



COMPARECENCIA DEL ARARTEKO ANTE LA COMISIÓN DE INSTITUCIONES, SEGURIDAD Y JUSTICIA DEL PARLAMENTO VASCO

GURASOEN BATERAKO ERANTZUKIZUNA ETA ZAINZA PARTEKATUA

SARRERA: ARLO HONETAN EZTABAIDA ABERASGARRIA BULTZATU BEHARRA

Gaurkoan hona ekarri gaituen gaiaren inguruko foro ugarian hartu du parte Arartekoak azken urteotan, eta zio horrengatik bizitzako esperientzia asko jaso dugu herritarrengandik. Herritarrengana iritsi gara, emakume zein gizonengana, kexa, kontsulta edota gogoeta bidez. Galera esperientziak eta proiektu komunak esperientziak, eta horien porrota, gehienetan, ez da soilik parametro ideologikoetan edo arauen gainekoetan kokatu nahi izaten; beharbada ezinbestekoak izan daitezke errealitateari nolabaiteko zentzua emateko. Baina kategoria abstraktuen arabera pentsatzeko egokiagoak dira, zalantzarik gabe, giza harremanen konplexutasun osoa atzemateko baino. Alabaina, eskubideak bermatzeko erakundea garen aldetik, jakin badakigu politika publikoetatik jasotako erantzun ororen abiapuntuak, ezinbestean, pasiorik gabeko gogoeta izan behar duela, inpartziala, betiere zentzuzkotasuna nagusia izanik.

Hala eta guztiz ere, behar horretarako ekarpenak egin nahi izan ditugu ezagutzen duzuen Arartekoaren 1/2010 Gomendio Orokorren bidez. Hauxe da Gomendio horren gaia: "Gurasoen baterako erantzukizuna banandutako bikoteengan: Herri botereen eginkizuna". Eta horrengatik iruditzen zaigu kezagarria, gure esperientzian, eztabaida gehiegitan bideratzea alderdi ideologikoetatik eta asmoen gaineko judizioetatik, gure ustez egokiena izango litzatekeen bidetik jo beharrean, hain zuzen ere ikuspegi desberdina duten pertsonen arlo honetan eztabaida zintzoa eta aberasgarria egiteko modua izan dezaten: datuen eta argudioen gaineko zorrotasuna, sentikortasuna, balio partekatuetan oinarrituriko elkar ulertzeko borondatea eta proposamenak proiektatzeko nolabaiteko ahalmena, baita ondorio aurreikusgarriak ere eboluzio historikoaren aldetik. Horrengatik egoki iritzi diot esku-hartze honen hasieran bi alderdi aipatzeari, nire ustez kontuan hartu beharrekoak eztabaidari ekitean:

A. KONTZEPTUAK ARGI IZATEA ETA ZEHAZTEA

Zertaz ari gara "zaintza partekatuari buruzko eztabaida" diogunean? Argi geratu beharko litzateke kontua ez dela seguru asko hemen gauden guztiok bat gatozen gaiari buruz eztabaidatzea eta, beraz, komunean pentsatzeko abiapuntua izan beharko luke, hots: hoherena izango litzateke bikoteek berdintasun irizpideekin bereganatzea seme-alabak zaintzeak dakartzan eginkizunak, elkarrekin bizi direnean nahiz balizko haustura gertatu ondorenean. Baldin eta, edozein arrazoi tarteko,

banantze horretan –banantzea baino lehen edo ondoren- berdintasun irizpiderik ez jarraitzea erabakitzen badute, askatasunez loturiko akordioaren ondoriozkoa izango litzateke egokiena. Hartara, seme-alaben interesen inguruko akordioa izan beharko litzateke lehentasunez, betiere aldeetako bat akordioa onartzera baldintzatu gabe euren borondate librearekin zerikusirik ez duten arrazoiengatik eta, bereziki, gizarte rol edo espektatibengatik; izan ere, rol horiek gizon eta emakumeen arteko desberdintasunak iraun dezan laguntzen dute, gizonek emakumeekiko duten zapalkuntzak jarrai dezan.

Kontua ideiak ematea da, oinarri komun hori abiapuntu hartuta, gogoeta egin ahal izateko: **nola arautu beharko litzatekeen legez adingabeen zaintza, noiz-eta, gurasoak banandu ondoren, gurasoek zaintza partekatua izateko aukeraren inguruko akordiorik lortzen ez dutenean.** Kontuan izan behar da araudiak bete beharko lukeen lehentasunezko interesa ez dela guraso batena edo bestearena, seme-alabena baizik, laguntza materialaren aldetik nahiz batez ere seme-alaben egonkortasun psiko-afektiboaren aldetik. Gainera, ezin ahantzi dezakegu nagusi dugun errealitatean oraindik ere gizonaen menpe daudela emakumeak. Kasu askotan harremana hautsi baino lehen emakumeek dituzten roletara mugatzen da emakumeen eginkizuna, soilik horretarako rola esleitzen zaizkie. Horrek, zalantzarik gabe, baldintzatu egiten ditu halakoetan hausturaren ondoren izan daitezkeen konponbideak. Indarreko legeria zibilean, nolana ere, aldeek adosturiko akordioa lehenesten dela kontuan izanik, ikus ditzagun zein lege aukera dauden, oro har, adostasunik ez dagoen kasuetan:

- Gurasoak ados jartzen ez direnean, **seme-alaben interesa behar bezala babestuta dagoela irizten zaio, zaintza soilik aitari edo amari esleitzen zaionean, salbuespenezko kasuetan izan ezik** (aukera horri dagokio egungo legeria).
- epaileak onartzea, **kasuan kasuko inguruabarrei erreparatuta**, adostasunik eza gorabehera bideragarria eta komenigarria dela sistema partekatua adingabeen zaintzarako (aukera horren aldekoa da hain zuzen Justizia Ministerioaren aurreproiektua).
- zaintza partekatua **lehentasunezko aukeratzat hartzea, salbu eta epaileak uste badu, kasu zehatzetako ezohiko inguruabarrak ikusita, ez dela gomendagarria adingabearen mesederako.** Ildo horretan egin dira legeak Aragoi, Katalunian eta Valentzian, bitartekaritza baliabideak indartzearekin osatuta, zertarako-eta zaintzaren gaineko akordioa epe luzerako plan batean bideratzeko, non baterako erantzukizuna lehenetsiko den.

B. GENEROAREN AZTERKETA IKUSPEGI HISTORIKOAREN ARABERA

Ez da nahikoa, jakina, eredu baten edo beste baten aldeko argudioak ematea soilik alderdi teorikoa oinarri hartuta, baizik eta ereduak testuinguru historiko eta geografiko jakin batean aplikatzeak ekarriko lituzkeen ondorioak ere hartu behar dira aintzat.

Horrexegatik uste dugu gogoeta horretan genero ikuspegia txertatu beharko litzatekeela, eta emakumeentzat eta gizonezkoentzat dituen ondorioak aztertu beharko lirarteke egitura patriarkalek beren horretan jarraitzeko edo horiek gainditzeko ikuspegitik, emakumeek egun duten benetako egoera abiapuntu hartuta betiere. Arartekoaren ustez, horrek berekin dakar emantzipaziorako eta gizarte justizia zorrotzerako eztabaidaren eremuan kokatzea erantzukizuna izateko asmoa; izan ere, azken mendean gure gizarte-kulturako testuinguruan pertsonen bizitzen eraldaketarik handiena ekarri du asmo horrek: feminismoak. Horixe da, hain zuzen ere, eztabaidarako gure ekarpenaren oinarrietako bat, eta erreferente nagusia, nolahi ere, adingabeen lehentasunezko interesa babesteak izan behar du. Horrengatik guztiagatik, ondorio hauek dakartza erakunde honen ustez:

- Agerikoak dira azken 30 urtean gure gizartean izandako eraldaketak, familia ereduari dagokienez, nahiz gizonek eta emakumeek eredu horietan bakoitzean etxeko eta zaintzako lanak partekatzeko duten moduari dagokionez. Urruti gaude benetako berdintasunetik, zalantzarik gabe. Baina une eta toki jakin batean gertatzen den banaketa modua irudikatzeko "argazkia" ikuspegi dinamikotik baloratu behar da, ez ikuspegi estatikotik: hots, gizarte aldaketaren testuinguruan ulertu behar da, baina ez da bilakaera lineala eta ez die erantzuten, ezinbestean, subjektu eraldatzaile bakarraren bultzadei: elkarri eragiten dioten giza eta arau mailako faktore eta faktore material ugariaren emaitza da. Gainera, kasu bakoitzean beste alderdi afektibo eta emozional batzuekin batera gertatzen dira, horiek gabe ezin uler baitaiteke giza jokabidea. Beste ekarpenetako bat da elementu horiek balioestea, feminismoak egin duen bezala. Gizarte zientziek feminismoari zor dioten ekarpenetako bat da horixe, hain zuzen.
- Zaintza partekatua gainera egungo legeria ez da aipaturiko bilakaeraren faktore erabakigarria, baina badu eragina bikoteek harremani buruz dituzten itxaropen kontzienteetan eta inkontzienteetan, baita seme-alabekiko harremanetan ere. Legeria mantentzeko edo aldatzeko erabakian, beraz, jakin egin behar da zein ondorio dituen emakumeen eta gizonen berdintasuna lortzeko helburuan, lana banatzean alegia, bereziki seme-alaben zaintzan. Horrengatik, ez gatoz bat zaintza partekatua prebentzioski hartzearekin, zaintza partekatua gizartearen eredu ideala izanik. Beraz, ez gaude ados salbuespenezko aukeratzat hartzearekin, benetako berdintasuna maila guztietan errealitatea ez den bitartean. Kontua hauxe aztertzea da: ezkontza hautsi ondoren seme-alabak zaintzeko araubidea, termino batzuetan edo besteetan, lagungarria den hemen eta orain seme-alabak zaintzeko lanen berdintasunezko banaketa lortzeko helburura hurbiltzeko edo urruntzeko.
- Gurasoak banantzen direnean, haustura baino lehen elkarbizitzaren araubidea zein izan den jakin behar da, baita seme-alabak zaintzeko eta hezteko funtsezko eginkizuna antolatzeko modua ere. Hots, banantzearen ondoren zaintza partekatua seme-alabentzat bideragarria eta komenigarria den baloratzean,

kontuan izan behar da zaintzan aurretiaz izan den baterako erantzukizunaren errealitatea. Hala ere, egia da ere, banantzearen ondoren gurasoek seme-alabak zaintzea adingabeentzat objektiboki komenigarria denean ere, kasu askotan ez dela erraza izaten zaintzari buruzko akordioa lortzea. Hots, gauza bat da objektiboki gurasoek seme-alabak baterako erantzukizun irizpideekin zaintza bereganatzeko baldintzak izatea eta beste gauza bat, guztiz desberdina, hala adostea lortzen duten ala ez. Izan ere, faktore ugari dago bananduriko bikote batean bietako batek honako honi uko egiteko arrazoiak azaltzeko: seme-alabaren zaintza bikotekide ohiarekin partekatzekeo ideari. Ez litzateke zuzena izango, printzipioz eta oro har, aurretik amatasunaren eta aitatasunaren inguruko berdintasunik ezak eta baterako erantzukizunik ezak eragindako arrazoiagatik hala izatea. Hauxe berehala ulertzearen parekoa izango litzateke: bikotea elkarrekin bizi izan bada eta zaintza partekatua izan bada, ez liratekeela horrelako desakordioak izan behar ezkontza haustean. Aurretiaz dagoen ideia izango litzateke, errealitatearekin zerikusirik ez duen aurreiritzia, eta gure esperientzian behinik behin, nahikoa konplexua izan ohi da.

- Horregatik guztiagatik, bikotea hautsi ondoren seme-alabak zaintzeko era arautzean, gure ustez funtsezkoa da prozedura jakin bat bermatzea, desakordioa dagoenean bikoteak seme-alabak zaintzearen eta heztearen inguruan objektiboki bizi dituen benetako baldintzak jakiteko modua emango duena, bikotea haustean eta ondoren. Horren bidez, inor berehala lehenetsi gabe, adingabearen goren mailako interesa eta guraso bien berdintasuna eta baterako erantzukizuna bateratzea ahalbidetzen duen zaintza ezartzea da kontua, baina ez dugu ahaztu behar araubide hori, funtsean, lagungarria dela seme-alaben bizi-baldintzak hobetzeko.

C. GIZARTE ALDAKETAK ETA LEGE ALDAKETAK

Gizarte aldaketek **aldaketak eskatzen dituzte legeetan**. Hala uzten dute agerian gizarteak genero berdintasunaren edo adingabeen babesaren arloetan izandako aurrerapenak. Aurrerapen horiei esker, aldaketa garrantzitsuak gertatu dira gure ordenamenduko eremu guztietan azken urteetan.

Halaber, eskakizun hau ekarri diete aurrerapen horiek herri botereei: euren jardunaren bidez, abiapuntuko egoerak aldatzeko lana egin dezaten, arauen aldetik nahiz alde materialetik familiaren eta familiako kideei eratzikitako rol eta espektatiben ikusmolde patriarkalari erantzuteko egoerak. Ikusmolde hori orain ez dago gizartean presente Kode Zibilean banantzeek eta dibortzioek gurasoen eta seme-alaben arteko harremanetan dituzten ondorioak arautu zirenean bezain bat, baina hala ere, presente jarraitzen du **arlo horretan gure auzitegien jarduna baldintzatzen duten bi alderditan:**

- alde batetik, oraindik ere **salbuespentzat** hartzen da zaintza partekatua gure legerian baldin eta gurasoetako batek seme-alaben zaintza eskusiboa

izateko asmoa badu. Legegile guztiak bat datoz ikuspegi horretan, epaileen elkarteak, familia abokatuak edo Justizia Ministerioa Kode Zibila aldatzeko bere aurreproiektuan, edo Botere Judizialaren Kontseilu Nagusia aurreproiektu horri buruzko txostenean.

- Bestalde, adingabeen zaintza amari **eratzikitzeko ideia (aurreiritzia) lehenesten** da, zeren eta, seme-alabak, berdintasun baldintzetan, hobeto omen baitaude **amaren kargupean**

1. CONTEXTO Y RAZÓN DE SER DE LA DEMANDA DE UNA MAYOR CORRESPONSABILIDAD PARENTAL

El debate se inscribe, a nuestro juicio, en una reflexión social más amplia en la que nuestro deber es doble:

- a) Contribuir a hacer efectivas las previsiones de la Carta Europea de los Derechos del Niño (Res. Parlamento Europeo del 8 de julio de 1992), cuando expone que *“Todo niño tiene derecho a gozar de sus padres. El padre y madre tienen una responsabilidad conjunta en cuanto a su desarrollo y educación...”*; *“En caso de separación de hecho, legal, divorcio o nulidad, el hijo tiene derecho a mantener contacto directo y permanente con los dos padres, teniendo ambos las mismas obligaciones”*. (arts. 8.11º y 13º)
- b) Contribuir a la **superación de patrones sexistas en el ámbito de la familia**, incorporando la perspectiva de género.

DERECHO DEL NIÑO Y LA NIÑA A GOZAR DE SUS PADRES. Conforme avanza en la sociedad la idea de que el cuidado de los hijos e hijas debe ser tarea de ambos miembros de la pareja, también el compartir su guardia y custodia tras la separación va siendo considerado como opción más deseable. Nada en derecho obsta a que así sea, siempre que ello –como cualquier otra medida que se acuerde en relación con los y las menores– no redunde en menoscabo del prioritario interés de éstos.

Nuestros jueces y fiscales, con buen criterio, tienden a identificar dicho interés con la idea de su estabilidad, la cual resulta perfectamente compatible, en principio, con el hecho de que, producida la ruptura de la pareja, su cuidado siga siendo ejercido por ambos progenitores, con tal de que se articule mediante un sistema razonable. Entendemos que en tanto en **cuanto la estabilidad no sea entendida en este contexto como un concepto geográfico, sino que se defina en términos psico-afectivos**, descansará tanto en la solidez de las referencias espacio-temporales que pautan la vida cotidiana del menor o la menor como también en la conciencia que el niño o niña tenga de que, a pesar de la separación, sigue siendo querido/a y atendido/a, tanto por su padre como por su madre.

Por ello consideramos que es a la luz de su capacidad para satisfacer tales criterios como habrán de valorarse, sin prejuicios y con objetividad, las condiciones materiales

y emocionales que puedan darse en cada caso para que ambos progenitores asuman dicha atención a pesar de vivir en lugares distintos, ya sea mediante una distribución de los tiempos en que se ejerce (y que no tiene por qué ser al 50%), ya mediante un reparto viable de las tareas que la integran. De ello dependerá la razonabilidad del sistema por el que se opte, así como la de los cambios que el mismo deba experimentar a lo largo del tiempo en función de la evolución del menor.

PERSPECTIVA DE GÉNERO. A pesar de que las mujeres han ido conquistando en las últimas décadas el espacio público, que antes les estaba vedado, ni la práctica dominante ni los referentes simbólicos más relevantes entre los hombres indican que éstos hayan ocupado, en igual medida, el ámbito doméstico tradicionalmente asignado a la mujer. Con independencia de que las mujeres trabajen fuera de casa, en una mayoría de familias el cuidado de la prole y de las personas dependientes sigue siendo percibido como responsabilidad fundamentalmente de la madre, mientras que del padre se espera ante todo que procure el sustento. Se trata de una mentalidad lastrada por una concepción de la familia que, aunque cada vez tenga menos vigencia, supone todavía un obstáculo de primer orden para la igualdad efectiva:

- Por un lado, porque **sigue condicionando en función del género las opciones profesionales de hombres y mujeres, al hacer recaer con mayor intensidad sobre éstas la responsabilidad de conciliarlas con la vida familiar.** De acuerdo con los datos de Emakunde, a pesar de haber pasado de un 28% de mujeres empleadas hace 25 años, al 44% actual, las mujeres representan un 93% entre quienes reducen la jornada para el cuidado de hijas e hijos, y un 95% entre quienes se acogen a la excedencia para el cuidado de menores. Ello explica, entre otras razones, que a pesar de que su capacidad y preparación sea igual a la de los hombres, las mujeres tiendan a estar infrarrepresentadas en los puestos de mayor dedicación y responsabilidad, lo que significa para ellas menor remuneración, menor influencia y, en definitiva, menor poder de decisión.
- Pero también porque, cuando sobreviene la ruptura de la pareja, los roles y **expectativas asociadas al género por los operadores jurídicos siguen respondiendo, en cierta medida, a esta misma mentalidad:** del mismo modo que en ella tiene cabida tanto el hombre que se desentiende de las tareas del hogar como el que “ayuda en casa”, pero no el que asume las responsabilidades domésticas en pie de igualdad, **tampoco se concibe que pueda existir otro papel para el padre separado, salvo excepciones, que el de relacionarse esporádicamente con sus hijos e hijas y pagar, en el mejor de los casos, para cubrir sus necesidades materiales.**

En este esquema, el padre que intenta sustraerse a su obligación representa una figura familiar, reconocible tanto en normas de índole civil como penal. El padre separado que pretende ejercer la corresponsabilidad parental, en cambio, apenas

encaja en las categorías disponibles, salvo que esa pretensión cuente con el consentimiento de la madre. De lo contrario, y en virtud de esta misma lógica, tiene a considerarse que lo natural es atribuir ese cuidado a la madre de forma preferente y exclusiva, aun cuando los informes psicosociales acrediten que ambos progenitores resultan igualmente idóneos para cuidar de la prole. En la medida en que esta sea la mentalidad prevalente, parece evidente que el padre separado quedará más supeditado que la madre al logro de un acuerdo entre las partes para ejercer su deber de educación y cuidado respecto a sus hijos e hijas, y para poder disfrutar en pie de igualdad de la experiencia de vida en común con ellos.

2. SITUACIÓN LEGAL Y POSIBILIDADES DE MEJORA

La redacción dada al Código Civil por la Ley 25/2005 hace pensar que, si bien es posible que las parejas separadas acuerden compartir la custodia de sus hijos e hijas, lo normal es que éstos queden a cargo de uno sólo de sus progenitores. Y como regla general establece que no cabe atribuir a ambos su custodia, salvo excepcionalmente, cuando alguno de ellos se niegue a compartirla.

No obstante, esta rigurosidad ha quedado un tanto mitigada por la doctrina jurisprudencial, que se ha mostrado proclive a extender su ámbito de aplicación al pronunciarse sobre el alcance y contenido de los apartados 5 y 8 del artículo 92 del Código Civil. Dos son, en este sentido, los aspectos en los que viene insistiendo el TS:

- **La guarda y custodia compartida no debe ser contemplada como una medida excepcional**, pues esta opción permite que los hijos e hijas sigan relacionándose del modo más razonable con cada uno de los progenitores. En consecuencia, la aplicación de ese régimen debe considerarse normal, salvo que sea perjudicial para el hijo o hija.
- **Criterios jurisprudenciales para valorar, a estos efectos, el interés del menor**: la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor, sus aptitudes personales, los deseos manifestados por los menores, el número de hijos e hijas, el cumplimiento por los progenitores de sus deberes en relación con los hijos e hijas y el respeto mutuo en sus relaciones personales, el resultado de los informes exigidos legalmente y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada, aunque en la práctica pueda ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven.

En definitiva, y tal como hace notar el CGPJ, si a pesar de su actual regulación el ejercicio compartido de la guarda y custodia no se configura como un modelo de aplicación extraordinaria, ello se debe principalmente a que la doctrina jurisprudencial ha proclamado su carácter normal e incluso deseable. Cabe citar, por todas, la STS de 29-4-2013 cuando, en su Fto. Jco. 3º, nos dice: ".../a

*continuidad del cumplimiento de los deberes de los padres hacia sus hijos, con el consiguiente mantenimiento de la potestad conjunta, resulta sin duda la mejor solución para el menor por cuanto le permite seguir relacionándose del modo más razonable con cada uno de sus progenitores, siempre que ello no sea perjudicial para el hijo". Y su Fto. Jco 4º concluye afirmando que la custodia compartida no debe ser vista como una medida excepcional, "... sino que al contrario, **habrá de considerarse normal e incluso deseable, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea**".*

Y sin embargo, a pesar de que la normalización de la custodia compartida se ha ido abriendo camino por esta vía en los tribunales, su adopción sigue siendo excepcional, porque así lo exige la ley, cuando las partes no alcanzan un acuerdo al respecto. Ya no hace falta, es cierto, informe favorable de la Fiscalía: la STC 185/2012, siguiendo el mismo criterio expresado por el Ararteko en su RG 1/2010, declaró inconstitucional y nula su exigencia. Pero basta con que uno de los progenitores se niegue a compartir la custodia de los hijos e hijas comunes para que, sin necesidad de otra argumentación, y salvo supuestos excepcionales, su cuidado deba quedar al cargo exclusivo a uno de ellos, que será la madre en una inmensa mayoría de casos.

Así lo ponen de manifiesto los datos del propio TS: no se trata ya de que la **custodia compartida solo se conceda en el 12% de las rupturas** de parejas con hijos (7.220 de 58.342 en el año 2011). Es que en el resto de casos, y de acuerdo con las estadísticas judiciales recogidos por el Alto Tribunal, la guarda y custodia fue atribuida en exclusiva a la **madre en el 94%** de las ocasiones (47.994), frente a un **6% en que fue atribuida al padre** (3.128).

No ponemos en cuestión que algunas de estas decisiones judiciales hayan sido acertadas, pues la realidad dominante sigue mostrando que las mujeres asumen con mayor frecuencia e intensidad el cuidado y la educación de sus hijos e hijas, lo que debe también tener un reflejo posterior en el momento de la ruptura de la pareja. No obstante, esa realidad es enormemente dinámica y muestra un proceso de cambio en la implicación de los hombres con sus hijos e hijas, un cambio a todas luces deseable, desde la perspectiva de la justicia social y de la igualdad de las personas. Condicionar apriorísticamente las decisiones sobre la custodia a una realidad que se pretende superar es tanto como contribuir a la perpetuación de la misma. Son dos las razones que nos llevan a entenderlo así:

- Porque supone desconocer y condenar al ostracismo a las realidades individuales de aquellos hombres y mujeres que, aquí y ahora, están construyendo un presente diferente con una experiencia de corresponsabilidad, que resulta un referente indispensable para nuestro futuro y **que avanza terreno, precisamente, entre los sectores más receptivos**

a la igualdad de género. Una realidad cuya presencia en nuestra sociedad resulta difícil de cuantificar, pero que ciertamente no se corresponde con los datos sobre atribución de custodia que reflejan las estadísticas judiciales. A juicio de esta institución, de entre los factores que inciden en esa desproporción, no es posible ignorar el efecto que produce el art. 92 del Código Civil al establecer, como regla general, que el cuidado de los y las menores no sea asignado a ambos progenitores cuando uno de ellos se niegue a compartirlo. Un efecto que llega a resultar disfuncional para los menores, en la medida en que puede provocar que los hijos e hijas de una pareja, tras haber sido cuidados tanto por su padre como por su madre mientras éstos convivían, no sigan disfrutando de esa corresponsabilidad tras la separación. Y es que el hecho de que un padre o una madre, por las razones que sea, no desee compartir ese cuidado con el progenitor del que se ha separado, no significa que ese acuerdo no existiera **durante la vida en común de la pareja, ni es indicio, por sí mismo, de que sus miembros carezcan de voluntad o capacidad para ocuparse de la prole a partir de ese momento.**

- Porque condiciona la igualdad de madres y padres a la hora de alcanzar acuerdos, con independencia de cuál haya sido, en un supuesto particular, su dedicación al cuidado de la prole. Y aunque ello fortalece la posición negociadora de la mujer frente al hombre, como sabe bien cualquier abogado o abogada de familia, difícilmente puede verse como una discriminación positiva que compense la desigualdad de género; más bien existe el peligro de que esté operando en sentido contrario, ahondando en la perpetuación y consolidación de una situación que, lo mismo que discrimina a las mujeres para acceder al ámbito público, también considera que lo “natural” –y lo que, en consecuencia, tiende a asociarse con el interés del menor- es que sean las madres quienes se encarguen en exclusiva de su custodia en caso de separación. Una situación que es en última instancia tributaria de **una ideología patriarcal que atribuye a las personas, en función de su género, los mismos roles y expectativas sociales que contribuyeron a consolidar dicha desigualdad** y que, en consecuencia, debe ser superada.

Por todo ello, la excepcionalidad con que es contemplada la atribución de la custodia a ambos progenitores cuando uno de ellos no desee compartirla supone, a juicio de esta institución, un obstáculo para la igualdad; pero por delante de cualquier otra consideración, ante todo entendemos que incide negativamente, en el sentido más arriba expuesto, sobre la efectividad de los derechos de los y las menores. Su superación no pasa, a nuestro modo de ver, por obligar a hacerse cargo de la prole a quien no quiere, sino porque, cuando uno de los progenitores solicite compartir su cuidado y el otro pretenda ejercerlo en exclusiva, éste no pueda imponer su voluntad en perjuicio de otras soluciones que el o la juez, en interés de los y las menores, pueda considerar más adecuadas en la línea de la corresponsabilidad parental.



Somos conscientes de que para hacer frente a los problemas expuestos es necesario un cambio de mentalidad, que sólo con el tiempo llegará a ser efectivo y que, más allá de las medidas legislativas que quepa adoptar, involucra sin duda a toda la sociedad. Ahora bien, remover los obstáculos que lo dificulten es deber de los poderes públicos, y es por este motivo que el Ararteko propugna que la ley, **huyendo de automatismos y prejuicios, habilitando medios materiales y procedimentales para acceder a un conocimiento previo de la realidad familiar concreta sobre la que se va a decidir, estableciendo mecanismos dinámicos y eficaces para la evaluación de las medidas relativas a la custodia y favoreciendo, en todo caso, la actuación consensuada de las partes, se decante como opción más deseable, en casos de separación y divorcio, por que el cuidado de los hijos e hijas comunes sea ejercido por ambos progenitores en régimen de corresponsabilidad parental, salvaguardando en todo caso el interés prioritario de los y las menores.**

Vitoria-Gasteiz, 18 de diciembre de 2013