.

18

Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de 12 de julio de 1995, a cuyo tenor, “*hay que tratar de aproximarse a una infancia feliz, como sustento primario y preciso para el desarrollo de la personalidad*” Énfasis añadido.

19

Desarrollado profusamente en GOLDSTEIN, J., FREUD, A. y SOLNIT, A. *Beyond the Best Interest of the Child*, *op. cit.*

20

GARCÍA PASTOR, M., *op. cit.*, p. 117.

21

Entre otras, SAP La Coruña, de 14 de marzo de 1995, SAP Barcelona, de 11 de febrero de 1998, SAP Barcelona, de 9 de febrero de 1999, SAP Barcelona (Sección 18ª), de 5 de mayo de 2003.

22

IGARTUA SALAVERRÍA, J. *Discrecionalidad técnica, motivación y control jurisdiccional*, Madrid, Editorial Civitas, 1998, pp. 39-41. La curativa es mía.

Caregiver Preference”, anteriormente expuesta. A su vez, ha tenido su reflejo en la jurisprudencia mediante la aplicación del criterio del mantenimiento del statu quo o de la situación anterior, y es actualmente el mayoritariamente utilizado en la fundamentación jurídica de las resoluciones judiciales referentes a este extremo²¹. Es la razón fundamental por la que se concede la guarda mayoritariamente a las madres, toda vez que siguen siendo ellas las que actualmente desempeñan el papel fundamental en la crianza de los hijos e hijas.

2

El interés del menor requiere del contacto frecuente y continuo con ambos padres

La Convención sobre los Derechos del Niño en su artículo 9.3 establece que “*Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño*”.

Cabe preguntarse si del enunciado del precepto se infiere que el interés superior del/la menor requiere del contacto frecuente y continuo con ambos progenitores regularmente. Si convenimos en que el interés superior del menor es su bienestar emocional –más que el físico y material–, habrá de determinarse si su derecho a ser cuidado por ambos progenitores es garantía de su bienestar emocional. Entiendo que dicha afirmación requiere de alguna matización, es decir, lo será siempre y cuando se den determinadas condiciones.

La Convención en el artículo reproducido *ut supra* tampoco dispone que ése sea el contenido del interés superior del/la menor. La continuidad del vínculo del/la menor con sus progenitores es efectivamente un *derecho* del/la niño/a, pero no tiene por qué ser el *interés superior* del/la niño/a. Puede ser incluso contrario al interés del menor. Prueba de ello es que el derecho del niño a relacionarse directa y personalmente con ambos progenitores de modo regular cede si ello es lesivo para el interés (bienestar) del menor, como expresa la propia Convención.

Vamos a tratar de analizar si la custodia compartida es la mejor manera de preservar dicho interés. “Elegir la mejor solución es siempre obligado para todo aquel que ejercite una función, esto es, un poder otorgado en consideración al interés de otros”, en este caso el interés del menor que es el que prevalece sobre cualquier otro interés legítimo. “La razonabilidad de una opción no deriva de una estimación suya aislada sino comparativo contextual. *Una decisión prima facie mala en sí misma se revela buena cuando el resto de las decisiones alternativas son todavía peores, de tal forma que la solución menos mala se convertiría en una buena solución. Y al revés (en sentido inverso), una decisión prima facie buena se torna mala ante alguna alternativa mejor*”²². Esta aseveración es perfectamente aplicable al caso que nos ocupa, puesto que partiendo de la consideración de que una separación o divorcio, siempre va a causar algún daño al/la menor o menores que haya por medio, se trata de elegir la solución menos mala. De hecho, el estándar del interés superior ha sido denominado estándar de la alternativa menos perjudicial posible.

Aplicando este razonamiento, se concluye que si el interés superior del niño es su bienestar para el adecuado desarrollo de su personalidad, y en el ámbito de la guarda implica quedar al cuidado del progenitor con el que mantiene una relación afectiva más estrecha, la fórmula de la custodia compartida será la mejor forma de preservar su derecho a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos progenitores regularmente, siempre y cuando esta fórmula no perjudique su estabilidad emocional que es el requisito para un adecuado desarrollo de su personalidad. Ello significa que cuando se pueda aunar el bienestar emocional del niño con su derecho a mantener relaciones lo más regulares posibles con ambos progenitores, la custodia compartida será la fórmula idónea. En caso contrario, si las condiciones de ejercicio de la custodia compartida ponen en riesgo el bienestar emocional del niño, la primera cede en favor del segundo en aras a preservar dicho bienestar.



En conclusión se puede afirmar que la custodia compartida podría ser una buena fórmula, siempre y cuando se den una serie de condiciones para su ejercicio. Si concurren las condiciones, habrá que ver cuál es la fórmula concreta de alternancia de los períodos de convivencia con cada uno de los padres, flexible y adaptable a las circunstancias del caso, como por ejemplo la edad del menor, la distancia geográfica entre los domicilios materno y paterno, las obligaciones laborales, etc., factores que condicionan la distribución de los períodos de convivencia. Si no concurren, habrá que establecer otro régimen de guarda.

La primera condición es que ambos progenitores sean aptos para el ejercicio de la guarda, sin que estén en condiciones que lo puedan descalificar. La aptitud o idoneidad del progenitor se erige, por tanto, en una condición *sine qua non* para el establecimiento de este régimen de custodia, que cede por tanto, cuando se produzca alguna circunstancia que se considere pueda perjudicar el bienestar del menor (alcoholismo, drogadicción, malos tratos...).

Una segunda condición para el establecimiento de esta modalidad es que la relación entre los cónyuges sea lo suficientemente fluida como para poder consensuar valores y pautas de conducta en relación con la educación y los cuidados del/la menor. A diferencia de otro tipo de pleitos, en los procesos matrimoniales sobre guarda y custodia, el conflicto no se resuelve con la decisión judicial. Por el contrario, éste se puede agudizar resultando perjudicial para el bienestar emocional del niño –que es el que a tenor de la ley debe protegerse–. En consecuencia, si no se da este presupuesto, el bienestar emocional del niño probablemente va a resultar afectado. Por ello, el establecimiento de un régimen de custodia compartida habrá de ser necesariamente el resultado de un acuerdo que suponga un compromiso y una responsabilidad en la crianza de la descendencia, resultando del todo punto contraproducente su imposición, por ser contraria a la filosofía que en ella subyace. Estas consideraciones son igualmente aplicables a la

propuesta de la dual responsabilidad. La mediación familiar como sistema alternativo de resolución de conflictos, se evidencia como la única opción viable en aras a conseguir dicho compromiso –tal y como lo preveen las legislaciones²³ que han acogido la fórmula de la custodia compartida al objeto de presentar al juez un “plan de coparentalidad” o “plan de responsabilidad parental” establecido de mutuo acuerdo–. No obstante, el recurso a la mediación ha de ser voluntario por parte de ambos progenitores para que sea eficaz, de lo contrario se corre el riesgo de reproducir el conflicto que se pretende solucionar y ahondar en la desigualdad existente entre mujeres y hombres.

4.- EL PRINCIPIO DE NEUTRALIDAD DE GÉNERO EN LA ATRIBUCIÓN DE LA GUARDA

Vamos a analizar si se produce o no discriminación por razón de sexo con el actual modelo de atribución de la custodia.

4.1

La regulación actual no es discriminatoria

La actual Ley de Divorcio, de 7 de julio de 1981, no es discriminatoria con respecto a los cónyuges varones en la atribución de la guarda y custodia de los/las hijos/as. Y ello porque tras la reforma del Código Civil operada en 1990, ambos cónyuges pueden acceder igualmente a la custodia, cuando esta es discutida. La letra de la ley no presenta en este aspecto ningún indicio de discriminación²⁴.

4.2

Discriminación en la aplicación de la ley

Cabe preguntarse si la discriminación se produce en la aplicación de la ley, tal y como apunta la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley actualmente en curso. En efecto, en ella se sugiere que es en su aplicación donde se producen situaciones de discriminación que van en detrimento de la igualdad de los cónyuges con respecto a sus deberes paterno-filiales, por cuanto que reproducen los modelos

23

En el Derecho francés, la Ley 2002-305 sobre la Autoridad Parental, de 4 de marzo de 2002 ha supuesto una modificación sustancial con respecto a la regulación anterior. Para un análisis sintético sobre la guarda compartida en el Derecho francés, véase TENA PLAZUELO, I. “La Guarda Compartida en Derecho Francés”, en *Aequalitas*, n° 7, mayo-agosto 2001, Universidad de Zaragoza, Instituto Aragonés de la Mujer, Zaragoza, pp. 6-13.

24

El artículo 90 con respecto a las separaciones de mutuo acuerdo establece “la *persona* a cuyo cuidado hayan de quedar los hijos/as...” siendo aplicable al artículo 91 referente a las separaciones contenciosas. En el mismo sentido, el artículo 103 en relación con la adopción de las medidas provisionales dispone “cuál de los *cónyuges*”. El subrayado es mío.

25

El informe *Mujeres en Cifras* del Instituto de la Mujer correspondientes al año 2003 acredita que los permisos por maternidad solicitados fueron 239.858, mientras que los permisos por paternidad 3.762; en las excedencias por cuidado de hijos/as 13.377 fueron solicitados por las madres, y 502 por los padres.

26

STS de 22 de mayo de 1999; SAP de La Coruña de 6 de septiembre de 2002; SAP de Valencia de 28 de octubre de 2002.

27

Entre ellos, los artículos 66 y 67, donde el término “marido” otorga un status de autoridad y representación del que carece la mujer; el artículo 68 al objeto de que se establezca expresamente entre las obligaciones de ambos progenitores compartir las responsabilidades en relación con el cuidado de los descendientes y otros miembros de la familia, así como las tareas domésticas; artículo 108, sobre filiación matrimonial y no matrimonial; Título VII, términos como Relaciones Paterno Filiales o Patria Potestad, legitiman el poder del padre; artículos 116 a 119, sobre las presunciones de paternidad; artículos 1094, 1555.2 y 1903, referidos a la “diligencia de un buen padre de familia”.

28

FINEMAN, M, “Dominant discourse, professional language, and legal change in child custody decision making”, *101 Harvard Law Review*, 1988, pp. 739-759. Véase de la misma autora, *The neutered mother, the sexual family and other twentieth century tragedies*, Routledge, New York-London, 1995. PITCH, T. *Un derecho para dos. La construcción jurídica de género, sexo y sexualidad*, Trotta, Madrid, 2003, pp. 140-172.

29

LARRAURI, E. “¿Por qué retiran las mujeres maltratadas las denuncias?”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª Época, n° 12 (2003), UNED, pp. 303-305.



tradicionales de cuidado de hijos e hijas al otorgar sistemáticamente su guarda y custodia a la madre. Una afirmación de tal calado exige un poco de rigor.

Para que efectivamente se produzca discriminación en la aplicación de la ley, que en principio es neutra, no hay que contentarse con analizar exclusivamente los resultados en la concesión de la guarda, sino que habrá que ponerlos en relación con los motivos expresados para su atribución. Si analizamos los datos judiciales sobre solicitudes de guarda y custodia en procedimientos de separación y divorcio, tanto los llevados a cabo de mutuo acuerdo como los contenciosos, observamos que ofrecen un panorama muy distinto del que a la luz de la polémica surgida podría parecer.

A la vista de los datos aportados por el Instituto de la Mujer²⁵ se observa que son las mujeres las que fundamentalmente siguen ocupándose del cuidado de hijos e hijas y de las tareas domésticas, solicitan mayoritariamente los permisos por maternidad y las excedencias por cuidado de hijos/as. Con respecto a la guarda y custodia de los/las menores, se constata que en los procesos de mutuo acuerdo, la custodia se otorga a la madre en un 95% de los casos, siendo esta cuestión objeto de pacto previo por los progenitores en el convenio regulador.

En relación con lo anterior, en la mayoría de los casos se acuerda exclusivamente la comunicación de los fines de semana alternos, además de la mitad de las vacaciones escolares. En los procesos contenciosos, la discusión sobre la custodia, reclamada por ambos progenitores, sólo alcanza al 15-20 % de los pleitos, mientras que en el 80-85% de los casos no se plantea la discusión sobre este extremo, porque el padre no reclama para sí la custodia. Por otra parte, las peticiones para ampliar tal régimen de visitas por parte de los padres son muy escasas, mientras que por el contrario, el número de incumplimientos del mismo es bastante elevado.

De lo anterior se deduce que la atribución de la custodia a las madres responde fundamentalmente a dos razones: la primera, que los progenitores varones –en una proporción muy elevada– no solicitan la custodia de los hijos/as; la segunda, que habitualmente, la custodia se otorga al progenitor que demuestre en juicio haber sido más idóneo para el cuidado, la educación, formación y atención de sus descendientes durante la convivencia, siendo excepcionales los casos en que el padre haya demostrado ser más idóneo que la madre en tales cometidos. Ello no obsta para que efectivamente existan casos en los que el otorgamiento de la custodia se base en los criterios que subyacen en la doctrina de los años tiernos²⁶. Pero la generalidad de las sentencias utiliza otro tipo de criterios a la hora de determinar el interés del menor.

La cuestión más espinosa que queda por dirimir es la determinación de la custodia en los casos en los que además de aptitud, ambos progenitores han participado equitativamente en el cuidado de su primogenitura, la relación afectiva del menor con ambos es muy fuerte y sin embargo no se ponen de acuerdo en el modo de ejercicio de la guarda o parentalidad. En este caso, nos remitimos nuevamente a la mediación como medio más efectivo para solventar dicho problema.

5.- LA GUARDA COMPARTIDA COMO STANDARD DE NEUTRALIDAD DE GÉNERO

El Derecho de Familia legitima un modelo de estructura familiar que configurado sobre la base de un reparto complementario de las obligaciones y responsabilidades, invisibiliza las relaciones de poder entre hombres y mujeres y la posición subordinada de la mujer en la familia, por lo que previo a la reforma sobre las consecuencias de la ruptura de la convivencia, es proceder a la reforma de aquellos artículos del Código Civil que perpetúan los roles mas-

culinos y femeninos ahondando en la desigualdad jurídica y social entre los sexos²⁷. Por otra parte, si bien el ejercicio de la parentalidad está experimentando algunos cambios en los roles de género tradicionales, la distribución del trabajo doméstico y las prácticas reales de cuidado de los/las menores siguen siendo responsabilidad primaria de las mujeres.

En este contexto, merece reflexionar sobre si la doctrina de la custodia compartida –tal y como está prevista en el Proyecto de Ley– responde al principio de igualdad y no discriminación. A priori podría parecer que sí en tanto que ambos progenitores son tratados como equiparables. Sin embargo, un análisis así respondería únicamente a una igualdad formal, pero sería discriminatoria contra las mujeres en términos de resultados, por cuanto que dado el mayor poder contractual obtenido por los padres gracias a la cultura igualitaria, la imposición judicial de la custodia compartida es una vía que otorga aún más poder a los padres como grupo, mientras que debilita el poder de las madres individualmente, toda vez que desconoce la situación de desigualdad real en que éstas se encuentran²⁸. En este sentido, mientras el cambio igualitario convierte en neutros en el lenguaje y en el derecho –aunque no en la práctica– los roles de los progenitores, la posición de desigualdad manifiesta de la mujer en el ámbito laboral, social, y familiar, unido al valor que concede la madre habitualmente al cuidado de los hijos e hijas y el temor a perderlos va a disminuir su posición negociadora con respecto a extremos tan importantes como la pensión compensatoria, los alimentos, etc²⁹.

Por ello, la custodia compartida como expresión de la “coparentalidad” en el ejercicio de la crianza de las/las descendientes, y respetuosa con el principio de neutralidad de género, ha de ser necesariamente una fórmula acordada por parte de ambos progenitores.