

## 1. Recomendación general del Ararteko 1/2010, de 15 de octubre

### Corresponsabilidad parental en parejas separadas: el papel de los poderes públicos

#### I. Antecedentes

Los cambios sociales demandan cambios en las leyes. Así lo evidencian los avances en materias como la igualdad de género o la protección de los derechos de las personas menores de edad, de la mano de los cuales avanza en la sociedad la idea de que el cuidado de los hijos e hijas debe ser tarea de ambos miembros de la pareja.

Sin embargo, en los últimos años son muchas las personas, hombres y mujeres, que han acudido al Ararteko quejándose de que tales avances chocan con la excepcionalidad con que la custodia compartida sigue siendo contemplada en nuestra legislación para el caso de que no exista acuerdo entre las partes. Denuncian que, a consecuencia de ello, en la práctica es suficiente con que uno de los progenitores se niegue a compartirla para que, sin necesidad de otra argumentación, y con independencia de que ambos hayan estado desde siempre implicados por igual en el cuidado de la prole, el juez se vea casi obligado a desestimar esta posibilidad. Solicitan por ello que esta institución contribuya en la medida de sus competencias a la modificación legislativa necesaria para que, en los casos en que no existe acuerdo entre los progenitores, deje de ser excepcional la posibilidad de establecer judicialmente la guardia y custodia compartida de sus hijos e hijas comunes, en la misma línea de los países de nuestro entorno social y cultural.

En nuestros dos últimos informes ordinarios habíamos tenido ocasión de reflexionar en relación con esta problemática. Su abordaje, ciertamente, requeriría de medidas legislativas que no están al alcance de los órganos incluidos en nuestro ámbito competencial. Sus consecuencias, sin embargo, inciden directamente en derechos cuya garantía forma parte esencial de la misión de esta Defensoría, además de condicionar todo tipo de decisiones administrativas sobre las que esta institución ejerce sus funciones de control. Hemos querido por tanto hacer pública dicha reflexión en forma de recomendación general, de manera que tanto los poderes públicos competentes como la sociedad en general conozcan las razones que llevan a esta institución a entender necesaria una modificación legislativa que facilite, respetando ante todo el interés de los y las menores, la corresponsabilidad parental en el cuidado de los hijos e hijas de las parejas separadas.

#### II. Fundamentos

##### II.1. *Contexto y razón de ser de la demanda de una mayor corresponsabilidad parental*

El debate se inscribe en una reflexión social más amplia, en la que nuestro deber como defensoría es doble: por una parte, contribuir, incorporando una perspectiva de género, a la superación de patrones sexistas en todos los órdenes; por otra, contribuir a hacer efectivas

las previsiones de la [Carta Europea de los Derechos del Niño](#), 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”.

a) En cuanto al primero de estos aspectos, si bien queda aún mucho por avanzar, es evidente que, en las últimas décadas, las mujeres han ido conquistando en el ámbito de lo público espacios a los que antes sólo podían acceder con el consentimiento de sus maridos. Sin embargo, ni la experiencia vital ni los referentes simbólicos mayoritarios entre los hombres indican que éstos, en la práctica, hayan ocupado en igual medida el ámbito doméstico tradicionalmente asignado a la mujer. Más bien dan pie a pensar que, con independencia de que ésta trabaje fuera de casa, en gran parte de las 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, como hemos señalado, cada vez tiene menos vigencia. No obstante, las quejas que recibimos nos dan cuenta de hasta qué punto 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. 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. 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. Su pretensión sólo se ve libre de sospecha, desde este prisma, cuando forma parte de un acuerdo entre las partes para compartir la custodia de los menores, es decir, cuando cuenta con el consentimiento de la madre. De lo contrario, su reivindicación tiende a ser percibida como un intento de satisfacer sus necesidades a costa del bienestar de la prole, cuando no de eludir sus responsabilidades económicas. Esta lógica está presente en la práctica judicial de atribuir la custodia a la madre de forma preferente y exclusiva aun cuando, de acuerdo con los informes psicosociales, ambos progenitores resulten igualmente idóneos para ejercerla. Una lógica que condiciona inevitablemente la

igualdad de madres y padres a la hora de alcanzar acuerdos, y que difícilmente puede verse como una discriminación positiva que ayude a superar desigualdades pasadas y presentes entre hombres y mujeres. Son dos las razones que nos llevan a entenderlo así:

- porque en última instancia es 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 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 ellas quienes se encarguen en exclusiva de su custodia en caso de separación de sus progenitores. Resulta por tanto lícito preguntarse hasta qué punto nos sitúa en el camino correcto para alcanzar la igualdad efectiva.
- porque el hecho de que una pareja, tras la separación, no alcance un acuerdo para compartir igualmente el cuidado de sus hijos e hijas, no significa que dicho acuerdo no existiera durante su vida en común, 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. Dicha voluntad y capacidad habría de ser valorada caso por caso, atendiendo ante todo al bienestar de los menores, según señalamos en el apartado siguiente. Entenderlo de otra forma supone asumir un prejuicio que, en ocasiones, es utilizado para favorecer a las mujeres. En nuestra opinión, por el contrario, además de perjudicar a todas las personas, como cualquier factor de desigualdad, supone ignorar una realidad social evidente: la existencia de un modelo familiar de corresponsabilidad que, con independencia de que resulte mayoritario o no, avanza terreno, precisamente, entre los sectores más receptivos a la igualdad de género. Entre los casos que nos han llegado no han faltado, por otra parte, los de parejas de mujeres que, en su día, habían asumido en común la responsabilidad parental mediante la inseminación artificial de una de ellas. Tras su separación, sin embargo, el prejuicio del que hablamos había llevado al Juzgado a asumir una perspectiva biologicista que, ante la negativa de la madre biológica a compartirla, privaba de la custodia de la hija común a la que no la había concebido y dado a luz, a pesar de haber asumido su cuidado en todo momento desde que nació.

b) Por lo que se refiere al segundo de los aspectos citados, observamos que, 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 como también en la conciencia que éste tenga de que, a pesar de la separación, sigue siendo querido y atendido 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.

## **II.2. Situación legal y posibilidades de mejora**

A nivel legislativo, sin embargo, a pesar de los avances que en esa línea pretendieron las modificaciones del Código Civil operadas por la [Ley 15/2005, de 8 de julio](#), como regla general no cabe atribuir a ambos progenitores la custodia de la prole cuando alguno de ellos se niegue a compartirla, según recoge su art. 92. Es cierto que el párrafo 8º de la norma reseñada contempla la posibilidad de que judicialmente se establezca, aun a pesar de la oposición de una de las partes, que el o la menor quede a cargo tanto de uno como de otro. Pero lo hace a título de excepción, y sólo para el caso de que, con informe favorable de la Fiscalía, se considere la única forma de proteger el interés de aquél, lo que explica el escaso uso que nuestros tribunales hacen de esta posibilidad.

Y es que la opción de un juez por una de las posibilidades sobre las que debe decidir, ya sea en ésta como en cualquier otra materia, raramente se basa en que sea ésa, y sólo ésa, la única que atiende adecuadamente el interés que sea prioritario proteger. Lo que el juez hace más bien es identificar, de entre las distintas opciones que se le ofrecen, aquélla de la que sea razonable esperar, a la vista de las circunstancias, una mejor protección de dicho interés.

La norma citada, por el contrario, impide en muchos casos al juez decantarse por la custodia compartida a pesar de que considere que es la mejor opción. Y es que sólo podrá hacerlo si además declara, con el acuerdo del Fiscal –lo que no sucede en ningún otro ámbito–, que no hay otra solución que ésa para proteger adecuadamente el interés del menor. Este juicio de exclusividad resulta difícilmente coherente con un requisito esencial, sin embargo, para poder adoptarla: que, de acuerdo con los informes psicosociales, tanto el padre como la madre estén perfectamente capacitados para cuidar de la prole en caso de que ésta quedara a su cargo. De hecho, según refleja la mayoría de expedientes que hemos tenido ocasión de analizar, cuando un progenitor solicita la custodia compartida en contra del criterio del otro, se basa para ello en que ésta constituye la fórmula más favorable para proteger el interés de su hijo o hija, pero no necesariamente en que los menores iban a estar mal atendidos si su cuidado fuera atribuido en exclusiva al que se niega a compartirla. En

los actuales términos del art. 92 del Código Civil, sin embargo, dicha negativa prevalecerá por encima de toda otra consideración, a no ser que se produzca una conjunción de factores que, como queda expuesto, no sólo se dará raramente en la práctica, sino que resulta difícil incluso de concebir en la teoría: que no sólo el juez, sino también el fiscal, entiendan que tanto el padre como la madre están capacitados para cuidar de sus hijos e hijas, pero al mismo tiempo consideren que el interés de éstos no estaría protegido adecuadamente si su cuidado quedara a cargo exclusivamente de uno de ellos.

En el contexto que con anterioridad hemos descrito, entendemos que todo ello, unido a la excepcionalidad con que está contemplada la medida, supone un obstáculo de primer orden para la igualdad, además de incidir negativamente, en el sentido más arriba expuesto, sobre la efectividad de los derechos de los y las menores. Su superación no pasa, por supuesto, por obligar a hacerse cargo de la prole a quien no quiere, sino por que cuando uno de ellos solicite compartirlo y el otro pretenda ejercerlo en exclusiva, éste no pueda imponer su voluntad en perjuicio de otras soluciones que el o la juez, respetando ante todo el interés de los y las menores, pueda considerar más adecuadas en la línea de la responsabilidad 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 instamos su actuación por medio de la presente

### **III. Recomendación**

Que los poderes públicos, cada cual en la medida de sus competencias, insten las modificaciones legislativas necesarias para favorecer como opción más deseable, en casos de separación y divorcio, 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.