

# El Prejuicio del sexo en la atribución de la Guarda y Custodia de los hijos e hijas

CARMEN DE LASALA PORTA  
Abogada

**L**a nueva redacción del art. 159 del Código Civil, conferida por la Ley 11/1990 de 15 de octubre, obedece a la pretensión de la legislación de eliminar, en lo que se refiere a la guarda y custodia de los hijos y de las hijas, las discriminaciones que por razón de sexo perduraban en nuestra legislación civil, así como al afán de perfeccionar el desarrollo normativo del principio constitucional de igualdad.

El tenor literal del mencionado artículo dispone que “Si los padres viven separados y no decidieren de común acuerdo, el Juez decidirá, *siempre en beneficio de los hijos*, al cuidado de qué progenitor quedarán los hijos menores de edad. El Juez oírá, antes de tomar esta medida, a los hijos que tuvieran suficiente juicio y, en todo caso, a los que fueran mayores de doce años”.



Para comprender con mayor exactitud el alcance que ha supuesto la adopción por parte de la legislación de tal medida, es preciso un estudio de la Jurisprudencia reciente <sup>1</sup> –objeto del presente artículo– haciendo, eso sí, previa alusión a la normativa que desde 1870 ha venido regulando tal materia en nuestro país, entendiéndose la guarda y custodia de las hijas e hijos menores no emancipados o incapacitados, como facultad-deber que comporta la potestad, que como poder tuitivo general la ley reconoce a los padres. Potestad que se concreta en el plano personal, en velar por las hijas e hijos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral.

Por este motivo la regulación que alude a tal facultad-deber la hallamos en el ámbito propio de las normas que rigen la nulidad matrimonial, separación, divorcio, parejas estables no casadas –en el caso de Aragón, Navarra y Cataluña– y como no, las relaciones paterno-filiales; y es a ella a la que vamos a hacer referencia.

Comenzando por la legislación relativa a la separación judicial, la derogada *Ley de Matrimonio Civil de 18 de junio de 1870*, dispone en su artículo 83, que la sentencia ejecutoria de divorcio (entiéndase divorcio como sinónimo de separación, puesto que el divorcio se instauró en España en virtud de la Ley de 2 de marzo de 1932), produce entre otros efectos la *atribución de la potestad y cuidado de los hijos e hijas al cónyuge inocente*. Si ambos cónyuges fueran inocentes, quedarían bajo la autoridad del tutor o curador nombrado conforme a las prescripciones de la Ley de Enjuiciamiento Civil. No obstante lo dispuesto, *la madre conservará en todo caso, a su cuidado a los hijos e hijas menores de 3 años hasta que cumplan esta edad, a no ser que expresamente se haya dispuesto otra cosa en la sentencia*.

De modo que el criterio de atribución de la guarda y custodia de los hijos e hijas menores, como resultaba ser la existencia de culpabilidad o inocencia de los cónyuges en lo que atañe a la ruptura de su convivencia, no regía para aquéllos hijos e hijas que no superaran los tres años de edad, quienes debían siempre quedar al cuidado de la madre, a no ser que la sentencia dispusiera cosa distinta. Idéntico criterio al de la citada Ley de Matrimonio Civil <sup>2</sup>, fue seguido por el también derogado *Código Civil de España* en su

artículo 167, e incluso por el actual *Código Civil*, en la redacción inicial de su artículo 73.

*La Ley de 24 de abril de 1958* dio una nueva redacción al artículo 73 del *Código Civil*, en virtud de la cual, manteniéndose el criterio de culpabilidad, *atribuye la guarda y custodia de los hijos e hijas menores de 7 años a la madre*, si al juzgarse sobre la separación no se hubiese dispuesto otra cosa, pudiendo la Jueza o el Juez encargado de la ejecución de la sentencia obviar dicho límite, aplicando su criterio discrecional según las particularidades del supuesto.

En caso, por tanto, de no haber sido resuelta en sentencia de separación judicial, la atribución de la guarda y custodia de los hijos e hijas menores, la legislación dispuso un criterio (permanencia de los y las menores de siete años con la madre) que si bien amplía el anterior en cuanto al límite de edad, le dota de un carácter meramente orientativo y no vinculante, pudiendo quien juzga, en virtud de las circunstancias concretas, resolver en el sentido que considerase más oportuno conforme a Derecho.

La *Ley 11/1981 de 13 de mayo*, modificó el título VII del Libro I del *Código Civil* (De las relaciones paterno-filiales), quedando ajustada la redacción de su artículo 159 al citado artículo 73, al disponer que: “Si los padres viven separados y no decidieren de común acuerdo, *los hijos e hijas menores de siete años, quedarán al cuidado de la madre, salvo que el Juez, por motivos especiales proveer de otro modo*”.

Paralela evolución legislativa fue conferida a la regulación de la guarda y custodia de los hijos e hijas en el ámbito de la  *nulidad matrimonial*, en cuanto que, a pesar de ser dispuesto como criterio de atribución de la guarda y custodia de los hijos y de las hijas, en el art. 97 de la Ley de Matrimonio Civil de 18 de junio de 1870 y en la primitiva redacción del art. 70 del *Código Civil*, el de la existencia de buena o mala fe en los cónyuges (distinto al ya referido de la culpabilidad), *los menores y las menores de tres años debían quedar siempre al cuidado de la madre*, a no ser que existiera mala fe en ambos cónyuges, lo que determinaría el nombramiento de persona tutora.

La *Ley de 24 de abril de 1958*, modificó dicho artículo, en el sentido de *ampliar a*

1

De la Jurisprudencia dictada por los Juzgados y Tribunales de los diversos Partidos Judiciales de España desde 1992 hasta la fecha, han sido consultadas para la redacción del presente artículo más de doscientas sentencias entre las que reseñamos, por contener datos relevantes en referencia al objeto de nuestro estudio, las siguientes: STS 12-2-1992, SAP La Rioja 3-4-1992, SAP Las Palmas 22-4-1993, STS 23-6-1994, SAP Castellón 27-5-1995, SAP Toledo 22-12-1997, SAP Vizcaya 22-12-1997, SAP Madrid 23-6-1998, SAP Madrid 7-5-1998, SAP Madrid 1-9-1998, SAP Tenerife 11-9-1998, SAP Cuenca 17-12-1998, SAP Sevilla 10-12-1998, SAP Castellón 16-2-1999, SAP Barcelona 3-5-1999, STS 22-5-1999, SAP Burgos 25-6-1999, SAP Asturias 13-7-1999, SAP Almería 24-9-1999, SAP Almería 5-10-1999, SAP La Coruña 26-5-1999, SAP Barcelona 26-5-1999, SAP Vizcaya 26-5-1999, SAP Barcelona 26-5-1999, SAP Madrid 5-2-1999, SAP Cádiz 26-5-1999, SAP Toledo 4-6-1999, SAP Tarragona 4-6-1999, SAP Barcelona 4-6-1999, SAP Barcelona 7-6-1999, SAP Cádiz 7-6-1999, SAP Barcelona 9-6-1999, SAP Barcelona 10-6-1999, SAP Barcelona 11-6-1999, SAP Barcelona 14-6-1999, SAP La Coruña 15-6-1999, SAP Guipúzcoa 17-6-1999, SAP Barcelona 17-6-1999, SAP Ávila 18-6-1999, SAP Barcelona 21-6-1999, SAP Barcelona 23-6-1999, SAP Barcelona 28-6-1999, SAP Tarragona 2-7-1999, SAP Barcelona 2-7-1999, SAP Barcelona 2-7-1999, SAP Vizcaya 6-7-1999, SAP Valencia 6-7-1999, SAP Barcelona 7-7-1999, SAP Zamora 9-7-1999, SAP Lugo 9-7-1999, SAP Asturias 12-7-1999, SAP Barcelona 14-7-1999, SAP La Coruña 16-7-1999, SAP La Coruña 19-7-1999, SAP Barcelona 19-7-1999, SAP Madrid 19-7-1999, SAP Madrid 21-7-1999, SAP Barcelona 22-7-1999, SAP Valencia 23-7-1999, SAP Barcelona 23-7-1999, SAP Barcelona 27-7-1999, Barcelona 27-7-1999, SAP Madrid 27-7-1999, Madrid 27-7-1999, SAP Lleida 29-7-1999, SAP Madrid 29-7-1999, SAP Álava 4-8-1999, SAP Toledo 13-9-1999, SAP Madrid 14-9-1999, SAP Barcelona 15-9-1999, SAP Asturias 16-9-1999, SAP Cantabria 16-9-1999, SAP Cádiz 16-9-1999, SAP Barcelona 17-9-1999, SAP Asturias 20-9-1999, SAP Barcelona 20-9-1999, SAP Barcelona 21-9-1999, SAP Huelva 22-9-1999, SAP Cádiz 23-9-1999, SAP Salamanca 28-9-1999, SAP Barcelona 28-9-1999, SAP Barcelona 28-9-1999, SAP Álava 2-10-1999, SAP Tenerife 20-10-1999, SAP Valencia 6-10-1999, SAP Barcelona 11-10-1999, SAP Valladolid 11-10-1999, SAP Álava 20-10-1999, SAP Barcelona 25-10-1999, SAP Guipúzcoa 25-10-1999, SAP Madrid 29-10-1999, SAP Álava 2-11-1999, SAP Guipúzcoa 4-11-1999, SAP Lleida 5-11-1999, SAP Valencia 5-11-1999, SAP Cantabria 10-11-1999, SAP Guipúzcoa 16-11-1999, SAP Zamora 13-12-1999, SAP Lleida 31-1-2000.

2

Compilación metódica de la Doctrina contenida en nuestras Leyes Civiles vigentes. Obra escrita y publicada por NAVARRO AMANDI, M., con la colaboración de Ilustrados Jurisconsultos y un prólogo del Excmo. Sr. Don Eugenio Montero Ríos. Juan Vidal, Editor Madrid, 1880.



siete años la edad de las y de los menores que debían quedar bajo la guarda y custodia de la madre, otorgando facultad a la Jueza o al Juez que haya de ejecutar la sentencia de nulidad para aplicar un criterio distinto según las particularidades del supuesto, y estando en todo caso a lo decretado por el Tribunal Eclesiástico o civil que conoció sobre la nulidad del matrimonio canónico o civil, si hubiera proveído en su sentencia acerca del cuidado de los hijos y de las hijas.

La *Ley de Divorcio de 2 de marzo de 1932*, mantiene en su artículo 17 el criterio de culpabilidad de los cónyuges para la atribución de la guarda y custodia de los hijos e hijas, a falta de acuerdo, de modo que hijos e hijas quedarán bajo el cuidado del cónyuge inocente. Si ambos fueran culpables o no lo fuese ninguno, la Jueza o el Juez en sentencia decidirá, en función de las causas del divorcio y la conveniencia de los hijos e hijas, en poder de cuál de ellos han de quedar, o los mandará proveer de un tutor o tutora, conforme a las disposiciones del Código Civil. *Si la sentencia no hubiese dispuesto otra cosa, la madre tendrá en todo caso, las hijas y los hijos menores de cinco años.*

La *Ley 30/1981 de 7 de julio* modificó el Título IV del Código Civil “Del matrimonio”, artículos 42 a 107, citando, por lo que al tema se refiere, *el artículo 92* que regula las medidas judiciales a adoptar en cuanto a la guarda y custodia como efecto común a la nulidad, separación y divorcio, disponiendo que:

“La separación, nulidad y divorcio no eximen a los padres de sus obligaciones para con los hijos. *Las medidas judiciales sobre el cuidado y educación serán adoptadas en beneficio de ellos, tras oírles, si tuvieran suficiente juicio y siempre a los mayores de 12 años.* En la Sentencia se acordará la privación de la patria potestad cuando en el proceso se revele causa para ello. Podrá también acordarse cuando así convenga a los hijos, que la patria potestad sea ejercida total o parcialmente por uno de los cónyuges o que el cuidado de ellos corresponda a uno u otro, procurando no separar a los hermanos. El Juez, de oficio, o a petición de los interesados, podrá recabar el dictamen de especialistas”.

El anterior artículo del Código Civil, afirma RIVERO HERNÁNDEZ <sup>3</sup> no tiene precedentes ni parecido alguno en la Legislación derogada en julio de 1981. No sólo

tiene distinta factura y presentación formal que sus lejanamente homólogos anteriores, sino que viene presidido por una filosofía distinta, quizá incluso opuesta.

Postura que compartimos en cuanto que en la actual legislación, según expresa ZANÓN MASDEU <sup>4</sup>, se ha suprimido con buen criterio, el estigma de la culpabilidad, implantándose el beneficio e interés de los hijos y de las hijas, pasando a constituir una norma jurídica legal de derecho cogente o imperativo y, por ende, de obligatoria observancia por los Jueces y Juezas y los Tribunales.

Pero es que además, dicho artículo *suprime la atribución de la guarda y custodia de los hijos e hijas de hasta una determinada edad, considerada como su primera etapa de vida –tres, cinco o siete años– a la madre, en caso de que nada se hubiera dispuesto en sentencia sobre tal extremo*, criterio que como hemos referido había sido dispuesto con carácter vinculante en un principio, y más tarde con carácter orientativo, en la legislación que ha venido regulando tal materia y a la cual nos hemos referido.

Y en este sentido es en el que quedó redactado el artículo 159 del Código Civil, en virtud de Ley 11/1990 de 15 de octubre, por considerar que tal criterio de atribución de la guarda y custodia, subsistente todavía en el Código Civil, a pesar de la existencia del citado art. 92, encerraba o una preferencia o trato inadecuado por razón de sexo, y en ese sentido debía erradicarse de nuestra legislación, para ser sustituido por el criterio del beneficio del menor y de la menor.

Idéntica decisión fue la adoptada por la legislación al redactar la Ley catalana 10/1998, de 15 de julio de uniones estables de pareja (art. 15), la Ley aragonesa 6/99, de 26 de marzo, relativa a parejas estables no casadas (art. 8), y la ley foral de Navarra 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables (art. 10).

Ante la supresión de tal criterio hemos de reflexionar sobre dos puntos que, a nuestro juicio, son de vital importancia: ¿Podemos calificar rotundamente como criterio discriminatorio por razón de sexo, aquél que atribuye la guarda y custodia de los hijos y de las hijas en sus primeros años de vida a la madre? ¿Ha sido suprimido efectivamente, hoy por hoy, tal criterio como pauta de conducta a seguir por Jueces, Juezas y Tribuna-



**3** *Matrimonio y divorcio. Comentarios al nuevo Título IV del Libro Primero del Código civil.* Editorial Civitas, Madrid, 1982, pág. 644.

**4** *Guarda y custodia de los hijos,* ZANÓN MASDEU, L., Bosch, Casa Editorial S.A., 1996, pág. 25.

**5** STS 12-2-1992, SAP Las Palmas 22-4-1993, SAP Castellón 27-5-1995, SAP Toledo 22-12-1997, SAP Vizcaya 22-12-1997, SAP Madrid 23-6-1998, SAP Madrid 7-5-1998, SAP Madrid 1-9-1998, SAP Tenerife 11-9-1998, SAP Sevilla 10-12-1998, SAP Castellón 16-2-1999, SAP Barcelona 3-5-1999, STS 22-5-1999, SAP Burgos 25-6-1999, SAP Barcelona 26-5-1999, SAP Madrid 5-2-1999, SAP Toledo 4-6-1999, SAP Tarragona 4-6-1999, SAP Barcelona 4-6-1999, SAP Cádiz 7-6-1999, SAP Barcelona 11-6-1999, SAP Barcelona 14-6-1999, SAP La Coruña 15-6-1999, SAP Guipúzcoa 17-6-1999, SAP Barcelona 17-6-1999, SAP Ávila 18-6-1999, SAP Barcelona 21-6-1999, SAP Barcelona 23-6-1999, SAP Barcelona 28-6-1999, SAP Tarragona 2-7-1999, SAP Barcelona 2-7-1999, SAP Barcelona 2-7-1999, SAP Vizcaya 6-7-1999, SAP Barcelona 7-7-1999, SAP Zamora 9-7-1999, SAP Lugo 9-7-1999, SAP Asturias 12-7-1999, SAP Barcelona 14-7-1999, SAP Barcelona 19-7-1999, SAP Madrid 19-7-1999, SAP Madrid 21-7-1999, SAP Barcelona 22-7-1999, SAP Valencia 23-7-1999, SAP Barcelona 23-7-1999, SAP Barcelona 27-7-1999, Barcelona 27-7-1999, SAP Madrid 27-7-1999, Madrid 27-7-1999, SAP Lleida 29-7-1999, SAP Madrid 29-7-1999, SAP Toledo 13-9-1999, SAP Madrid 14-9-1999, SAP Barcelona 15-9-1999, SAP Asturias 16-9-1999, SAP Cantabria 16-9-1999, SAP Asturias 20-9-1999, SAP Barcelona 20-9-1999, SAP Barcelona 21-9-1999, SAP Huelva 22-9-1999, SAP Cádiz 23-9-1999, SAP Salamanca 28-9-1999, SAP Barcelona 28-9-1999, SAP Tenerife 20-10-1999, SAP Valencia 6-10-1999, SAP Barcelona 11-10-1999, SAP Valladolid 11-10-1999, SAP Álava 20-10-1999, SAP Barcelona 25-10-1999, SAP Guipúzcoa 25-10-1999, SAP Madrid 29-10-1999, SAP Álava 2-11-1999, SAP Valencia 5-11-1999, SAP Cantabria 10-11-1999, SAP Guipúzcoa 16-11-1999, SAP Zamora 13-12-1999, SAP Lleida 31-1-2000.

**6** SAP Cuenca 17-12-1998, SAP Asturias 13-7-1999, SAP Almería 24-9-1999, SAP Almería 5-10-1999, SAP La Coruña 26-5-1999, SAP Vizcaya 26-5-1999, SAP La Rioja 3-4-1992, STS 23-6-1994, SAP Barcelona 26-5-1999, SAP Cádiz 26-5-1999, SAP Barcelona 9-6-1999, SAP Barcelona 10-6-1999, SAP Valencia 6-7-1999, SAP La Coruña 16-7-1999, SAP La Coruña 19-7-1999, SAP Álava 4-8-1999, SAP Cádiz 16-9-1999, SAP Barcelona 17-9-1999, SAP Barcelona 28-9-1999, SAP Álava 2-10-1999, SAP Lleida 5-11-1999, SAP Valencia 5-11-1999.



les a la hora de determinar bajo el cuidado de cuál de los cónyuges deben quedar las y los menores?

Un estudio de la Jurisprudencia reciente, nos desvela claramente cómo en los primeros años de éstos el cuidado de las hijas e hijos menores es encomendado en casi la práctica totalidad de los casos a la madre, a no ser que concurran circunstancias excepcionales que aconsejen entregar su guarda y custodia al padre, declarando, entre otras, la STS de 22 de mayo de 1999 que:

“Ciertamente los preceptos constitucionales, especialmente, el artículo 14, consagra el principio contrario a cualquier discriminación por razón de sexo, entre otras, el cual, parece haber sido acogido en el artículo 159 del Código Civil respecto a la decisión judicial de a qué progenitor se le encomendará el cuidado de los hijos menores de edad, estableciendo como única cortapisa a la decisión la relativa “al beneficio de los hijos”, siendo incuestionable que el Juzgador conserva una libertad de criterio a tal fin...”

En el caso concreto que nos ocupa, *no cabe tachar de ilógico e irrazonable el argumento hecho valer en la sentencia* recurrida: “...y tratándose en el presente caso de decidir a cual de los dos padres ha de encomendarse la guarda y custodia de dos niñas de ocho y quince años de edad... *lo normal es que en tales condiciones de sexo y edad se le encomienda a la madre, salvo que concurran circunstancias excepcionales que aconsejen entregarlas al cuidado paterno, ni tacharla, tampoco, de discriminatorio por razón del sexo...*”

La razón que lleva al Juzgador a resolver adoptando tal criterio para la atribución de guarda y custodia, sin que la disposición de tal medida suponga discriminación por razón de sexo, la encontramos manifestada también en numerosa Jurisprudencia que declara, citando como ejemplo la Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón de 27 de mayo de 1995 que:

“...lo más aconsejable y beneficioso es adoptar la primera solución indicada, es decir, que siga la niña *bajo la guarda y custodia de la madre, de acuerdo con el criterio de que es ésta quien más capacitada*

*se encuentra para cuidar de la formación integral de los hijos cuando éstos se desenvuelven en las primeras etapas de su vida,*—como es éste el caso, en que la niña tiene actualmente 6 años de edad, como nacida el 2/5/89—, *por considerarse que en ese periodo la atención materna, tanto en el plano afectivo como en el material es difícilmente sustituible...*”

Argumentos semejantes son los expuestos en Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos de 25 de junio de 1999 al declarar que:

“Respecto de la guarda y custodia de los hijos..., *debe convenirse con el Juzgador de instancia en atribuírsela a la madre, dado en primer lugar la corta edad de la hija menor, que requiere en esos primeros años de la infancia la presencia continuada de la madre como persona fundamental en su crecimiento y desarrollo...*”

Así también son los esgrimidos en Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Castellón con fecha 16 de febrero de 1999, caso extremo, donde:

“Aunque ésta (la madre) haya tenido relaciones sentimentales con otro hombre antes de contraer matrimonio con el apelante, y con otro después de separarse de éste, y haya sido drogadicta durante cierto tiempo, con tratamiento de desintoxicación en varios centros, *no por ello se le puede considerar incapacitada para dar al hijo común del matrimonio la atención y cuidado que requiere y merece,* como el padre aduce para que se le confie a él la guarda y custodia del mismo... por considerarse que en este período la atención materna, tanto en el plano afectivo como en el material, es difícilmente sustituible”.

La ausencia de la figura materna no únicamente en la primera etapa de la vida de las hijas e hijos, sino incluso cuando los mismos han cumplido ya diez y doce años, ha sido criterio que junto con otros ha determinado la decisión del Juez de atribuir éstos al cuidado de la madre en Sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo de 22 de diciembre de 1997, confiriendo enorme importancia para resolver en idéntico sentido, en Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 3 de mayo de 1999, a la capacidad de que está dotada la

madre para imponer a las y los menores el respeto a las normas que, habida cuenta de su edad, precisan.

Tan sólo concurriendo *circunstancias excepcionales* en la persona de la madre, acuerda la Jueza o el Juez la entrega de la guarda y custodia de los hijos e hijas a la figura paterna; circunstancias tales como la presencia de trastorno psiquiátrico o psicótico en la mujer (SAP Almería 24-9-1999, SAP Cuenca 17-12-1998, y SAP La Coruña 16-7-1999), factores de riesgo constatados en la familia materna, y sobre todo la no asunción por la madre de los mismos (SAP Asturias 13-7-1999 y SAP Barcelona 10-6-1999), o incluso relación de conflicto con la madre que pueda afectar gravemente al desarrollo psicoafectivo del menor (SAP Almería 5-10-99).

La gravedad de tales hechos obliga de modo necesario a la Jueza o al Juez a pronunciarse en tal sentido, pero lo cierto es que en este caso nos hallamos ante la excepción que confirma la regla anteriormente citada. Obsérvese como referencia, que de las cien sentencias seleccionadas, setenta y ocho atribuyen el cuidado de los hijos e hijas menores a la madre<sup>5</sup>, y veintidós al padre<sup>6</sup>.

Es evidente que las Juezas, los Jueces y los Tribunales, a pesar de haber sido suprimido por la legislación el criterio de atribución a la madre de la guarda y custodia a los hijos e hijas en la primera etapa de su vida, sigue manteniéndolo de facto, junto con otros criterios como la voluntad de los hijos e hijas (Art. 92 Cc. y 104 Cc.), la relación fraternal habida entre los mismos (art. 92 Cc.), y los informes periciales que sobre tal situación sean emitidos; todo ello en orden a la procura del aquella decisión que deba adoptarse en lo relativo su guarda y custodia, que más se adecue al interés del o de la menor, o principio de “Favor Filii”, que ha de prevalecer sobre cualquier otro, de conformidad con el art. 39 de la Constitución Española, y los artículos 92, 93, 94, 103, 154, 158, 159, y 170 del Código Civil.

Y siguen aplicando tal criterio, de modo discrecional, precisamente por cuanto su aplicación, y así ha sido declarado en sentencia, no atenta contra el principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo, proclamado en el art. 14 de la Constitución Española.



No atenta precisamente, porque viene siendo doctrina jurisprudencial de nuestro **Tribunal Constitucional** la que entiende que no toda desigualdad de trato contraría al principio de igualdad, sino aquélla que se funda en una diferencia de supuestos de hecho injustificados, de acuerdo con criterios o juicios de valor generalmente aceptados, si bien el tratamiento diverso de situaciones distintas puede incluso venir exigido, en un Estado social y democrático de derecho, para la efectividad de los valores que la Constitución Española consagra con el carácter de superiores del ordenamiento jurídico, como son la justicia y la igualdad (SSTC 10 noviembre 1981, 25 enero 1983 y 16 julio 1987), *siendo de destacar que ese derecho de igualdad ante la ley impone a la legislación y a quienes aplican la ley la obligación de dispensar un mismo trato a quienes se encuentran en situaciones jurídicas equiparables*, con prohibición de toda discriminación o desigualdad de trato que, desde el punto de vista de la finalidad de la norma cuestionada, carezca de justificación objetiva y razonable (S 6 julio 1987).

La patria potestad viene a configurarse en nuestro ordenamiento jurídico (artículo 154 y ss del Código Civil) como un conglomerado de derechos y deberes de los padres y madres respecto de la prole habida de su unión, en situación legal de dependencia, *en aras precisamente de la función protectora y formativa que, por derecho natural, corresponde a quienes han asumido la decisión de procrear a una hija o un hijo, y ello mientras éste no se encuentre en condiciones naturales y jurídicas de valerse por sí mismo*; y tal importantísima función, en orden al cuidado y formación del menor y de la menor, *se confía, en situaciones normales de convivencia de los progenitores, a ambos conjuntamente* (artículos 154 y 156) no tanto de cara a consagrar, en tal punto, principios de igualdad de derechos de los mismos, sino porque resulta necesaria la aportación que corresponde propiamente a la madre y al padre, en el crecimiento y desarrollo del hijo o hija menor como persona, debiendo involucrarse de igual manera en dicha tarea ambos progenitores.

Tanto es así, que la legislación ha previsto que la *privación de la patria potestad o de su ejercicio respecto a uno y otro de los procreadores ha de estar, incluso en situa-*

*ciones de ruptura convivencial, basada en causas excepcionales*, bien por impedir, de hecho, tal ejercicio, bien por afectar de forma grave al o a la menor (art. 170) en cuanto perjudique seriamente su formación integral, con incumplimientos de entidad de los deberes que se entrelazan con los derechos definidores.

Sin embargo en los supuestos de ruptura de la convivencia de los progenitores, por ser imposible el ejercicio conjunto de uno de los deberes-facultades que comporta la patria potestad, cual es la guarda y custodia, resulta inevitable su atribución a uno de los progenitores.

La relación biológica de la mujer como madre, con su hijo o hija, la hace indispensable cuando menos, en los primeros años de vida del o de la menor, por lo que no puede equipararse en esta primera etapa de vida de la hija o hijo pequeño la situación de aquélla con la del padre, ante una irremediable atribución de la guarda y custodia del hijo o hija a uno de los progenitores. En palabras de la Doctora ANA CARMEN MARCUELLO<sup>7</sup>, podemos manifestar que “ella está mucho más afectada e implicada tanto en lo referente a su salud como en los cuidados e interacción con el bebé”.

C.S. LEWIS<sup>8</sup> es muy gráfico a la vez que sutil, explicando este hecho al referirse al afecto como uno de los cuatro amores junto con la amistad, eros y caridad. Manifiesta que, para comprender este último, “la imagen de la que debemos partir es la de una madre cuidando a su hijo o hija, la de una perra o una gata con sus cachorros, todos amontonados, acariciándose unos a otros; ronroneos, lametones, gemiditos, leche, calor, olor a vida nueva... La necesidad y el amor-necesidad de los pequeños y de las pequeñas es evidente; lo es así mismo el amor que les da la madre: ella da a luz, amamanta y protege. Por otro lado, tiene que dar a luz o morir; tiene que amamantar o sufrir. En este sentido, su afecto es también un amor-necesidad, pero lo que necesita es dar. Es un amor que da, pero necesita ser necesitado”.

Privar al niño o a la niña del afecto que le es propio y como tal necesita, en sus primeros años de vida, a no ser que concurren circunstancias excepcionales que obliguen a adoptar tal medida puede tener conse-

cuencias gravosas e irreversibles en su formación como persona.

Tal afirmación no resulta en modo alguna gratuita, si atendemos a recientes estudios de psiquiatría, que manifiestan que si bien hemos traspasado la era de la ansiedad como enfermedad provocada en gran parte por la prisa en alcanzar unos objetivos materiales, hemos de prepararnos, según manifiesta el Dr. J.M. PORTA TOVAR<sup>9</sup> para afrontar otro tipo de trastorno denominado *angustia vital, estrechamente relacionada con los trastornos de la afectividad*, es decir, con esa estructura íntima de la persona donde se asientan los sentimientos (que a menudo hemos despreciado): desde aquéllos más primarios, que llamamos instintos, hasta aquéllos más espirituales y exclusivos de la persona.

Continúa refiriendo el Dr. Porta respecto a dicha enfermedad que la angustia es una vivencia de vacío interior que lleva a la persona a considerar la vida, la muerte, y la existencia misma como un sinsentido, como un absurdo.

En la angustia vital, desde el punto de vista intelectual, existe un síntoma patognomónico, o sea, característico y diferencial: el *escepticismo*, es decir, la pérdida total de la fe en todo y en todos, incluido en uno mismo. A menudo les acompaña otro síntoma, el *extrañamiento*, es decir la sensación de extrañeza, de sentirse extranjero al mundo y a sí mismo.

Desde el punto de vista afectivo, hay que decir que el límite de la persona angustiada es la *desesperanza*, es decir, haber perdido la capacidad de desear. Podría decirse que la persona angustiada contempla la vida de manera fría e indiferente, convencida de su inutilidad.

En definitiva, que *será el cultivo y desarrollo de una afectividad sana y equilibrada, y en última instancia, del amor, lo que hará posible desterrar la soledad y angustia de nuestras vidas*, actualmente demasiado ocupadas en valores puramente económicos.

Tarea que en nuestra opinión, y ante la imposibilidad del ejercicio conjunto de la guarda por la ruptura de la convivencia de los progenitores, precisa la presencia de la madre junto a su hijo o hija, siempre que



**7**  
Cultura con madre y una familia con padre. MARCUELLO FRANCO, A. C. Especialista en Ginecología y Obstetricia. *AEQUILITAS*. Revista Jurídica de Igualdad de Oportunidades entre hombres y mujeres. N.º 2. Octubre 1999, pág. 36.

**8**  
*The four loves*. LEWIS, C. S., Pte. Ltd, 1960.

**9**  
Depresión y angustia vital en los albores del S. XXI. PORTA TOVAR, J. M.ª. Psiquiatra. *Revista Oficial del Ilustre Colegio de Médicos de Málaga*. III Época. N.º 70. Mayo-Junio 2000.

**10**  
Jurisprudencia Aragonesa. Real e Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza.

**11**  
Sentencias de la Audiencia Provincial de Zaragoza: SAP 11-1-1992, SAP 27-1-1992, SAP 31-3-1993, SAP 7-7-1993, SAP 16-9-1993, SAP 19-4-1993, SAP 1-7-1993, SAP 6-9-1993, SAP 6-10-1993, SAP 24-1-1994, SAP 24-1-1994, SAP 4-2-1994, SAP 7-2-1994, SAP 21-2-1994, SAP 2-3-1994, SAP 16-3-1994, SAP 20-4-1994, SAP 6-6-1994, SAP 16-6-1994, SAP 18-6-1994, SAP 13-9-1994, SAP 28-9-1994, SAP 14-2-1995, SAP 7-3-1995, SAP 13-3-1995, SAP 25-3-1995, SAP 5-12-1995, SAP 7-2-1996, SAP 23-7-1996.

**12**  
Sentencias de la Audiencia Provincial de Zaragoza: SAP 22-1-1992, SAP 28-1-1992, SAP 22-2-1992, SAP 19-10-1992, SAP 5-4-1993, SAP 4-6-1993, SAP 22-6-1993, SAP 16-7-1993, SAP 27-7-1993, SAP 8-9-1993, SAP 13-9-1993, SAP 17-1-1994, SAP 1-2-1994, SAP 17-2-1994, SAP 21-2-1994, SAP 22-2-1994, SAP 14-3-1994, SAP 25-3-1994, SAP 27-4-1994, SAP 8-6-1994, SAP 8-7-1994, SAP 22-7-1994, SAP 25-9-1995, SAP 24-6-1996, SAP 29-10-1996, SAP 18-5-1998, SAP 30-6-1998.

**13**  
Les enfants devant le divorce, *Presses Universitaires de France*, París, 1979. Obra traducida al castellano, *Los hijos ante el divorcio*, por RIAMBAU, Esteve, Hogar del Libro 1980, pág. 167.

no exista impedimento grave que lo desaconseje.

Hemos de señalar que en los Juzgados y Tribunales de Zaragoza, según Jurisprudencia reciente de la Audiencia Provincial de la citada plaza, el porcentaje de atribución de la guarda y custodia de los hijos e hijas a uno u otro progenitor, en caso de ruptura de su convivencia, es similar, puesto que de un estudio de aquellas sentencias dictadas por dicho Tribunal<sup>10</sup> a partir del año 1992, que resuelven sobre tal materia, veintinueve atribuyen la custodia a la madre<sup>11</sup>, y veintisiete al padre<sup>12</sup>, lo que no deja de sorprender al no coincidir con lo que viene siendo práctica habitual en la mayor parte de los Juzgados y Tribunales sitos en los diversos partidos judiciales de España, tal como hemos referido.

De su estudio pudiera afirmarse que, posiblemente la atribución del cuidado de los hijos e hijas a uno u otro progenitor, por los Juzgados y Tribunales de Zaragoza, en el sentido anteriormente expuesto, encuentre justificación, entre otros motivos, en una concepción distinta de las pautas y criterios educativos que se estiman más conformes con las exigencias del niño y de la niña.

Hay quienes creen que, con el fin de preservar el principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo en cuanto a la atribución de la guarda y custodia de los hijos e hijas, debería ser ésta detentada alternativamente por el padre y la madre, opinión que no compartimos, y que desde luego tampoco ha sido asumida por las Juezas, Jueces y Tribunales, quienes han resuelto denegando tal tipo de solicitud, por resultar la adopción de tal medida, totalmente contraria al principio básico del beneficio del menor y de la menor que rige en esta materia.

En este sentido se ha pronunciado numerosa Jurisprudencia, destacando entre otras la Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla de 30 de diciembre de 1998, y en especial la Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas de 22 de abril de 1993, por cuanto declara con rotundidad los motivos que impiden la división de la guarda y custodia de los hijos y de las hijas, entre los progenitores:

“Antes de entrar de lleno en el fondo de la cuestión planteada, hacer una alusión, siquiera sea teórica, sobre el hecho de que *los padres, en muchas ocasiones, parecen olvidar que,*

*tanto desde el punto de vista ético, como legal, las medidas que se adoptan, en los casos de que los padres vivan separados, con respecto al cuidado y educación de los hijos han de ser en beneficio de ellos: lo esencial no son los intereses de los padres, cuyas vidas seguirán caminos distintos, sino los de los hijos,* en muchas ocasiones víctimas inocentes del conflicto de la pareja y sobre los que no tienen por que recaer las graves consecuencias de las incomprensiones, posiciones encontradas e incluso, muchas veces, la mala fe de sus progenitores, que hacen recaer sobre los hijos sus diferentes posturas. En el planteamiento de la cuestión ahora debatida, se pretende por el demandado, y así se recoge en la sentencia de instancia, la guarda y custodia del menor compartiéndolo alternativamente durante tres meses consecutivos al año, lo que es contestado por la dirección legal de la madre, que pone de manifiesto los inconvenientes de todo tipo que para las menores implica; tesis que comparte esta Sala que entiende que, *a pesar de que los progenitores se encuentren de igual modo capacitados para asumir funciones de guarda y custodia, la imposibilidad de dividir esta entre ambos, no debe llevar consigo el repartimiento por igual del tiempo para que los padres estén con ellos, pues tal solución redundaría, sin duda, en una inestabilidad para los mismos.* De ahí que este Tribunal, sin desconocer los derechos de los padres, haya de partir de los derechos de los hijos del matrimonio, tal como se establece en el art. 159 CC. Y a este respecto, parece más adecuado para el menor establecer un régimen de visitas y de contacto del padre con el hijo que, sin desconocer la convivencia de una relación asidua de este con aquel, preserve la necesaria estabilidad en las actividades escolares y extraescolares del menor, procurando con ello su adaptación a la situación de separación de los padres, y teniendo en cuenta también las dificultades que, por vivir en distinta región y por el hecho mismo de la insularidad, ello lleva consigo. Lo que se conseguirá, a juicio de esta Sala, con el régimen de visitas que se dirá”.

Posiblemente, en palabras de Romain LIBERMAN<sup>13</sup>, sea “en el respeto absoluto del derecho de visita del que dispone el progenitor no custodio del niño donde reside la solución menos mala para el problema del derecho de custodia, sin entrar en consideraciones sexistas hoy ya desplazadas”.