

# AEQUALITAS

REVISTA JURÍDICA DE IGUALDAD DE OPORTUNIDADES ENTRE MUJERES Y HOMBRES



---

**NÚMERO 7**

---

**MAYO-AGOSTO 2001**

---

**PERIODICIDAD CUATRIMESTRAL**

---



## CONSEJO DE REDACCIÓN

### DIRECTORA

#### MARÍA ELÓSEGUI ITXASO

Profesora Titular de Filosofía del Derecho.  
Facultad de Derecho. Universidad de Zaragoza.

### SUBDIRECTORA

#### ANA DE SALAS GIMÉNEZ DE AZCÁRATE

Directora General del Instituto Aragonés de la Mujer.  
Departamento de Presidencia y Relaciones Institucionales.  
Gobierno de Aragón.

### SECRETARIA DE REDACCIÓN

#### ANA TRICIO GALÁN

Secretaria General del Instituto Aragonés de la Mujer.  
Departamento de Presidencia y Relaciones Institucionales.  
Gobierno de Aragón.

### SECRETARIA TÉCNICA

#### MERCEDES DE ECHAVE SANZ

Responsable del Centro de Documentación  
y Publicaciones del Instituto Aragonés de la Mujer.  
Departamento de Presidencia y Relaciones Institucionales.  
Gobierno de Aragón.

### VOCALES

#### JUAN RIVERO LAMAS

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.  
Facultad de Derecho. Universidad de Zaragoza.

#### GABRIEL GARCÍA CANTERO

Catedrático de Derecho Civil.  
Facultad de Derecho. Universidad de Zaragoza.

#### ALTAMIRA GONZALO VALGAÑÓN

Abogada.  
Miembro del Consejo Rector del Instituto Aragonés de la Mujer.

#### MERCEDES BAYO

Abogada. Coordinadora en Zaragoza del Servicio Jurídico  
de Atención a la Mujer del Instituto Aragonés de la Mujer.  
Departamento de Presidencia y Relaciones Institucionales.  
Gobierno de Aragón.

#### MARÍA JOSÉ BALDA MEDARDE

Abogada. Coordinadora en Huesca del Servicio Jurídico  
de Atención a la Mujer del Instituto Aragonés de la Mujer.  
Departamento de Presidencia y Relaciones Institucionales.  
Gobierno de Aragón.

#### M.<sup>a</sup> ÁNGELES SANZ SÁEZ

Abogada. Coordinadora en Teruel del Servicio Jurídico  
de Atención a la Mujer del Instituto Aragonés de la Mujer.  
Departamento de Presidencia y Relaciones Institucionales.  
Gobierno de Aragón.

### EDITA:

- Instituto Aragonés de la Mujer.  
Departamento de Presidencia y  
Relaciones Institucionales.  
Gobierno de Aragón.

Paseo María Agustín, 38. 50004 Zaragoza  
Tel. 976 445 211  
E-mail: iam@aragob.es

- Universidad de Zaragoza.

Plaza San Francisco, s/n. 50009 Zaragoza  
Tel. 976 761 000  
E-mail: elosegui@posta.unizar.es

DISEÑO GRÁFICO E IMPRESIÓN: Los Sitios talleres gráficos.

DEPÓSITO LEGAL: Z-1508-99

ISSN: 1575-3379

## CONSEJO ASESOR

#### JOSÉ ÁNGEL BIEL RIVERA

Vicepresidente y Consejero de Presidencia y Relaciones Institucionales del Gobierno de Aragón.  
Presidente del Consejo Rector del Instituto Aragonés de la Mujer.

#### FERNANDO GARCÍA VICENTE

Justicia de Aragón.

#### BENJAMÍN BLASCO SEGURA

Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Aragón.

#### ALFONSO ARROYO DE LAS HERAS

Fiscal Jefe del Tribunal Superior de Justicia de Aragón.

#### VEGA ESTELLA IZQUIERDO

Letrada. Directora de Gestión y Documentación Parlamentaria. Cortes de Aragón.

#### MARÍA PILAR DÁVILA

Directora del Instituto de la Mujer. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.

#### CONCEPCIÓN DANCAUSA

Secretaría General de Asuntos Sociales. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.

#### RAFAEL SANTACRUZ BLASCO

Director General de Servicios Jurídicos.  
Departamento de Presidencia y Relaciones Institucionales. Gobierno de Aragón.

#### CARLOS CARNICER DÍEZ

Decano del Real e Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza.

#### ANTONIO COARASA GASÓS

Decano del Ilustre Colegio de Abogados de Huesca.

#### JOSÉ VICENTE MONTÓN ZURIAGA

Decano del Ilustre Colegio de Abogados de Teruel.

#### MIGUEL RODRÍGUEZ-PIÑERO

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.  
Consejero de Estado. Ex-presidente del Tribunal Constitucional.

#### DOLORES DE LA FUENTE VÁZQUEZ

Directora General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

#### ELISA SIERRA

Profesora Asociada de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Facultad de Derecho.  
Universidad Pública de Navarra.

#### CARMEN ORTIZ LALLANA

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Facultad de Derecho.  
Universidad de La Rioja. Magistrada Suplente del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja.

#### MARÍA FERNANDA FERNÁNDEZ LÓPEZ

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Facultad de Derecho. Universidad de Sevilla.

#### ROBERT ALEXY

Catedrático de Filosofía del Derecho y Derecho Constitucional. Christian-Albrechts Universität. Kiel.

#### ALFONSO RUIZ MIGUEL

Catedrático de Filosofía del Derecho. Facultad de Derecho. Universidad Autónoma de Madrid.

#### DOLORES SERRAT MORÉ

Decana Facultad de Medicina. Profesora Titular de Medicina Legal. Universidad de Zaragoza.  
Médica Forense. Psiquiatra.

#### TERESA PÉREZ DEL RÍO

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.  
Facultad de Derecho. Universidad de Cádiz.

#### FERNANDO REY MARTÍNEZ

Profesor Titular de Derecho Constitucional. Facultad de Derecho. Universidad de Valladolid.

#### PALOMA DURÁN Y LALAGUNA

Directora Gabinete Secretaría General de Asuntos Sociales. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.

#### AMPARO BALLESTER PASTOR

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.  
Facultad de Derecho. Universidad de Valencia. Magistrada Suplente del Tribunal de lo Social.

#### MARÍA ÁNGELES BARRERE UNZUETA

Profesora Titular de Filosofía del Derecho. Facultad de Derecho. Universidad País Vasco-Donostia.

#### BEATRIZ QUINTANILLA NAVARRO

Profesora Asociada de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.  
Facultad de Ciencias Políticas. Universidad Complutense.

#### MARÍA PILAR DE LUIS CARNICER

Profesora Titular de Organización de Empresa. Centro Politécnico Superior. Universidad de Zaragoza.

#### LUIS NAVARRO ELOLA

Profesor Titular de Organización de Empresa. Centro Politécnico Superior. Universidad de Zaragoza.

#### CARMEN SÁEZ LARA

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Facultad de Derecho.  
Universidad Carlos III de Madrid. Letrada del Tribunal Constitucional.

#### ASUNCIÓN VENTURA

Profesora Titular de Derecho Constitucional. Facultad de Derecho. Universidad Jaume I de Castellón.

#### CRISTINA SAN ROMÁN GIL

Técnica Jurídica. Gobierno de Aragón.

#### ROGELIO ALTISENT

Médico de Familia. Centro de Salud Actur. Profesor Asociado de Medicina de Familia.  
Facultad de Medicina. Universidad de Zaragoza.

#### AURORA LÁZARO

Médica Pediatra. Hospital Clínico Universitario Lozano Blesa.  
Profesora Asociada de Pediatría. Facultad de Medicina. Universidad de Zaragoza.

#### MARÍA JOSÉ COLL TELLECHEA

Especialista en Psicología Jurídica.

#### JOSÉ MARÍA CIVEIRA

Médico Psiquiatra. Hospital Universitario Miguel Servet. Zaragoza.

#### ANA CARMEN MARCUCELLO

Médica Ginecóloga. Hospital Universitario Miguel Servet. Zaragoza.



**A**frontamos en este número de AEQUALITAS varias cuestiones relacionadas con el Derecho Civil y el Derecho Internacional. Por una parte, informamos de uno de los posibles problemas que pueden surgir en los matrimonios mixtos, a saber, el secuestro interparental de hijos o hijas menores. Los medios de comunicación se han hecho eco del mismo, pero es necesario innovaciones jurídicas tanto a nivel del Derecho Internacional como del Derecho Comunitario para lograr una protección más eficaz del menor y de la menor.

En otro orden, planteamos un debate en relación con la guarda y custodia de hijos e hijas en casos de separación y divorcio. Las opiniones están divididas en relación a cómo organizar la atención de las y de los menores. Hay quien se inclina por una custodia compartida, figura hoy inexistente en nuestro actual ordenamiento jurídico. Por ello hemos acudido al derecho francés para analizar ese concepto en el derecho civil de nuestro país vecino.

Como contraste, ofrecemos un estudio de la jurisprudencia española, con una especial atención a los tribunales aragoneses, respecto a quien están otorgando los jueces o las juezas la guarda y custodia en casos contenciosos.

La nueva redacción del art. 159 del Código Civil, conferida por Ley 11/ 1990 de 15 de octubre elimina la preferencia de la madre sobre el padre, para la guarda y custodia del hijo o hija menor de 7 años, tal y como figuraba anteriormente en la Ley 11/181 de 13 de mayo que disponía; “Si los padres viven separados y no decidieran de común acuerdo, los hijos e hijas menores de siete años, quedarán al cuidado de la madre, salvo que el Juez, por motivos especiales proveyere de otro modo”.

Ofrecemos una breve actualización de las recientes reformas sobre fomento del empleo femenino del R.D.L. 5/2001.

Como ya se anunció, dedicaremos próximos números al Derecho Civil aragonés y a temas de Seguridad Social que afectan a la situación de la mujer en ámbito rural. Si bien, al mismo tiempo cabe profundizar y desarrollar con más amplitud temas discutidos en anteriores publicaciones.

**María Elósegui Itxaso**

Profesora Titular de Filosofía del Derecho de la Universidad de Zaragoza.  
Directora de la Revista AEQUALITAS

**U**no de los retos de este siglo al que nos enfrentamos es el de conformar un modelo de sociedad en el que las relaciones entre mujeres y hombres sean igualitarias. Para ello el Instituto Aragonés de la Mujer, un año más, ha realizado una campaña institucional de sensibilización en torno a la necesidad de conciliación de la vida familiar, personal y laboral entre mujeres y hombres, reforzada este año con la publicación de un folleto informativo sobre la ley 39/1999, de 5 de noviembre, y la edición de un CD-Rom como material coeducativo dirigido a la comunidad educativa, al profesorado, alumnado de secundaria, padres y madres, en el que se hace un análisis del significado de los principios de igualdad en nuestra sociedad, tanto a nivel estatal, como autonómico e internacional, con el objeto de que chicos y chicas se eduquen en la igualdad y en la conciliación para que en su desarrollo integral puedan asumir en su vida de adultos, con autonomía y responsabilidad, las obligaciones personales, familiares y profesionales.

Se pretende sensibilizar no sólo de lo necesario y justo que es la conciliación de la vida familiar, personal y laboral, sino también de lo necesario que es seguir trabajando por conseguir una sociedad de igualdad de oportunidades, de derechos políticos, económicos y sociales entre mujeres y hombres.

El Gobierno de Aragón, a través del Instituto Aragonés de la Mujer, va a continuar en esta línea, difundiendo la importancia de que mujeres y hombres compartan y repartan las responsabilidades y oportunidades tanto en el ámbito laboral y profesional como en el familiar y doméstico, porque sólo así hablaremos de una efectiva y real igualdad. Hay que romper barreras. Hay que cambiar actitudes. Pactar es necesario y ello supone llegar a acuerdos en la toma de decisiones, la asunción de roles y el reparto del trabajo doméstico entre todas las personas de la familia. La conciliación es positiva para mujeres y hombres, para toda la sociedad, contribuyendo al bienestar personal y a la calidad de vida, al mantenimiento y equilibrio familiar y a la creación de empleo mediante la promoción de la igualdad de oportunidades en el mercado laboral.

**Ana de Salas Giménez de Azcárate**

Directora General del Instituto Aragonés de la Mujer. Departamento de Presidencia y Relaciones Institucionales. Gobierno de Aragón.  
Subdirectora de la Revista AEQUALITAS

# La Guarda Compartida en Derecho Francés

ISAAC TENA PIAZUELO

Profesor Titular de Derecho Civil.  
Facultad de Derecho. Zaragoza

**1**  
Cfr. BATTEUR, A., *Droit des personnes et de la famille*, Paris, 1998, pág. 55-56. La mayoría de edad se adquiere a los dieciocho años, a partir de la Ley de 5 de julio de 1974. Debe tenerse en cuenta, especialmente, el art. 488 del Code (situado en el Libro Primeró, "Des personnes", Título XI, "De la majorité et des majeurs qui sont protégés par la loi", Capítulo I, Dispositions générales): "(Loi 74-631 du 5 juillet 1974, article 1.<sup>er</sup>). La majorité est fixée à dix-huit ans accomplis; à cet âge, on est capable de tous les actes de la vie civile.

Est néanmoins protégé par la loi, soit à l'occasion d'un acte particulier, soit d'une manière continue, le majeur qu'une altération de ses facultés personnelles met dans l'impossibilité de pourvoir seul à ses intérêts.

Peut pareillement être protégé le majeur qui, par sa prodigalité, son intempérance ou son oisiveté, s'expose à tomber dans le besoin ou compromet l'exécution de ses obligations familiales".

La autoridad parental dura hasta la mayoría de edad del hijo e hija o su emancipación, aunque hay algunas prerrogativas vinculadas con la autoridad de los padres y madres que desaparecen antes (en ciertos efectos subordinados al consentimiento del propio o propia menor: en cuanto al nombre, la adopción, tratamientos terapéuticos, etc), y de otro lado existen algunos aspectos que perviven pese a la extinción de la autoridad parental (como los deberes de honrar y respetar al padre y a la madre, por más que no dejen de tener un contenido simbólico).

Cfr. FULCHIRON, H., en *Droit de la Famille* (dir. RUBELLIN-DEVICHI), Paris, 1996, pág. 570-571.



En Derecho francés, de parecida manera a como sucede en el nuestro, se dispensa un tratamiento especial a las relaciones paterno-filiales durante la minoría de edad <sup>1</sup>. Esta es una regla general, sin perjuicio de las particularidades existentes en los casos de emancipación de los hijos o hijas menores o incapacidad de los hijos e hijas mayores. Los progenitores ostentan sobre los hijos e hijas menores la *autoridad parental* (que viene a ser el equivalente de la patria potestad de nuestro Derecho común), ejercida como una función (una especie de misión que debe cumplirse en interés de los hijos) <sup>2</sup> más que como una obligación propiamente dicha, tanto en la esfera personal como en la patrimonial (en donde se significa con la administración legal). En este respecto al padre y la madre se les supone equiparados, por más que esta consideración no constituya un tratamiento absolutamente idéntico, en la propia medida en que a ciertos efectos de la autoridad familiar pueda preferirse ya al padre, ya a la madre <sup>3</sup>.

Entre las características con que se regula en Francia la relación de padres, madres e hijos o hijas en potestad, hay una que ha llamado especialmente la atención de nuestra doctrina científica. Se trata de la *guarda conjunta*, una posibilidad de que el padre y la madre, que hayan perdido la situación ordinaria de comunidad de vida familiar, de alguna manera sigan comportándose como pareja en lo que respecta al cuidado del hijo o hija. Este supuesto, cuyo planteamiento debe resultar grato en cuanto sugiere una cierta relación armónica entre madres y padres separados, en apariencia contrasta con lo que es regla general en nuestro Derecho. Pues el modelo seguido por el Código para las relaciones paterno-filiales (configurado fundamentalmente en 1981), contempla el ejercicio conjunto de las funciones de guarda únicamente en los casos en que se conserva la relación de convivencia entre padre y madre, dando lugar en otro caso a la atribución exclusiva en favor de uno o de otra.

Aprovechando la magnífica exposición que sobre la atribución de la guarda en el Derecho español hace (en este mismo número de la Revista) Carmen de Lasala Porta (y que amablemente me ha permitido consultar), apenas expondré algunas nociones sobre los principios básicos de nuestro sistema que

faciliten un contraste con el francés, sin incurrir en reiteraciones innecesarias.

Las referencias del Código civil español al ejercicio de la guarda sobre los hijos e hijas pertenecen a órdenes distintos, o cuando menos tienen en él una sistemática distinta. De un lado están las disposiciones referentes a las relaciones paterno-filiales, de otro los efectos de la separación o el divorcio. De ahí que una cuestión preliminar sea la de establecer los respectivos ámbitos de aplicación material, sin olvidar que (en aras de una comparativa con el Derecho francés) los conceptos y el régimen de instituciones como la patria potestad, o el que se aplica a las crisis jurídicas del matrimonio, tienen características definitorias entre nosotros y nosotros. En el primer grupo normativo de los apuntados deben tenerse en cuenta, especialmente en la materia que estudio, los art. 156 y 159 CC. El último párrafo del art. 156 (en su previsión de “*Si los padres viven separados la patria potestad se ejercerá por aquel con quien el hijo conviva. Sin embargo el juez, a solicitud fundada del otro progenitor, podrá, en interés del hijo, atribuir al solicitante la patria potestad para que la ejerza conjuntamente con el otro progenitor, o distribuir entre el padre y la madre las funciones inherentes a su ejercicio*”) parece que se está refiriendo exclusivamente al supuesto de separación de hecho del padre y de la madre <sup>4</sup>. También el art. 159 tiene que referirse a situaciones de separación de hecho de los cónyuges o de los padres y madres que no están casados entre sí, puesto que, en otro caso, si se tratase de separación legal o de divorcio, la correspondiente sentencia deberá contener –inexorablemente– las determinaciones precisas en relación a los hijos e hijas <sup>5</sup>, de acuerdo a los art. 90 A), 91, 92, 96 CC. Tratándose no de medidas posteriores a la sentencia, sino previas a la demanda o bien *provisionales*, coetáneas con la demanda, habrá de considerarse lo que resulta del art. 103.- 1.ª.

El Derecho de familia francés *también* (quiero decir que como en el Derecho español ha sucedido, especialmente en las últimas dos décadas, aunque por razones distintas) ha atravesado una etapa de puesta al día, procurándose su flexibilización, la igualdad entre el esposo y la esposa, o entre los hijos e hijas, acrecentando el papel de las voluntades de los miembros de la familia y el reconocimiento de la libertad en las relaciones entre los cónyuges, imponiendo la

2

La opción por el término autoridad parental, es suficientemente significativa del cambio de signo o de concepción operado en el Derecho francés con respecto a las relaciones paterno-filiales. Quiero decir que la expresión *puissance paternal*, utilizada por el Code Napoleon, fue sustituida en 1970 por el de *autorité parentale*. En cuanto al estudio específico de aquella Ley, vid. CASTÁN VÁZQUEZ, J. M.ª, “La reforma de la patria potestad en el Derecho francés (la Ley de 4 de junio de 1970)”, en *Anuario de Derecho civil*, 1971, pág. 971 y ss.

En cuanto a la naturaleza de la autoridad parental, vid. FULCHIRON, H., en *Droit de la Famille* (dir. RUBELLIN-DEVICHI), París, 1996, pág. 569.

3

Cfr. BATTEUR, Op. cit., pág. 56.

La confusión-distinción entre conceptos, entre los objetivos de la autoridad y los medios para cumplirla, cuando realmente se revela importante es en los casos de conflicto entre los titulares de la autoridad parental. Cfr. *Traité de Droit civil* (dir. GHESTIN). *La famille*, HAUSER, J. y HUETWEILLER, D., París, 1989, pág. 789-790. Vid. *ibidem*, en cuanto se aclara cómo ha podido producirse la asimilación de nociones entre *garde* y *autorité parentale*. Con igual finalidad, vid. FULCHIRON, H., *Encyclopédie Dalloz*, Civil, II, voz *autorité parentale*, n.º 58-61.

Tampoco debiera tener nada de sorprendente que se haya logrado (tanto en Francia, como España y en otros muchos países) algo tan enteramente deseable como la equiparación entre padre y madre en relación con sus hijos e hijas: es un común denominador en Derecho comparado, salvo algunas excepciones como la que representan los sistemas de inspiración coránica (con peculiaridades del tipo de la *hadana*); cfr. BOULANGER, Op. cit., pág. 265.

4

Cfr. SERRANO ALONSO, E., comentario al art. 156 CC, en *Comentario del Código civil*, SIERRA GIL DE LA CUESTA, I. (coord.), tomo 2, Barcelona, 2000, pág. 443. Cfr. GARCÍA PASTOR, M., La situación jurídica de los hijos cuyos padres no conviven: aspectos personales, Madrid, 1997, pág. 3. En contra de aquellas limitaciones de ámbito de aplicación, recientemente, ECHARTE FELIÚ, A. M.ª, *Patria potestad en situaciones de crisis matrimonial*, Granada, 2000, pág. 23 ss.

5

Cfr. SERRANO ALONSO, comentario al art. 159 CC, Op. cit., pág. 448.



salvaguarda del interés del y de la menor <sup>6</sup>. A este último respecto, préstese atención a un extremo importante: el principio de preferencia del interés del hijo o hija, acogido tanto en Derecho francés como en el español, puede acabar configurando cualquier previsión hecha en las leyes siempre que no se contenga en normas imperativas. Quiero decir, *vgr.*, que la propia regla de igualdad de los progenitores cede en pro de un tratamiento desigual de los mismos, siempre que eso sea lo que mejor convenga al interés del hijo o de la hija. Por eso mismo, en realidad, no tenía demasiado sentido que (antes de su reforma) el art. 159 de nuestro Código, en términos meramente indicativos o dispositivos, encomendase a uno y otro de los padres la guarda de los hijos y de las hijas, según el criterio de la edad, puesto que en último término el Juez o la Jueza debía adoptar la decisión que mejor les conviniese. No es menos cierto por otra parte que, como señala RIVERO HERNÁNDEZ, no resulta fácil comprender en qué consiste el interés del hijo y de la hija, por ser demasiado sutil y relativo: como dijera SAVATIER, “*Mot magique, mais que couvre souvent les convenances personnelles*” <sup>7</sup>.

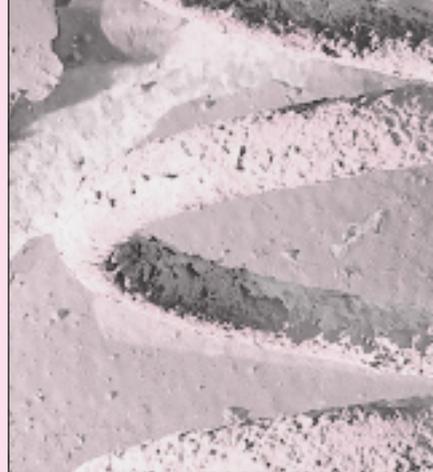
Precisamente, dentro del itinerario de las reformas legislativas, la operada en cuanto a la institución que nos ocupa tiene un carácter muy significativo, y cuando menos como hipótesis en este momento, diferente del que corresponde a la guarda en el Derecho español <sup>8</sup>. Ello a su vez permite explicar el interés que la figura de la guarda compartida puede tener para la y el jurista español. La justificación de la guarda compartida parece hallarse en su propia práctica, en un principio, en las situaciones originadas en el divorcio de mutuo acuerdo (*divorce sur requête conjointe*). A pesar de los términos contrarios de la Ley de 11 de julio de 1975 –resume BATTEUR– la Cour de cassation reconoció tal posibilidad, confirmada por una Ley de 1987, hasta su consagración definitiva como sistema de referencia, es decir la regla general, en 1993 (Ley de 8 de enero, relativa al estado civil, a la familia y los derechos del menor y de la menor, que instituyó la figura del *juge aux affaires familiales*) <sup>9</sup>. Por más que la doctrina científica francesa no siempre haya visto con buenos ojos, ni dejase de expresar su sorpresa, aquella novedad <sup>10</sup>.

No tendría demasiado sentido (salvo el simple afán expositivo) ir en busca de aquella noción, por más prolijo que fuese su comen-

tario, si no se obtienen las consecuencias prácticas de una comparación, aprovechable en nuestro Derecho; a su vez, para comparar en pie de igualdad es necesario hacerlo a partir de comunes denominadores, lo que por su parte no puede lograrse sin averiguar si patria potestad y guarda (o los equivalentes de estos términos en Derecho francés) significan lo mismo. Sin perjuicio de lo que luego se dirá en cuanto a Francia, no resulta fácil deslindar en nuestro Código una y otra categoría. Para empezar, el término que usualmente aparece en el lenguaje jurídico –también en el de la Jurisprudencia–, “guarda”, “guarda y custodia” o “guarda y cuidado”, apenas tiene reflejo literal en el Derecho positivo (con escasas excepciones, como la que figura en el art. 158 CC). Curiosamente algo similar se ha producido en Francia, en donde las relaciones entre autoridad parental y guarda no son claras en absoluto, y tiende a confundirse una figura con la otra según el sentido de las últimas leyes reformadoras de su Código civil.

Además sucede en nuestro país que, aunque pudieran establecerse diferencias entre patria potestad y guarda, poco queda a aquella que no contenga lo que entendemos por guarda (cfr. art. 154 CC, en cuanto al diverso contenido la patria potestad), aun cuando el deber de velar por los hijos y por las hijas o el de procurarles una formación integral, *vgr.*, admitan la posibilidad de cumplimiento sin que haya una permanente inmediatez de ambos padres con el hijo o hija <sup>11</sup>. A mayor abundamiento, la distinción entre una y otra categoría cobra sentido verdaderamente cuando no son ambos padres los que conviven con el hijo o la hija, de tal manera que no es posible que (como se hace, de manera natural, a partir de la convivencia) los dos realicen materialmente las funciones encomendadas a la patria potestad <sup>12</sup>.

El término guarda tiene una manifiesta plurivocidad. Esa expresión, con su generalidad, se presta a algunos equívocos derivados del específico sentido que puede tener en otros ámbitos: así, por ejemplo, como “guarda administrativa”, como medida propia de protección de los y las menores prevista en el Código y en las leyes autonómicas sobre la materia. La doctrina española no ha dedicado demasiada atención al concepto de guarda, como distinto del de patria potestad. En realidad, como digo, tal diferencia tiene verdaderamente sentido cuando pre-



6

Cfr. BATTEUR, A., *Droit des personnes et de la famille*, París, 1998, pág. 2.

7

Cfr. RIVERO HERNÁNDEZ, F., Comentario al art. 92 CC, en *Matrimonio y divorcio*. Comentarios al nuevo Título IV del libro I del Código civil, LACRUZ BERDEJO, J. L. (coord.), 2.ª ed., Madrid, 1994, pág. 1.018. Vid., en cuanto al interés del menor y la atribución de la guarda, la exposición de RIVERO HERNÁNDEZ en *Comentarios al Código civil*, (RAMS ALBESA, J. et al. –coord.–), II, vol. 1.º, Barcelona, 2000, pág. 918 y ss.

8

Puede seguirse la evolución histórica de las relaciones paterno-filiales, *vgr.*, con BOULANGER, F., *Droit civil de la famille*, tome II, París, 1994, pág. 217 y ss.

Las leyes de 4 de junio de 1970, de 22 de julio de 1987, y de 8 de enero de 1993, son las que se han ocupado de establecer el régimen reciente de la autoridad parental. Ésta se regula en el Código civil francés (en adelante, CCF.) en el Libro Primero, “Des personnes”, Título IX, “De l’autorité parentale”, art. 371 a 387.

9

Cfr. BATTEUR, A., *Droit des personnes et de la famille*, París, 1998, pág. 63-64.

Para un estudio global de las consecuencias de esta Ley, vid. RUBELLIN-DEVICHI, J., “Une importante réforme en droit de la famille: la loi n. 92-22 du 8 janvier 1993”, en *La Semaine Juridique* (JCP), Éd. G., n.º 12, 1993, I, 3.659, pág. 123 y ss.

10

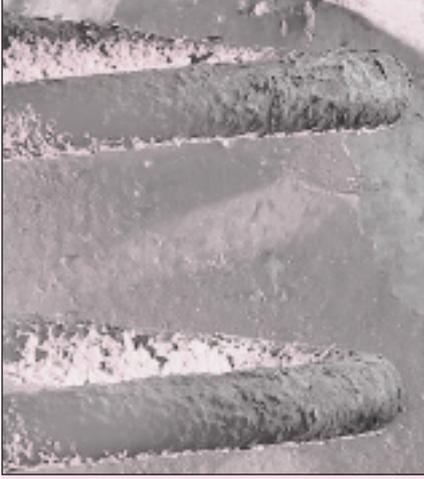
Cfr., *vgr.*, *Traité de Droit civil* (dir. GHESTIN). La famille, HAUSER, J. y HUET-WEILLER, D., París, 1989, pág. 781.

Sobre el concepto y régimen jurídico de la autoridad parental, no deje de verse la “voz” correspondiente en la Encyclopédie Dalloz, Civil, II, con la exposición a cargo de FULCHIRON, H., así como la minuciosa relación bibliográfica pertinente (por más que sea anterior a la Ley de 1993, fundamental en la materia).

11

Es decir, quedarían fuera de la guarda, entendida en sentido estricto, los cometidos de la patria potestad que tuvieran que ver con una responsabilidad genérica para el cuidado del hijo o de la hija y que no precisaran instrumentalmente de la relación de convivencia.

También es cierto que algunos deberes o funciones de la patria potestad pueden cumplirse de dos maneras distintas: in natura, o mediante una prestación personal, bien mediante su equivalente. Así resulta que la guarda, en cuanto se relaciona con la convivencia, permite cumplir in natura la obligación de velar por las y los hijos, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral, al tiempo que da probablemente más sentido a la facultad de corrección (cfr. art. 154 CC in fine); pero, por su parte, también el progenitor que no tiene convivencia con el menor puede (debe) desempeñar



aquellas funciones, aunque lo haga de forma más mediata y no sea medio habitual la prestación personal, ya con una contribución económica en el concepto de pensión alimenticia y de educación, ya con la atención constante de la situación general del hijo o de la hija por el que (dice en términos ambíguos el Código, cfr. art. 154, segundo párrafo, n.º 1.º) debe velar.

**12**

Cfr. GARCÍA PASTOR, M., *La situación jurídica de los hijos cuyos padres no conviven: aspectos personales*, Madrid, 1997, pág. 74.

**13**

Así lo normal será que la guarda determine a su vez la convivencia habitual con el hijo, su compañía, salvo algunas excepciones lógicas, motivadas por ejemplo por la realización de estudios. Cfr. RIVERO HERNÁNDEZ, F., en *Comentarios al Código civil*, (RAMS ALBESA, J. et al. –coord.–), II, vol. 1.º, Barcelona, 2000, pág. 931.

**14**

Cfr. GARCÍA PASTOR, M., *La situación jurídica de los hijos cuyos padres no conviven: aspectos personales*, Madrid, 1997, pág. 72-75; ibidem puede verse un breve muestrario del escaso interés con que la doctrina científica ha intentado una definición de la guarda.

**15**

Cfr. GARCÍA PASTOR, M., Op. cit, ibidem, cuyo criterio me parece perfectamente compartible.

**16**

Para una perspectiva sintética de la evolución en Derecho francés de la autoridad parental y la guarda, hasta acabar identificándose sustancialmente, o, mejor, posponiéndose aquella en provecho de esta otra, vid. GARCÍA PASTOR, Op. cit, pág. 76 ss.

**17**

Cfr. Encyclopédie Dalloz, Civil, II, *viz autorité parentale*, FULCHIRON, H., n.º 58. Cfr. Idem, en *Droit de la Famille* (dir. RUBELLIN-DEVICHI), París, 1996, pág. 572.

**18**

Cfr. GARCÍA PASTOR, Op. cit, pág. 78.

**19**

Cfr. FULCHIRON, H., *Droit de la Famille*, cit., pág. 581 ss.

**20**

Para comprobarlo, cfr., vgr., art. 156 CC.

Tampoco, en la actualidad, es demasiado proclive el Code a prodigar el empleo del término guarda.

En cuanto a las modalidades que admite la patria potestad en nuestro país, téngase en cuenta (entre otra bibliografía) a FUENTE NORIEGA, M., *La patria potestad compartida en el Código civil español*, Madrid, 1986; y SEISDEDOS MUÑO, A., *La patria potestad dual*, Bilbao, 1988.

supone que se ha roto la convivencia del padre y de la madre, y consiguientemente ya no es posible que ambos convivan con la hija o con el hijo, sino que éste vive con uno u otro de los padres, único que puede prestar un cuidado directo al hijo o hija. Es la noción de cuidado directo la que precisamente puede determinar el concepto más general de la guarda. A su vez es la falta de convivencia la que determina el contenido de la guarda: ésta comprenderá aquellas funciones de la patria potestad que precisen de la convivencia del hijo o de la hija, puesto que sólo el progenitor que tenga encomendada tal convivencia (y la guarda) podrá realizarlas. En definitiva se viene a denominar guarda a la posición que ocupa respecto de la hija o hijo el progenitor que convive con él <sup>12</sup>: “la guarda significa encomendar el cuidado directo del niño, el que necesita del contacto continuo con el niño, de la convivencia con él, a uno de los progenitores, dado que la falta de convivencia entre los padres impide que tal tarea sea desempeñada por los dos” <sup>13</sup>.

Por otro lado, en el plano teórico, la guarda puede admitir dos distintos conceptos: ya se entienda en el sentido antes apuntado de cuidado del hijo o de la hija, a través de la convivencia, o bien se la conciba como un sentido de responsabilidad global sobre la hija o el hijo, como el poder de decidir sobre él. Aunque esto último, por la propia razón de que no precisa de la convivencia con el hijo o la hija, más bien parece que, aun siendo un aspecto propio de la patria potestad, no forma propiamente parte de la guarda. En suma la conclusión que puede extraerse es que, en nuestro Derecho cuando menos (ya que del sentido de sus disposiciones no resulta otra cosa), se ha acogido un concepto restringido de guarda, relacionado como se ha dicho con la convivencia, que consiste en el cuidado personal del hijo o de la hija <sup>14</sup>.

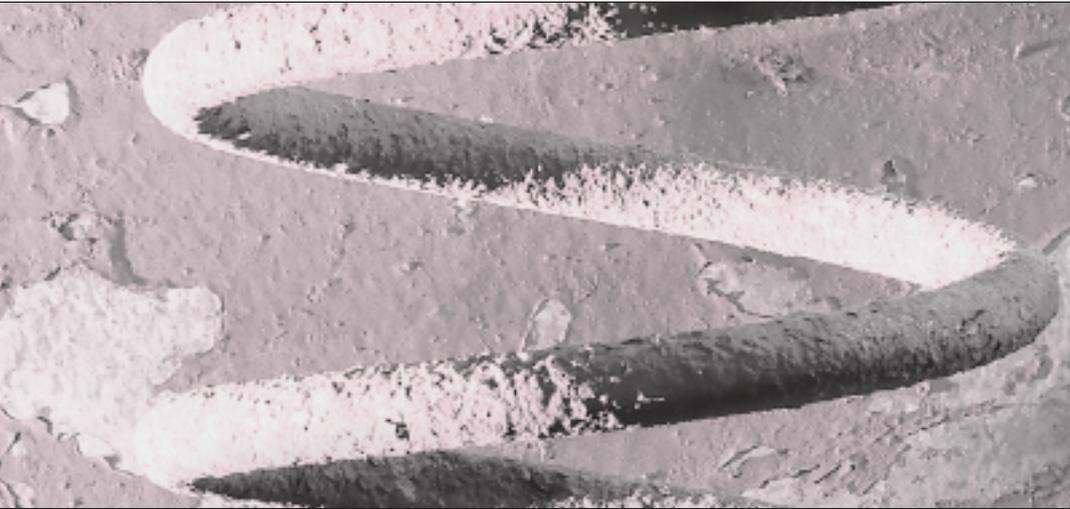
El ejercicio de la autoridad parental admite en Francia varias modalidades, habida cuenta que cabe disociar lo que es la titularidad formal del ejercicio de la misma. Por otra parte, a partir de la Ley de 22 de julio de 1987, se entiende que la expresión *guarda* ya no se limita a las situaciones de quiebra de la relación de los padres y madres, sino que está integrada dentro de la autoridad parental en cualquier caso y constituye una de sus manifestaciones. Pero al mismo tiempo sucede (y este detalle es importante) que, en reali-

dad, la noción de autoridad parental ha ido quedando absorbida por la de guarda, el *droit de garde* <sup>15</sup>. En Derecho francés, expone FULCHIRON, hay diversas concepciones del derecho y del deber de guarda. En sentido estricto puede definirse como el derecho de fijar la residencia del menor o de la menor. En sentido amplio, la guarda comprende o absorbe otros aspectos de la autoridad parental, de la que es a su vez piedra angular <sup>17</sup>. En la actualidad el concepto de guarda parece depender de la circunstancia de la “residencia habitual del niño”, incluso este término prepondera en el *Code* sobre aquel otro <sup>18</sup>.

Téngase en cuenta que la reciente legislación francesa en materia de autoridad familiar, ha consagrado definitivamente el principio de ejercicio en común o conjunto de la autoridad parental, así en la *familia legítima* como en la *familia natural*, tanto en situaciones de normalidad familiar como de crisis de la pareja. Correlativamente el ejercicio unilateral tiene, frente a aquella regla, carácter de excepción, y en tal caso el progenitor excluido de dicho ejercicio (si sigue conservando la co-titularidad de la autoridad familiar) mantiene una serie de prerrogativas (en relación al matrimonio del menor o de la menor, la adopción, o la emancipación) y derechos, como el relacionarse con la hija o el hijo, de visitarlo, de albergarlo, amén del derecho que le corresponde para vigilar o controlar el ejercicio de los deberes del otro progenitor <sup>19</sup>.

En suma, supuesto como es lógico que la relación de filiación haya quedado debidamente establecida, y con independencia de que los progenitores estén o no unidos en matrimonio, hoy en día caben diversas posibilidades (que en todo caso son revisables, pues las modalidades de ejercicio de la potestad pueden ser posteriormente modificadas por el juez o la jueza, en interés del hijo o de la hija): que ambos titulares de la autoridad ejerzan la guarda conjuntamente, o que lo haga uno conservando el otro la mera titularidad, o bien que titularidad y ejercicio correspondan únicamente (por muerte o privación del otro) a uno de los cónyuges (sin contar ahora con la posibilidad –que me interesa menos– de encomendar la guarda a una tercera persona, distinta del padre y de la madre).

Hasta aquí nada resulta especialmente extraño <sup>20</sup> si lo contrastamos con lo que



sucede en Derecho español (con la salvedad de que, entre nosotros y nosotras, patria potestad es un término genérico y el de guarda es específico). Mas la diferencia se refiere precisamente a la posibilidad de que, no obstante una ruptura de la comunidad de vida o la convivencia entre el padre y la madre (porque su matrimonio entra en crisis jurídica, o simplemente se pone fin a una unión no matrimonial), ambos ejercen la guarda conjuntamente (al menos esto es lo que, *prima facie*, puede desprenderse del propio término *guarda conjunta*). Tal extremo, novedoso como digo para nosotros, no parece contemplado por el Código civil español, sino que el art. 159 cuenta con la posibilidad de atribuir la guarda de los hijos e hijas a uno u otro de los padres (como también sucede en los art. 90 y 103), pues se limita a decir: “*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 oírán, antes de tomar esta medida, a los hijos que tuvieran suficiente juicio y, en todo caso, a los que fueran mayores de doce años*”. Y el art. 156, que contempla la llamativa posibilidad de que se pueda atribuir total o parcialmente la patria potestad a uno de los cónyuges, en cuanto a la guarda únicamente señala que pueden distribuirse entre los progenitores las funciones inherentes a la patria potestad (cfr. art. 156, párrafos segundo y quinto)<sup>21</sup>. Cuando se rompe la convivencia entre el padre y la madre (cuya normalidad permite un ejercicio conjunto de la guarda), nuestro sistema aboca como digo a una situación de guarda unilateral. Parece una consecuencia lógica toda vez que, por faltar la convivencia, no

parece materialmente factible (salvo en términos ideales, poco frecuentes) que la totalidad de las funciones inherentes a la guarda sigan desempeñándose simultáneamente. Y, con todo, esta solución no deja de plantear algunos inconvenientes (más allá de la previa crisis de la comunidad de vida), básicamente porque coloca a uno y otro progenitor en el papel de vencedor y vencido, incrementando con frecuencia las tensiones entre ambos y el grado de involucración de los hijos e hijas en ellas.

Resulta muy interesante a este respecto la reseña de los efectos que, en el plano psicológico y en el modo de vida de los sujetos implicados en una ruptura de la guarda (padre-madre-hijos e hijas), realiza GARCÍA PASTOR: los hijos y las hijas pueden experimentar determinadas tendencias (que curiosamente no parecen producirse con tanta frecuencia en los casos de fallecimiento de uno de los progenitores), como agresividad o pasividad acusadas, mal rendimiento escolar, sentimientos de abandono, etc.; en cuanto a la madre, que es quien habitualmente conserva los hijos y las hijas en su compañía, su situación puede caracterizarse por un estado de ánimo proclive a la ansiedad (agravada tal vez por la nueva coyuntura de la economía familiar), miedo al fracaso, mayor dependencia afectiva con los hijos e hijas; la relación del padre (cuando queda sin la guarda) con los hijos e hijas suele caracterizarse por su superficialidad y convencionalismo, dentro de lo que se ha denominado “síndrome de Disneylandia”, que va provocando un progresivo distanciamiento y que los contactos sean más esporádicos, y que en definitiva el padre tenga la

21

La atribución del ejercicio parcial de la patria potestad supone, como señala RIVERO HERNÁNDEZ, una limitación cualitativa o cuantitativa de las facultades del guardador jurídico. Cfr. RIVERO HERNÁNDEZ, F., en *Comentarios al Código civil*, (RAMS ALBESA, J. et al. -coord.-), II, vol. 1.º, Barcelona, 2000, pág. 935.

22

Cfr. GARCÍA PASTOR, Op. cit, pág. 98-99. Vid. la bibliografía, fundamentalmente italiana, allí citada.

23

Cfr. GARCÍA PASTOR, Op. cit, pág.97-100.

24

Cfr., vgr., CASTÁN VÁZQUEZ, J. M.ª, en *Derecho civil español, común y foral*, de CASTÁN TOBEÑAS, tomo V, vol. 2.º, 10.ª ed., Madrid, 1995, pág. 302-304. Cfr. RIVERO HERNÁNDEZ, F., en *Comentarios al Código civil*, (RAMS ALBESA, J. et al. -coord.-), II, vol. 1.º, Barcelona, 2000, pág. 931; dada la amplitud de facultades que contiene la guarda, resulta razonable la terminología utilizada por el autor precitado (cfr. ibidem), en el sentido de que el progenitor no guardador detenta una patria potestad formal y capitidismuida, que tiene su mayor trascendencia en cuanto al derecho de visita y a relacionarse con el hijo o la hija; esto último, a su vez, viene a suponer una especie de limitación correlativa en las funciones del guardador. En cualquier caso vid. loc. cit., pág. 932-934, en cuanto a la situación y derechos del progenitor privado de la guarda, y en particular sobre el derecho de vigilancia y control, y su deber de colaboración.

De parecido modo al Derecho español, en Francia la garde es uno de los atributos generales que contiene la autoridad parental, además del deber de vigilancia, la educación del hijo y el cuidado de su salud. Cfr. BATTEUR, Op. cit., pág. 60 y ss.

25

Aunque quepa imponer ciertos límites a que estas posibilidades se acuerden por los propios cónyuges, lo que tropezaría con el principio de patria potestad compartida contenido en el art. 156 CC. Cfr. GARCÍA VARELA, R., comentario al art. 90 CC, en *Comentario del Código civil*, SIERRA GIL DE LA CUESTA, I. (coord.), tomo 2, Barcelona, 2000, pág. 7, y la doctrina allí citada. Con todo, cabe incluso que conforme al art. 103 CC, aun con carácter excepcional, la guarda y custodia sobre las hijas y los hijos menores o incapacitados se encomiende a terceras personas.

26

En Derecho francés se conservan estas categorías que, entre nosotros, se corresponden con términos que tienen una acusada carga valorativa que se ha superado con el principio (constitucional) de igualdad de los hijos e hijas, con independencia de que la filiación tenga su origen en la adopción, en el matrimonio, o en las relaciones no matrimoniales (cfr. art. 108 CC).

Cfr. BATTEUR, Op. cit., pág. 66 y ss.

27

Art. 372: “L'autorité parentale est exercée en commun par les deux parents s'ils sont mariés.

Elle est également exercée en commun si les parents d'un enfant naturel, l'ayant tous deux reconnu avant qu'il ait atteint l'âge d'un an, vivent en commun au moment de la reconnaissance concomitante ou de la seconde reconnaissance.

Les dispositions de l'alinéa précédent ne font pas obstacle à celles des troisième et quatrième alinéa de l'article 374”.



Cfr. FULCHIRON, H., *Droit de la Famille*, cit., pág. 587 y ss.

28

Si la separación es de hecho, también la regla sigue siendo la del ejercicio conjunto de la autoridad. En caso de que haya entre los padres desacuerdos meramente puntuales, puede seguirse el mismo criterio de conducta que tuvieran establecido con anterioridad, en otro caso será el Juez quien tenga que tomar la decisión correspondiente (cfr. art. 372-1-1 Ccf).

29

El art. 287 Ccf., en relación a las consecuencias que para los hijos tiene el divorcio, señala: “L'autorité parentale est exercée en commun par les deux parents. Le juge désigne, à défaut d'accord amiable ou si cet accord lui apparaît contraire à l'intérêt de l'enfant, le parent chez lequel les enfants ont leur résidence habituelle.

Si l'intérêt de l'enfant le commande, le juge peut confier l'exercice de l'autorité parentale à l'un des deux parents.

Les parents peuvent, de leur propre initiative ou à la demande du juge, présenter leurs observations sur les modalités de l'exercice de l'autorité parentale”.

30

Así, el nuevo art. 776 LEC, dispone: “3.º El incumplimiento reiterado de las obligaciones derivadas del régimen de visitas, tanto por parte del progenitor guardador como del no guardador podrá dar lugar a la modificación del régimen de guarda y visitas”.

31

Cfr. Art. 288 Ccf.: “(L. n. 87-570 du 22 juillet 1987, art. 8. I) Le parent qui n'a pas l'exercice de l'autorité parentale conserve le droit de surveiller l'entretien et l'éducation des enfants, et doit être informé, en conséquence, des choix importants relatifs à la vie de ces derniers. Il y contribue à proportion de ses ressources et de celles de l'autre parent.

Un droit de visite et d'hébergement ne peut lui être refusé que pour des motifs graves.

Il peut être chargé d'administrer sous contrôle judiciaire tout ou partie du patrimoine des enfants, par dérogation aux articles 72-2 et 389, si l'intérêt d'une bonne administration de ce patrimoine l'exige.

(L. n. 87-570 du 22 juillet 1987, art. 8. II) En cas d'exercice en commun de l'autorité parentale, le parent chez lequel les enfants ne résident pas habituellement contribue à leur entretien et à leur éducation à proportion de ses ressources et de celles de l'autre parent”.

32

Cfr. FULCHIRON, H., en *Droit de la Famille* (dir. RUBELLIN-DEVICHI), Paris, 1996, pág. 569.

33

Cfr. BATTEUR, Op. cit., pág. 59.

34

En el campo específico de las relaciones matrimoniales se establece, como principio general de equiparación entre esposa y marido, que “Les époux assurent ensemble la direction morale et matérielle de la famille. Ils pourvoient à l'éducation des enfants et préparent leur avenir” (art. 213 Ccf). Tal equiparación supone, de un lado, que las decisiones relativas a la persona del hijo precisan de una doble aprobación, y, de otro, que en relación a los terceros cada uno de los padres—con la conformidad del otro— puede actuar por sí solo, siempre que se trate de un “acto usual”, en cuanto a la persona del hijo; cfr. art. 222 Ccf. Cfr. BOULANGER, Op. cit., pág. 264.

sensación de haber perdido su papel como tal, de no contar en nada para la educación de los hijos ni de las hijas<sup>22</sup>.

Al margen de las posibilidades ordinarias de ejercicio de la guarda (ya sea simultánea, si hay efectiva convivencia de los progenitores, o unilateral en caso contrario), cabe plantear en nuestro Derecho una modalidad de guarda que no ha sido bien recibida en general ni por la doctrina ni los tribunales europeos, en cuanto se estima poco conveniente para el hijo y la hija. Me refiero a la *guarda alternada*, en que el padre y la madre se reparten por períodos más o menos amplios la compañía del hijo o de la hija y el ejercicio de su guarda. Puede resultar un sistema satisfactorio para los padres y las madres, mas en cuanto a las hijas e hijos tal vez comporta una mayor dificultad (sobre todo en los de temprana edad) en orden a su estabilidad, ya que tienen que adaptarse sucesivamente a ambientes y modos de vida diferentes. Aunque nuestro Derecho en realidad no prohíbe expresamente dicha modalidad, lo cierto es que parece considerarse una situación poco deseada en la medida en que el artículo 158.-2.º CC. faculta al juez o a la jueza para adoptar las disposiciones oportunas, a fin de evitar a los hijos y a las hijas perturbaciones dañosas, en caso de cambio de titular de la potestad de guarda. Ello no obstante cabría plantear la posibilidad de que, de hecho, cupiera la guarda alternada mediante la adopción de un derecho de visita amplio (o con amplios períodos de convivencia)<sup>23</sup>.

Por supuesto que en Derecho español se entiende que la guarda es parte del contenido (una de sus funciones) de la patria potestad, que a su vez puede comprender los deberes de velar por los hijos y por las hijas, el de convivencia, alimentación y educación<sup>24</sup>; sin embargo, al margen de las posibilidades de compartir, privar, o atribuir la titularidad de la patria potestad o las funciones inherentes a la misma a uno de los cónyuges<sup>25</sup>, no está previsto que judicialmente (cuando los cónyuges no quieran acordarlo de grado) quepa encomendar la guarda de manera conjunta a ambos padres.

Antes de abordar el estudio específico de la guarda en Derecho francés, conviene establecer algunos criterios generales que son definitorios de la propia naturaleza de las relaciones paterno-filiales. Éstas tienen rasgos diferentes según se trate de filiación *legítima o*

*natural*<sup>26</sup>. En cuanto a la filiación legítima la regla general es la que establece el art. 372 Ccf., es decir el ejercicio conjunto o común por los cónyuges de la autoridad parental<sup>27</sup>. Tal regla (a partir de la Ley de 8-I-1993) se mantiene incluso tras el divorcio o la separación de los padres y madres<sup>28</sup>, con la salvedad de que excepcionalmente el Juez o la Jueza, en interés del menor o de la menor, puede encomendar a uno solo de ellos el ejercicio unilateral de la autoridad parental<sup>29</sup>, y puede modificar posteriormente esta atribución<sup>30</sup>. Tampoco puede pasar desapercibida (porque no se halla claramente explicitado en nuestro Código) la previsión que hace el francés de un derecho de vigilancia que tiene el padre o madre que no ejerce la guarda sobre el guardador, y que le permite ser informado sobre el modo en que ejerce éste las funciones de mantener y educar a los hijos y a las hijas<sup>30</sup>.

En la filiación natural el ejercicio de la autoridad parental depende del reconocimiento del hijo o de la hija, siendo lógico que la ejerzan únicamente los progenitores que lo han realizado. Si son ambos padres los que han reconocido, la autoridad puede corresponderles de manera conjunta, salvo que las circunstancias prácticas aconsejen una atribución exclusiva a uno u otro.

La *autorité parentale* puede definirse—con FULCHIRON— como el conjunto de derechos y de poderes que la ley reconoce al padre y a la madre en cuanto a la persona y bienes de sus hijos menores y no emancipados, con el fin de cumplir los deberes de protección, educación y sostenimiento que les corresponden<sup>32</sup>. En otro sentido más amplio, puede describirse la autoridad parental como el conjunto de derechos (y, en ocasiones, obligaciones) concedidos por la ley al padre y a la madre para atender a la educación del hijo o de la hija<sup>33</sup>; desde otro punto de vista, se trata cada vez más de una misión que debe cumplirse en interés del propio hijo y de la propia hija. La regla general, sin duda, es que la autoridad parental corresponde tanto al padre como a la madre: art. 371-2 Ccf., “L'autorité appartient aux père et mère pour protéger l'enfant dans sa sécurité, sa santé et sa moralité. Ils ont à son égard droit et devoir de garde, de surveillance et d'éducation”<sup>34</sup>.

El Derecho francés contempla con varios significados la guarda de las y de los menores: con respecto a la gestión de sus bienes,



la “función material”, y lo que respecta a la formación moral e intelectual del hijo o de la hija (materia ésta muy especial, en que deben conciliarse las prerrogativas del padre y de la madre con la autonomía del hijo y de la hija). La apuntada función material de la autoridad parental comprende, a su vez, la guarda física del menor y de la menor, su sostenimiento (en sentido amplio, comprensivo entre otros aspectos de la alimentación, los gastos de vestido, los sanitarios, o de alojamiento), y el cuidado de su salud (con respeto de la connotación del derecho a la salud que tiene el y la menor) <sup>35</sup>.

La misma explicación que se ha dado anteriormente, sobre la identificación a que se ha llegado en Derecho francés entre guarda y residencia, permite definir aquélla como el derecho (también es un deber, cuyo incumplimiento u obstaculización está tipificado penalmente) de fijar la residencia del hijo o de la hija y de imponer, tanto al menor como a terceras personas, que el hijo o la hija permanezca en su casa <sup>36</sup>. La guarda constituye juntamente con el derecho de *controlar (surveillance)* la vida privada del hijo y de la hija, sus actividades y relaciones, incluso su correspondencia, y también junto con las facultades de *educación*, y la atención de su *salud*, el contenido de funciones de la autoridad parental; todo ello, a su vez, debe resultar modulado en aras del principio del interés del y de la menor <sup>37</sup>.

Cuando esta atribución adquiere relieves más interesantes (en lo que ahora atañe al tema que estudio) es en caso de que padre y madre no vivan juntos. Pues téngase en cuenta que, si en cierto sentido guarda y residencia del hijo o hija son situaciones equivalentes, se plantea el problema de con cuál de los progenitores ha de quedar el hijo o la hija, y a su vez esta cuestión determina un orden en la distribución de las funciones parentales. Ahora bien, en principio (y he aquí la posible singularidad del Derecho francés sobre el nuestro), legalmente es posible que el hijo o la hija esté sometida a la guarda ejercida por ambos padres aunque estos no convivan, ni tengan una especial facilidad para actuar de consuno en lo que al hijo o la hija se refiere <sup>38</sup>. Tras la Ley de 8 de enero de 1993 el art. 287 Ccf. dispuso (en relación al divorcio, aunque ya he dicho que el criterio es generalizable a las situaciones de crisis en la pareja) que la autoridad parental es ejercida en común por ambos. Es decir, tanto si la sentencia de divorcio ya se ha dictado, como si el procedimiento

está en curso, los padres y las madres continúan asumiendo en condición de igualdad las funciones que constituyen el contenido de la autoridad parental: comprendiendo por tanto la guarda, la educación y el deber de velar por los hijos y las hijas en potestad. Esta atribución determina en la teoría que el padre y la madre deben ponerse de acuerdo en cuando a las decisiones que afectan al hijo o hija, por más que pueda flexibilizarse esta necesidad con base en la presunción (establecida en el art. 372-2 Ccf., en relación a terceros de buena fe) de que cada uno de los padres cuenta con el consentimiento del otro en el ejercicio ordinario de la autoridad parental (siempre y cuando se trate de *actos usuales*).

Sin embargo la práctica de la guarda conjunta no resulta especialmente fácil (más allá de la declaración del principio), ya que la legislación se ha limitado a concretarla solamente en orden a que los padres y las madres se pongan de acuerdo (actúen conjuntamente) para determinar la residencia del hijo o de la hija. Nada se ha previsto en cambio en cuanto a la organización de las relaciones personales entre la hija o el hijo y el progenitor que no convive con él. Este inconveniente limita mucho la trascendencia de lo que podría ser una buena ocurrencia de la legislación francesa, ya que el principio de actuación conjunta solamente podrá cumplirse exhaustivamente cuando el padre y la madre lleguen a un *acuerdo amigable* <sup>39</sup>. De otro modo, como digo en relación a determinar la residencia, será el juez o la jueza quien tenga que establecerlo, y si los desacuerdos son reiterados puede llegar a provocarse un cambio en la modalidad de ejercicio de la autoridad parental <sup>40</sup>.

Este planteamiento de la guarda resulta razonable e ideal, pero siempre que se diluya la dependencia entre guarda y residencia, desde el propio entendido que, por decirlo de algún modo, el hijo o la hija nunca llegará a ser ubicua. Por eso en Derecho francés se produce una extensión de la noción de residencia, distinguiendo, respecto de otras posibilidades de convivencia, una situación básica de *residencia habitual o principal* <sup>41</sup>. Residencia principal que, en casos de separación o divorcio, habrá de corresponder a uno u otro de los esposos, salvo que se trate del caso no demasiado frecuente de que el padre y la madre *coexistan* (sin que se dé la noción jurídica de *convivencia*) bajo un mismo techo

**35** Cfr. BOULANGER, Op. cit., pág. 282 ss.

**36** Cfr. BATTEUR, Op. cit., pág. 60 ss. Cfr., vgr. art. 287 y 371-3 Ccf.

**37** Vid. FULCHIRON, H., en *Droit de la Famille* (dir. RUBELLIN-DEVICHI), París, 1996, pág. 572 ss., en cuanto a la definición y aspectos contenidos en la guarda.

**38** Por supuesto también cabe que, habiendo graves desacuerdos, la guarda conjunta dé lugar al ejercicio unilateral por uno solo de los progenitores. Cfr. BATTEUR, Op. cit., pág. 63,

**39** El cual, por otra parte, también podría ser modificado (aunque sea una posibilidad excepcional) por el juez o la jueza, en cuanto entendiera que resultase contrario al interés del hijo o de la hija.

**40** Cfr. art. 287 Ccf. (L. n. 93-22 du 8 janv. 1993. art. 3. 6) “L'autorité parentale est exercée en commun par les deux parents. Le juge désigne, à défaut d'accord amiable ou si cet accord lui apparaît contraire à l'intérêt de l'enfant, le parent chez lequel les enfants ont leur résidence habituelle.

Si l'intérêt de l'enfant le commande, le juge peut confier l'exercice de l'autorité parentale à l'un des deux parents.

Les parents peuvent, de leur propre initiative ou à la demande du juge, présenter leurs observations sur les modalités de l'exercice de l'autorité parentale”.

La legislación no se ha ocupado de regular las relaciones personales entre los padres y el hijo o la hija, se ha dejado esta cuestión al criterio de aquéllos, si es que pueden llegar a una solución convenida o amistosa. En la práctica, los jueces o las juezas se limitan a establecer el derecho de visita del progenitor con quien los hijos o las hijas no tienen su residencia habitual. Cfr. FULCHIRON, H., en *Droit de la Famille* (dir. RUBELLIN-DEVICHI), París, 1996, pág. 589-591.

**41** Cfr. BATTEUR, Op. cit., pág. 65.

**42** Cfr. FULCHIRON, H., *Droit de la Famille*, cit., pág. 592 y ss.

**43** Cfr. FULCHIRON, H., *Droit de la Famille*, cit., pág. 591. Tal inconveniente puede salvarse, y se hace en algunas decisiones judiciales, estableciendo un derecho de visita de contenido amplio.

**44** Tampoco habría ningún problema para admitir la guarda conjunta, y sería además una situación deseable aunque tal vez poco operativa en general, si cupiera pensar que supone que ambos padres conservan la guarda (conjuntamente), pero permiten que el hijo o la hija en potestad conviva indistintamente con el uno o con el otro. Sin embargo recuérdese que tal entendido no sirve en Derecho francés, toda vez que la guarda se relaciona fundamentalmente con la fijación de la residencia o la convivencia de la hija o del hijo con uno u otro de los padres, y no se admiten fácilmente las situaciones de guarda alternada.



en compañía de las hijas o hijos sobre los que ejerzan su autoridad.

Fuera de los casos en que es posible la guarda conjunta, cabe atribuir el ejercicio de la autoridad parental a uno solo de los padres. Éste que era el principio general, quedó convertido en una excepción a partir de la Ley de 1993, y supone que es un progenitor quien ejerce los derechos de guarda, educación y de vigilancia. El otro, aunque conserve la titularidad de la autoridad familiar, no ejerciendo sin embargo la guarda (aunque cabe la posibilidad de que pueda recobrarla), tiene el derecho de relacionarse con los hijos o las hijas, además del que le corresponde para controlar o vigilar la actuación del guardador, y sin perjuicio de las obligaciones que le corresponden para contribuir al sostenimiento de aquéllos <sup>42</sup>.

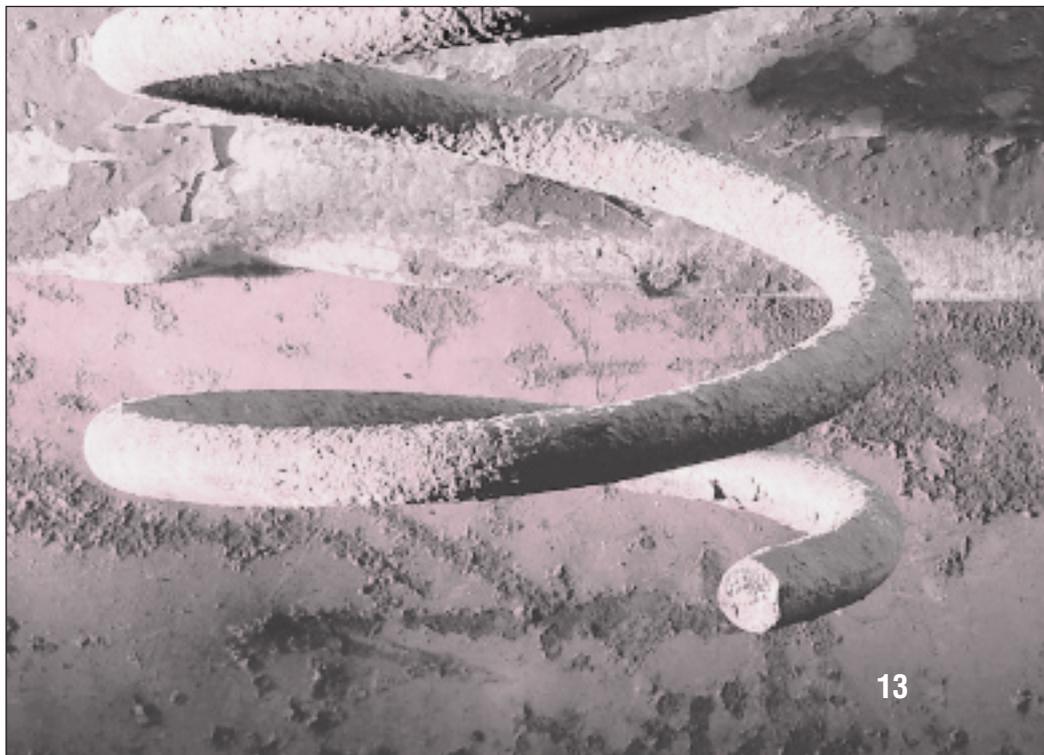
En suma, cuando menos en el plano teórico, es la conservación del ejercicio conjunto de la potestad de guarda lo que marca una diferencia con nuestro sistema. En Derecho español la guarda está encaminada, desde el principio en que una crisis matrimonial se juridifica, a la atribución de las posibilidades que constituyen su contenido en favor de uno u otro de los progenitores separados o divorciados, sin que ello comprometa por sí solo la titularidad de la patria potestad que a ambos corresponde. Mas, como digo, se trata en realidad de una diferencia puramente teórica o terminológica, que queda fundamentalmente en el ámbito de los principios generales cuando no se desarrollan sus consecuencias. Para comprenderlo así hay que partir de la consideración de que la guarda viene determinada por la convivencia con el hijo o la hija, por su residencia con el padre o la madre (según resolución judicial, o acuerdo de los padres homologado judicialmente). Desde el momento en que, por pura limitación física de las personas, la residencia del hijo o de la hija no puede tenerse simultáneamente por ambos padres, si éstos viven separados, habrá que concluir forzosamente que tampoco es factible cabalmente la guarda conjunta entendida como convivencia. Luego, siendo así, caben varias alternativas (insisto en que no se pierda de vista la dependencia de las nociones *garde-résidence*): o bien la expresión usual *guarda conjunta* presupone una desvirtuación del concepto y contenido ordinario de guarda entendida en sentido estricto, siendo distinta por supuesto de la titularidad formal

de la autoridad parental ejercida por aquel de los padres que no sea el guardador, o bien la guarda conjunta es simplemente un principio en orden a la mayor colaboración entre el padre y la madre que conlleva necesariamente que sea sólo uno u otra quien de modo principal tiene la compañía del hijo o de la hija. De otro modo creo que puede confundirse la guarda conjunta con la guarda alternada, la cual no ha sido bien acogida en Derecho francés, siendo prohibida por la *Cour de Cassation*. Ciertamente en la propia medida en que, en caso de ejercicio común de la autoridad parental, haya de establecerse cuál es la residencia habitual del hijo o de la hija ello dificulta enormemente la práctica de la guarda alternada <sup>43</sup>.

Y si no parece razonable pensar (aunque como se sabe la realidad es más rica en posibilidades de las que contempla la *mente del legislador*) que la guarda conjunta obliga a comportarse a los padres y a las madres con una simetría tal que les fuerce por ejemplo a ofrecer en simultaneidad dos residencias distintas a las que el hijo o la hija pueda acogerse indistintamente (pero no conjuntamente), el ejercicio efectivo de la guarda conjunta difícilmente puede suponer que ambos padres puedan ejercer simultáneamente el resto de las funciones que contiene la autoridad familiar. El artificio de distinguir la residencia principal de la que no lo es, podría salvar parte de los inconvenientes que comporta la guarda conjunta entendida literalmente <sup>44</sup>. Mas, en tal caso, también resultan muy reducidas

las diferencias con nuestro Código, singularmente en cuanto a las posibilidades que permite el derecho de visita entendido de manera tan amplia como toleren las circunstancias de una familia.

Todo ello creo que conduce, de un lado, a considerar que la guarda conjunta en realidad supone atribuir a ambos padres, aun viviendo separados, la responsabilidad genérica en cuanto al cuidado del hijo o de la hija. De otro, lo que positivamente significa es que el padre y la madre se ponen de acuerdo, si es posible, para fijar la residencia principal del hijo o de la hija. Con esta salvedad, la guarda conjunta se puede equiparar perfectamente con lo que para nosotros significa la patria potestad en el sentido amplio (distinto del específico que comporta el ejercicio de la guarda y custodia) que deriva de la noción de titularidad: una vez se ha determinado cuál de los progenitores tendrá la compañía del hijo o de la hija, quedará al otro una responsabilidad mediata en cuanto al cumplimiento de las funciones que ejerce el guardador, por más que ambos puedan participar en la toma de decisiones, y esté asistido el primero de un derecho de vigilancia. Y desde este punto de vista las diferencias entre ambos Derechos se atenúan o relativizan, reduciéndose fundamentalmente a una simple cuestión de terminología, una traslación de expresiones que apenas supone posibilidades de ejercicio sustancialmente distintas de las que en nuestro Código se atribuyen a la guarda unilateral.



# **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 oírà, 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-



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

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

<sup>5</sup> 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.

<sup>6</sup> 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.

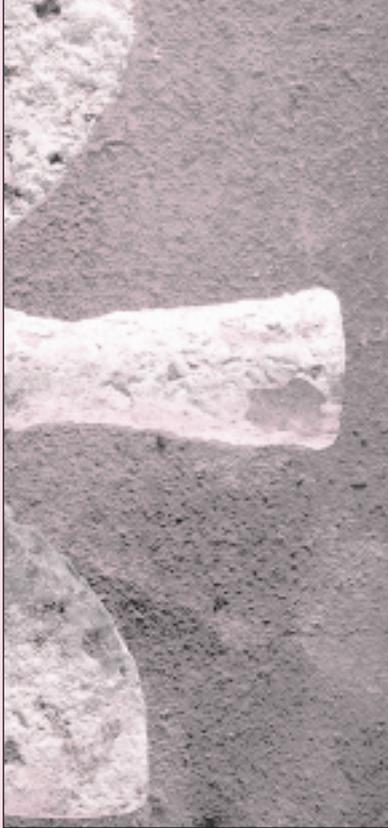
Continúa refiriendo el Dr. Porta respecto a dicha enfermedad que la angustia es una vivencia de vacío interior que lleva a la persona a considerar la vida, la muerte, y la existencia misma como un sinsentido, como un absurdo.

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 aquéllas 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”.

S E C U E S T R O Y M E N O R E S

# **Secuestro internacional de menores: marco jurídico**

MARÍA DEL PILAR DIAGO DIAGO  
Área de Derecho  
Internacional Privado.  
Universidad de Zaragoza



**1** Puede encontrarse una referencia a este tema en todos los manuales al uso de Derecho Internacional privado, en los cuales se contiene además una reseña bibliográfica. En general puede v. MIRALLES SANGRO, P. *El secuestro internacional de menores y su incidencia en España*. Especial consideración del Convenio de La Haya de 1980, Madrid, 1989, VV.AA. *Aspectos civiles de la sustracción internacional de menores*, Toledo 1991, ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S. “Secuestro Internacional de menores /legal kidnapping) y cooperación internacional: la posición española ante el problema” en *Poder Judicial*, n.º 4. 1986 págs. 9 a 32. “Nuevas medidas relativas al retorno de menores en supuestos de sustracción internacional en la LEC” en *Revista española de Derecho Internacional*, 1996. Págs. 504 a 506. CALVO CARAVACA Y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. “problemas de secuestro internacional de menores” en *Actualidad Civil*, n.º 21. 1998 p. 481 a 527, MOYA ESCUDERO, M. “Sustracción internacional de menores y derecho de relación transfronterizo” en *La Ley*, 1998, 1, p. 1779 a 1791. TRINIDAD GRACIA, M. L. A. “Un caso de retención ilícita de menores por parte de padre nacional español” en *RJ La Ley*, n.º 3.532, 1994 p. 1 a 8.

**2** BORRAS, A. *El “interés del menor” como factor de progreso y unificación del Derecho Internacional Privado*, Barcelona, 1993.

**3** Sobre estos Convenios v. en general ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S. “El Convenio de La Haya sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores ante el Tribunal Supremo” en *La Ley*, 1998, p. 2.207 a 2.221 LASARTE ALVÁREZ, C. “La Convención de la conferencia de La Haya sobre los aspectos civiles del secuestro internacional de niños” en *BIMJ* n.º 1.301, p. 4 a 19. MARÍN LÓPEZ “El Convenio europeo sobre reconocimiento y ejecución de resoluciones sobre custodia de menores” en *A.D.I.* vol VIII 1983-84, p. 211 a 236. ZAMORA CABOT, J. “El proyecto de Convenio de la Haya sobre aspectos civiles del secuestro internacional de niños: primeras impresiones” en *La Ley*, 1981, págs. 938 a 941.

**4** CALVO CARAVACA, A. L., CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. “problemas de secuestro internacional de menores” en *Actualidad Civil*, n.º 21, 1998 y “Secuestro internacional de menores” en VV.AA. *Derecho Internacional Privado*, vol II, Granada, 2000, pág. 162.

**5** El art. 19 del Convenio de Luxemburgo y 34.2 del de La Haya abogan por la aplicación de la ley más favorable

**6** Sobre el mismo v. <http://www.coe.fr>.

**7** La dirección es C/ Bernardo, 62. 208015 Madrid.

El secuestro internacional de menores **1** o *legal kidnapping* es un fenómeno que desgraciadamente, se produce con mucha frecuencia y que en la actualidad está marcado en múltiples ocasiones, por el conflicto de civilizaciones. Las peculiares estructuras familiares de sociedades lejanas a las occidentales como las islámicas, presididas por una fuerte jerarquización caracterizada por la preeminencia del padre, así como por la imposición de que las hijas y los hijos han de ser educados en la religión islámica de su progenitor masculino, junto con el establecimiento de unas complejas y para nosotros y nosotras, desconocidas relaciones paternofiliales, hacen que con frecuencia los tribunales favorezcan en materia de custodia del niño o de la niña, al padre o madre nacional, propiciando que el progenitor extranjero desplace ilícitamente al menor o a la menor a su país de origen. No obstante debe aclararse que otras muchas ocasiones, el secuestro no tiene su origen en el choque multicultural.

En realidad, no se puede señalar una única causa de este complejo problema, sino que la concatenación de diferentes factores es la que ha propiciado que el número de casos sea muy elevado; como elevado es el número de matrimonios o uniones mixtas entre personas de diferente nacionalidad que cuando entran en crisis, forman un caldo de cultivo especialmente propicio para que se produzca el traslado ilegal del hijo o hija común. Además el desarrollo de los medios de comunicación así como la reducción de trámites para cruzar fronteras, basta pensar en el espacio de la Unión europea, y el ejercicio del Derecho de visita, que de facto es un momento especialmente idóneo para realizar esta acción, favorecen el traslado del menor o de la menor.

Este fenómeno ha causado alarma en la sociedad internacional que reaccionó en su momento, con la puesta en marcha de dos Convenios esenciales en la materia, pero que no hacen frente a los problemas que se plantean cuando el menor es trasladado a países del Magreb. Es por ello por lo que dentro de esta línea convencional los Estados se han apresurado a firmar Convenios bilaterales con alguno de esos países como es el franco-marroquí de 10 de agosto de 1981, el franco-tunecino de 18 de marzo de 1982, el franco-egipcio de 15 de marzo de 1982, el reciente Convenio franco-libanés de 25

de agosto de 2000 o el Convenio español marroquí de 20 de mayo de 1997. De esta forma se estructura un marco legal que trata de dar solución a esta problemática, haciendo efectiva la protección jurídica del y de la menor **2**, valor esencial que debe inspirar toda la normativa internacional privatista en este ámbito.

Los dos Convenios ya mencionados, más importantes en esta materia son el Convenio Europeo de Luxemburgo de 20 de mayo de 1980 relativo al reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia de custodia de menores, así como al restablecimiento de dicha custodia y el Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre aspectos civiles del secuestro internacional de menores **3**. El objetivo de ambos Convenios es el mismo, pero las herramientas utilizadas divergen, es por ello por los que se ha señalado que hubiera sido más interesante lograr una coordinación y afrontar el problema de manera unívoca **4**. En realidad, su naturaleza jurídica es diferente, pero existen puentes entre ambos Convenios que permiten su compatibilidad y aún su complementariedad **5**.

El primero de estos instrumentos convencionales **6** gira en torno al exequátur, en cuanto que lo que pretende lograr es el reconocimiento, ejecución y en su caso restablecimiento de la resoluciones relativas a la custodia, entendiendo por tales “cualquier resolución de una autoridad, en la medida que se refiera al cuidado de la persona del o de la menor –incluido el derecho de fijar su residencia–, así como al derecho de visita (art 1 c)”. Para ello establece un procedimiento que se quiere caracterizar por la rapidez y la simpleza (art. 14) y que consiste en la obtención del exequátur de la decisión que atribuía la custodia al padre o madre demandante y su inmediata ejecución en el país donde se halla el menor o la menor y por fin, el traslado de este al país de donde se sustrajo.

Este procedimiento se ve facilitado por las Autoridades Centrales designadas por los Estados miembros y que en el caso español será la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia **7**. A estas autoridades podrá dirigirse cualquier persona que haya obtenido en un Estado contratante la custodia del menor o en su caso el derecho de visita, y quiera que se reconozca o ejecute en otro



Estado miembro (art. 4), siempre que concurren las condiciones necesarias para la aplicación del Convenio que se reducen a tres:

### A

Que se trate de un menor o de una menor y por tal se entiende la persona que con independencia de su nacionalidad tenga una edad inferior a dieciséis años y que no tenga derecho fijar su residencia, según la ley de su residencia habitual o de su nacionalidad o según la legislación interna del Estado requerido (art. 1 a).

### B

Que se haya producido un traslado ilícito. El Convenio describe las situaciones que dan lugar a este: el traslado del o de la menor a través de una frontera internacional, con infracción de una resolución relativa a la custodia dictada en un Estado Contratante y ejecutoria en dicho Estado, el hecho de que el menor o la menor no regrese a través de una frontera internacional, al finalizar el periodo de ejercicio de un derecho de visita o de cualquier otra estancia de carácter temporal (art. 1d) o por último, cuando no existiendo resolución judicial en la fecha en que el menor o la menor es trasladada a otro país, recaiga una resolución ulterior relativa a la custodia de dicho o dicha menor y que declara ilícito dicho traslado (art. 12).

### C

El Convenio se aplica entre Estados miembros: Alemania, Austria, Bélgica, Chipre, Dinamarca, España, Finlandia, Francia, Gran Bretaña, Grecia, Irlanda, Islandia, Italia, Liechtenstein, Luxemburgo, Noruega, Países Bajos, Polonia, Portugal, Suecia y Suiza.

El Convenio de la Haya tiene un mayor éxito de participación en cuanto que son Estados parte más de cincuenta países<sup>8</sup>. La nota más relevante de este Convenio y que le distancia definitivamente del anterior, es su carácter fáctico en cuanto que sólo (y no es poco) establece un sistema de cooperación de autoridades<sup>9</sup> y una acción de devolución inmediata de la o del menor al país del cual ha sido sustraído, sin entrar en la cuestión de fondo de derecho de custodia (art. 19). Es por ello que establece que si la autoridad judicial tiene cono-

cimiento del traslado ilícito no podrá decidir sobre la custodia como cuestión de fondo, hasta que “se haya determinado que el menor o la menor no tiene que ser restituida de conformidad con lo dispuesto en el presente Convenio o hasta que haya transcurrido un periodo de tiempo razonable sin que se haya presentado una demanda en aplicación del Convenio”(art. 16)<sup>10</sup>.

Así pues, el Convenio no se desarrolla a partir del exequátur, sino que elige un “camino directo” para lograr su finalidad, que como señala su artículo primero es la de garantizar la restitución inmediata de las o los menores trasladados o retenidos de manera ilícita en cualquier Estado contratante, y velar por que los derechos de custodia y visita vigentes en uno de los Estados Contratantes, se respeten en los demás.

El cumplimiento de las obligaciones de Convenio, al igual que ocurría en el anterior, se encargan a las Autoridades Centrales (que en España sigue siendo la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia). Estas deberán, entre otras tareas, localizar al menor o a la menor, prevenir que no sufra daños y garantizar su restitución (art. 7). Para ello se requiere que la persona o institución que sostiene que el menor o la menor ha sido objeto de traslado ilícito, pueda dirigirse a esas autoridades presentando una solicitud en la que coste la información relativa a la identidad de la persona demandante de la o del menor y de la persona que se alega que lo ha sustraído, los motivos para reclamar su restitución y toda la información disponible sobre la localización de la o del menor y la identidad de la persona que se supone esta con él (art. 8).

Cabe señalar también que el Convenio establece causas para denegar la restitución, como es que no lo permitan los principios fundamentales del Estado requerido en materia de protección de los derechos humanos y libertades fundamentales (art.20), que la persona que se hacía cargo del o de la menor no ejercía de modo efectivo el derecho de custodia, o había consentido o posteriormente aceptado el traslado o retención, el que exista grave riesgo de que la restitución exponga al niño o a la niña a un peligro físico o

síquico y el que el menor o la menor se oponga a su restitución, bien entendido que en este caso el o la menor ha debido alcanzar una edad y un grado de madurez, en que pueden tenerse en consideración sus opiniones (art. 13).

En cuanto a los criterios de aplicación del Convenio, destaca la delimitación autónoma, como ya hacía el de Luxemburgo, del concepto de traslado ilícito. En concreto las condiciones que deben de cumplirse son:

### 1

Que se trate de un menor o de una menor de 16 años con residencia habitual en un Estado contratante en el momento de la sustracción ilegal (art. 4).

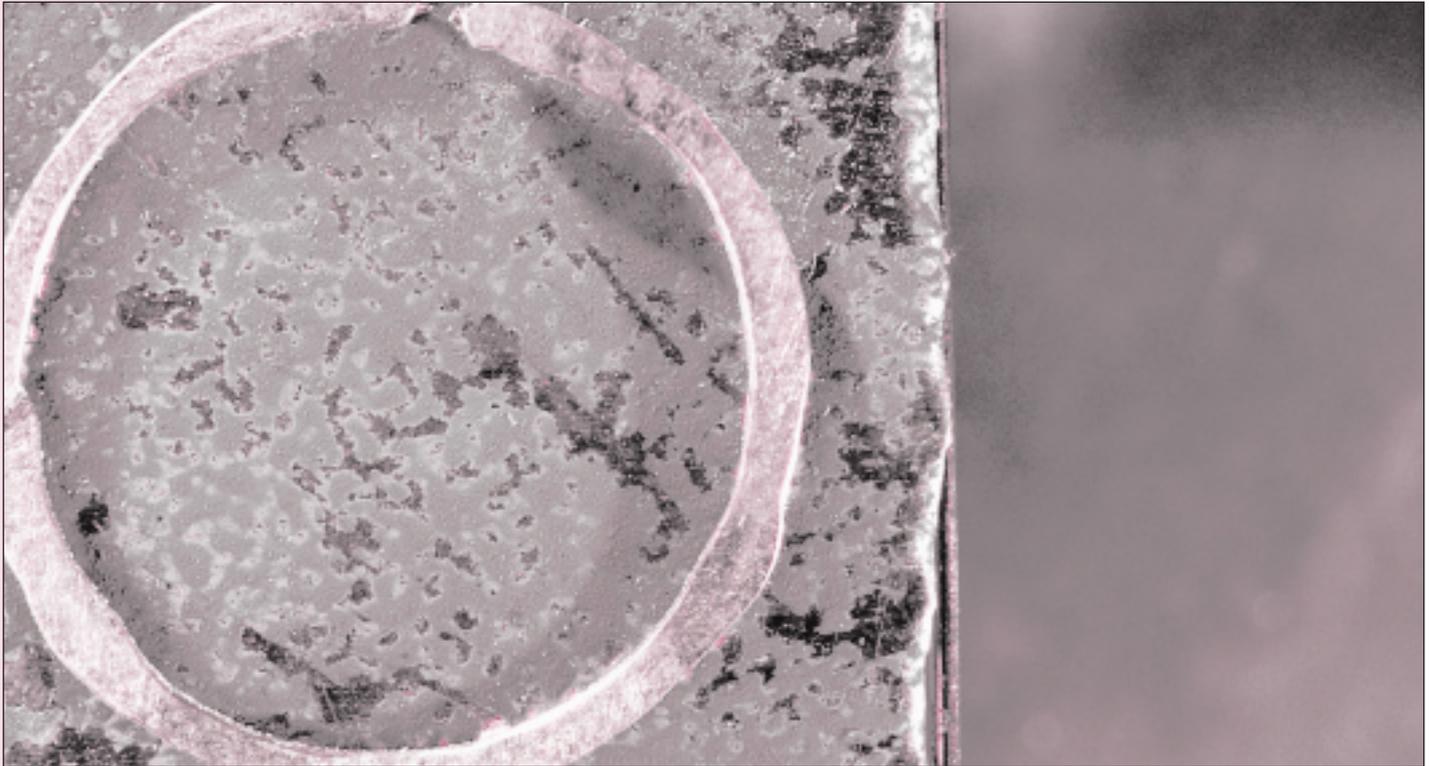
### 2

Se aplica entre Estados parte: Alemania, Argentina, Australia, Austria, Bahamas, Bélgica, Belice, Bielorrusa, Bosnia-Herzegovina, Brasil, Burkina Faso, Canadá, Chile, China, Chipre, Colombia, Costa Rica, Croacia, Dinamarca, Ecuador, Eslovenia, España, Estados Unidos de América, Fiji, Finlandia, Francia, Georgia, Gran Bretaña, Grecia, Honduras, Hungría, Irlanda, Islandia, Israel, Italia, Luxemburgo, Malta, Mauricio, México, Moldavia, Mónaco, Noruega, Nueva Zelanda, Panamá, Países Bajos, Paraguay, Polonia, Portugal, República Checa, Antigua República de Macedonia, Rumania, San Cristóbal y Nieves, Sudáfrica, Suecia, Suiza, Turkmenistán, Uruguay, Uzbekistán, Venezuela y Zimbawe.

### 3

Que se produzca una traslado o retención que se considere ilícito, lo que ocurrirá (art. 3)<sup>11</sup>.

Cuando se hayan producido con infracción de un derecho de custodia atribuido, separada o conjuntamente, a una persona, a una instrucción o a cualquier otro organismo, con arreglo al derecho vigente en el Estado en el que el o la menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención.



**8**  
<http://www.hcch.net>.

**9**  
 Sobre cooperación jurídica v. QUIÑONES ESCÁMEZ, A., Cooperación jurídica internacional en caso de sustracción del menor por uno de los padres: eficacia extraterritorial de las decisiones sobre guardia y visita (indagación de los convenios susceptibles de aportar soluciones más útiles), en *Foro Manchego*, n.º 44, 1999, págs. 41 a 74.

**10**  
 Es muy interesante al respecto una Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de junio de 1998 que aclara el alcance del Convenio respecto del artículo 16, v. ESPINAR VICENTE, J. M.º, “Comentario a la S 604/1998 de la sala 1.ª TS. Recurso en interés de ley. Sustracción internacional de menores. Interpretación del art. 16 del Convenio de La Haya de 1980”, en *Actualidad Civil*, 1999, 2 págs. 31 a 47.

**11**  
 El Derecho de custodia al que se refiere este artículo puede resultar bien de una atribución de pleno derecho, bien de una decisión judicial, o administrativa o de un acuerdo vigente según el Derecho de dicho Estado, piénsese por ejemplo en un acuerdo entre los padres.

**12**  
 B.O.E. n.º 150, de 24 de junio de 1997.

**13**  
 MOYA ESCUDERO, M. y ZEKRI, H., “Nuevo régimen bilateral de asistencia judicial internacional y reconocimiento y ejecución de decisiones con Marruecos”, en *Revista Española de Derecho Internacional*, 1997, págs. 369 a 376.

Cuando este derecho se ejercía de forma efectiva, separada o conjuntamente, en el momento del traslado o de la retención o se habría ejercido de no haberse producido dicho traslado o retención.

Dentro del marco de los Convenios bilaterales destaca el firmado con Marruecos<sup>12</sup>. El objetivo de este Convenio es ciertamente ambicioso; como señala su primer artículo se trata de garantizar la devolución de las menores y de los menores desplazados o retenidos ilegalmente en uno de los Estados contratantes así como de hacer que se reconozcan y ejecuten las resoluciones judiciales relativas a la custodia y al Derecho de visita, dictadas en uno de los Estados contratantes en el territorio del otro Estado, además de favorecer el libre ejercicio del Derecho de visita en territorio de ambos Estados.

Las Autoridades Centrales encargadas de cumplir los objetivos del Convenio son los Ministerios de Justicia de ambos Estados y el Convenio se aplica a las y los menores de dieciséis años no emancipados que tengan su residencia en uno de los Estados (art. 2). Se establece una acción de retorno inmediato del o de la menor y un sistema de reconocimiento y exequátur de las resoluciones

judiciales objeto del Convenio con unas causas tasadas de denegación.

Respecto de este convenio cabe señalar, que al margen de las críticas que suscita<sup>13</sup>, su aplicación es muy dificultosa. En demasiadas ocasiones se utiliza como un simple instrumento de asistencia judicial internacional, además de ser susceptible de quedar paralizado por la invocación reiterada del orden público internacional. Por lo demás cabe esperar que la aplicación de estos Convenios se vea facilitada por el procedimiento establecido por los artículos 1.901 y 1.918 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que por otro lado, también genera problemas a los que se refiera el siguiente artículo de ALONSO CARVAJAL Y CHAMORRO ALONSO.

Este es el marco convencional en el que se desarrolla en la actualidad este delicado problema. Es evidente que los instrumentos convencionales presentan problemas, alguno de ellos graves, y que una de las asignaturas pendientes es la de su falta de operatividad para abordar esta cuestión antes de que llegue a plantearse, esto es, no se logran establecer medidas preventivas. Sin embargo, debe señalarse la virtualidad de contar con un marco jurídico compacto que trata de dar respuestas satisfactorias, teniendo por objetivo primordial proteger en todo caso el interés superior del menor y de la menor.

# El secuestro interparental de menores en los matrimonios mixtos

POR ADOLFO ALONSO CARVAJAL  
Abogado

NURIA CHAMORRO ALONSO  
Abogada <sup>1</sup>

<sup>1</sup>

<http://www.derecho-familia.com>  
<mailto:adolfoalonso@derecho-familia.com>  
<mailto:nuriachamorro@derecho-familia.com>  
<mailto:consulta@derecho-familia.com>

Para cualquier cuestión sobre este artículo o sobre este problema pueden dirigirse al Foro abierto en la página web o a la dirección de “consulta” o a cualquiera de los E-Mail personales que se mencionan.



2

La "Asociación para la recuperación de niños sacados de su país" ha liderado desde su fundación el cambio de la legislación española y la sensibilización social. Es de justicia mencionar a las mujeres aragonesas, zaragozanas, que han trabajado por la solidaridad de las víctimas. Belén Tapia, Ana María Delpón, Carmen Mosquera o Carmen Salvador entre otras. así mismo el trabajo de Paquita de Ibiza, María Jesús y Amparo de Madrid, María José de Extremadura, Obdulia de Bilbao, Abel de Huesca, Pedro de Asturias, y tantas y tantos otros sin los cuales no se habría llegado a comunicar a la sociedad y a la legislación el problema. La ayuda de políticos aragoneses como, Roberto Ortiz de Landáuzuri o, Inés Polo, o Luisa Fernanda Rudi o la receptividad del Decano del Colegio de Abogados de Zaragoza, Carlos Carnicer, también están ahí como testimonio, al igual que Marta Garú y el periódico el "Heraldo de Aragón". En fin muchos hombres y mujeres desde diferentes ámbitos y parlamentos autonómicos como el de Madrid, donde pudimos intervenir en el pleno de la comisión de Derechos Humanos en fecha 4 de noviembre de 1998 y las Cortes de Aragón donde asimismo en representación de la Asociación pudimos exponer ante el pleno de la comisión de asuntos sociales esta situación. También debe mencionarse al embajador de España, arabista y Doctor en Derecho Islámico, D. Jesús Riosalido, y presidente de la comisión permanente del Cincuentenario de la Declaración Universal de Derechos Humanos por su comprensión y apoyo.

3

Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores hecho en la Haya el 25 de octubre de 1980. BOE núm. 202, de 24 de agosto de 1987; corr. de errores, BOE núm. 155, de 30 de junio de 1989, y BOE núm. 21, de 24 de enero de 1996.

4

Convenio Europeo relativo al reconocimiento y ejecución de decisiones en materia de custodia de menores así como al restablecimiento de dicha custodia, hecho en Luxemburgo el 20 de mayo de 1980. BOE núm 210, de 1 de septiembre de 1984.

5

Artículo 3.º apartados a) y b) del mencionado convenio internacional de la Haya.

6

En EE.UU. el tema se encuentra disperso entre las "Leyes Estatales", ya sean leyes penales sobre interferencia de custodia o leyes sobre desaparición de menores, y "Leyes Federales" en donde se encuentra la Ley sobre menores desaparecidos (28 USC 534) y la Ley de ayuda a menores desaparecidos (42 USC 5.771 et seq.).

7

Proposición de Ley de modificación del Código Penal, la Ley de Enjuiciamiento Criminal y el Código Civil, para combatir la sustracción o retención ilícita de menores (orgánica) presentada por el grupo Parlamentario socialista del Congreso en fecha 24/4/2000. Toma en consideración del pleno del Congreso de los Diputados de fecha 13 de junio de 2000.

8

Proposición de Ley orgánica de modificación del Código Penal en materia de secuestro familiar de menores e inducción del progenitor a que el menor abandone el domicilio familiar, presentada por el Grupo parlamentario Popular del Congreso en fecha 9/6/2000. Toma en consideración del pleno del Congreso de los Diputados de fecha 13 de junio de 2000.

Cuando fuimos invitados a escribir este artículo para la revista "AEQUALITAS" aceptamos encantados pero lo hicimos sin conocer el alto nivel de sus colaboraciones, de su Consejo y de su dirección. Ahora, y ya metidos en cumplir palabra sólo queda, casi como autodefensa, advertir que no se hace desde la investigación teórica sino desde la práctica de abogado y abogada en ejercicio que han podido trabajar desde el año 1997, con una asociación nacida en Zaragoza con el objeto de ayudar a los menores que están sufriendo este problema, denominada "Asociación para la recuperación de niños sacados de su país"<sup>2</sup>. Rogamos indulgencia respecto de los posibles errores metodológicos o sistemáticos pero precisamente desde estos errores invitamos a los investigadores e investigadoras del Derecho para que tomando como base lo que se va a exponer, profundicen y desarrollen los temas que aquí se enuncian.

## 1. LA PLURALIDAD DEL FENÓMENO

El primer problema es la definición conceptual del fenómeno, puesto que en la práctica no parece que pueda afirmarse la utilización de una terminología uniforme quizá porque no puede hablarse de un tratamiento unitario de la cuestión, ésta puede presentar tanto diferentes ángulos (privado, público, civil, penal, social, nacional, internacional, convencional, extraconvencional), como diferentes fases, (amenaza, consumación, recuperación y protección ulterior del o de la menor y del progenitor custodio) y a su vez en cada uno de ellos diferentes grados de intensidad.

En el estudio y lectura de 114 casos, así como en el trabajo directo, hemos podido ver cómo se pueden utilizar expresiones como "Secuestro Interparental", "traslado ilícito", "detención ilegal", o la francófona "enlevement", aunque parece que se impone la utilización de la expresión "Kidnapping" o "abduction".

Se ha traducido el Convenio de la Haya de 1980<sup>3</sup> aplicable a los aspectos civiles del fenómeno, como "sustracción internacional", coincidente en su espíritu con la terminología del convenio Europeo

relativo al reconocimiento y ejecución de decisiones en materia de custodia de menores,<sup>4</sup> y se ha definido como:

**A**

El traslado o la retención de un o una menor cuando se hayan producido con infracción de un derecho de custodia atribuido, separada o conjuntamente, a una persona, a una institución o a cualquier otro organismo, con arreglo al derecho vigente en el Estado en el que el o la menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención, ya sea atribuido de pleno derecho o ya lo sea por decisión Judicial o administrativa o por un acuerdo vigente según el derecho de un estado, y

**B**

Cuando este derecho se ejercía de manera efectiva, separada o conjuntamente en el momento del traslado o la retención, o se habría ejercido de no haberse producido dicho traslado o retención<sup>5</sup>.

Claro está que es una definición Civil, pues el convenio no se refiere a la dimensión penal de estas conductas, que sí es contemplada en diferentes derechos internos de determinados Estados.

En el entorno Penal tanto el Derecho suizo, como el francés, como otros, utilizan expresiones diversas. En Suiza se asimila terminológicamente "sustracción" con "no-devolución" en Francia se deriva hacia "rapto" con o sin violencia y/o fraude, en Canadá se habla de "sustracción", en EE.UU. la terminología es aún más variada puesto que dado el carácter federal, casi todos los Estados han promulgado leyes penales sobre el tema con diferente denominación como "sustracción de menores", "robo de menores", "interferencia en la custodia", "secuestro parental" o "secuestro familiar"<sup>6</sup>.

En España, a la terminología del Convenio de la Haya, habrá ahora que añadir la utilizada en los dos proyectos de modificación del Código Penal en la materia, dichos de "retención ilícita"<sup>7</sup>, "secuestro familiar" y "abandono inducido"<sup>8</sup> en los que tipificará de manera indubitada estos hechos, poniendo fin a la actual situación de confusión



existente en los Órganos Judiciales respecto a la aplicación de los tipos de “detención ilegal” o “secuestro”<sup>9</sup>.

En realidad creemos que todas tratan de expresar lo mismo.

Desde nuestro punto de vista la expresión conceptual que mejor puede describir el hecho es la de “sustracción y secuestro interparental de menores”, entendiéndose por tal aquella conducta del progenitor que sin ostentar la custodia sustrae físicamente al progenitor custodio, uno o alguno de sus hijos o hijas menores, trasladándolos fuera del lugar de su residencia, ya sea a un punto del estado de la nacionalidad del menor o de la menor, ya lo sea a otro estado, con la finalidad de impedir la restitución del menor o la menor a su domicilio o la relación con el progenitor custodio ya absolutamente (secuestro), o ya de dificultarla extraordinariamente (sustracción) y haya o no intención de obtener alguna compensación por la devolución del niño o de la niña<sup>10</sup>.

A partir de aquí las modalidades pueden ser diversas y abarcan desde la desaparición total con movimientos frecuentes o penetración en zonas de difícil control, a la radicación determinada, hasta la comunicación dificultosa, y todo ello puede ser visto desde la posición de Estado que recibe o de Estado que pierde al menor o a la menor.

Pero afirmado lo precedente y apuntada la complejidad de supuestos, el presente artículo debe centrarse exclusivamente en aquellos con traslado interfronterizo entre uniones mixtas y a su vez desde la perspectiva de España como “Estado de partida” que desde la de “Estado de destino” del “Kidnapping” por utilizar un término anglosajón que resulta más cómodo y neutro que la disquisición terminológica anterior.

Asimismo se mantiene en este artículo la filosofía, y se trabaja desde la tesis, de que estamos ante un supuesto más del fenómeno plural de la violencia doméstica, en el que la primera víctima es el niño o la niña, pero en el que también sufre esta violencia el progenitor que se ve privado de la relación con su hijo o con su hija, en la mayor parte de los casos, la mujer. Es un fenómeno que obedece a esquemas similares a los de la violencia de género. Es decir: amenaza de secuestro, secuestro, y adopción de medidas para la recuperación del niño

o de la niña y su protección ulterior, pero presenta elementos de desgaste económico y psicológico para la madre o el padre, especialmente duros y traumas para el menor o la menor muy importantes.

## 2. EL ESTADO DE LA CUESTIÓN EN ESPAÑA

El mejor esquema viene referenciado por las recomendaciones enviadas por el Defensor del Pueblo a los cuatro Ministerios con implicaciones en el tema, a raíz del informe elaborado por los firmantes de este escrito para la asociación aragonesa que he mencionado<sup>11</sup>.

Estos son el Ministerio de Justicia, el Ministerio del Interior, el Ministerio de Asuntos Exteriores y el Ministerio de Asuntos Sociales.

Utilizamos este orden en la enumeración para ir estableciendo un paralelismo entre los problemas que se van planteando y el ámbito de decisión ministerial en el que pueden darse respuestas o al menos reflexionar.

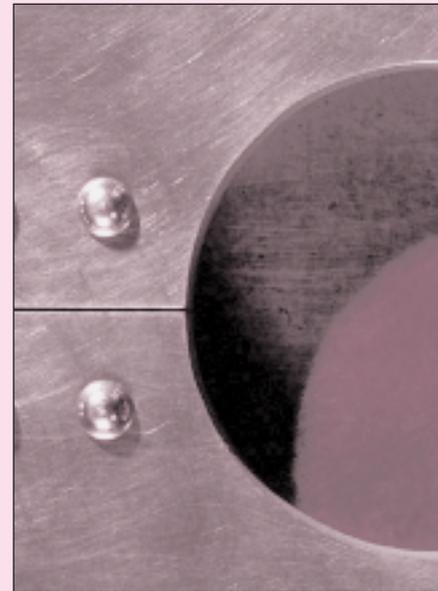
### A

#### Recomendaciones al Ministerio de Justicia

### 1

#### Enumeración

**I** Creación de un **Centro Nacional de personas desaparecidas**, en coordinación con los demás departamentos con alguna competencia, similar al que existe en otros países, con objeto de que desde ese centro se coordine a todas las administraciones y se simplifiquen los complejos trámites de gestión que actualmente se ven obligados a hacer los ciudadanos y ciudadanas que quieren recuperar a sus hijos o hijas. Al mismo tiempo tal Centro permitirá elaborar unas estadísticas que den a conocer de forma real cual es la magnitud del problema, pues ni desde la Fiscalía General del Estado, ni desde el Consejo General del Poder Judicial, se han podido facilitar datos sobre el número de casos civiles y penales que conocen los tribunales, evitando también la situación actual en la que el Ministerio del Interior desconoce cuales son las decisiones que adoptan los



9

Arts. 163, 165, 223, 224 del Código Penal.

10

Nacionalidad, residencia, casa, trabajo, dinero, reconciliación, matrimonio en general o en forma determinada, etc.

11

Expediente Q9900610. Ara 3/JCC, siendo las recomendaciones de fecha 17/11/1999.

12

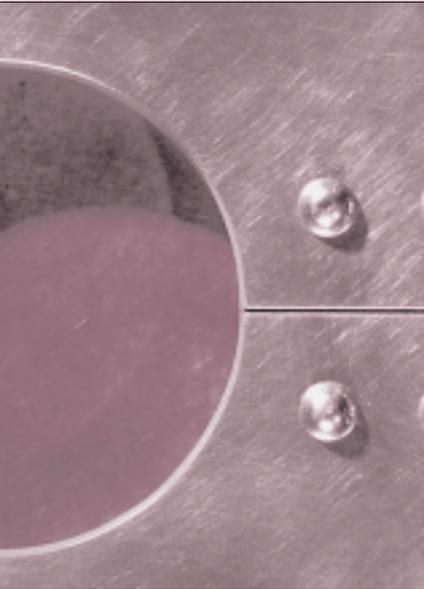
Juzgado de Primera Instancia e Instrucción 2 de Villanueva de la Serena. Auto de 7 de Noviembre de 1995 por el que se decreta detención del padre por presunto autor de delito de sustracción de menores castigado en los artículos 484 y 485 del Código Penal y de Abandono de Familia del 487. Y requisitoria internacional. En este caso los niños fueron localizados por Interpol pero aún no han sido recuperados ni el padre detenido aunque parece que se está moviendo entre Sudán y Arabia Saudita.

13

Juzgado de Instrucción n.º 1 de Soria. Auto de fecha 3 de Mayo de 1999 y en igual sentido otro del Juzgado de Instrucción n.º 2 de Soria, por el que se decreta la detención internacional. Los niños han sido localizados en Damasco. No es posible la extradición pero con la ayuda de los diplomáticos sirios en España y de los españoles en Damasco la madre puede mantener contacto con ellos y visitarlos. Se ha descartado la vía judicial contenciosa y nos encontramos en una larga negociación con el padre palestino de nacionalidad española, que se lleva prolongando meses.

14

Juzgado de Instrucción n.º 13 de Madrid, Auto de fecha 29 de Octubre de 1999, con extradición consumada desde EE.UU.: por tratarse de un Libanés con nacionalidad española. Posteriormente San Sebastián con base en el anterior auto decretó también orden de detención internacional para El Yemen. En ambos casos se recuperaron a los niños.



15

Vigo inicialmente para después pasar a considerarlo como delito de desobediencia. Por aquellos tiempos la Audiencia Provincial de Alicante dictaba Sentencia en fecha 18 de Julio de 1997 por la que estimaba en un caso con Argelia un concurso real entre los delitos de desobediencia grave a la autoridad y de coacciones al utilizar el padre los niños secuestrados, con infracción de custodia legalmente atribuida a la madre, para obtener la reanudación de la vida en común con su esposa, pero absolviéndole del delito de secuestro. Se recuperaron los niños de Argelia gracias a que los tribunales y procurador argelinos, reconocieron eficacia a la sentencia civil española y procedieron con sus agentes y policía a la recuperación de los niños que fue entregado a su madre quien a tal efecto se había desplazado a Orán un mes antes. En todo momento pudimos trabajar con las autoridades diplomáticas españolas y con el apoyo de las autoridades argelinas.

16

Juzgado de Instrucción n.º 3 de Zaragoza. Confirmado por la Excm. Audiencia Auto de 6 de Octubre del 2000. Se da la paradoja sistemática de que mientras en este caso en España no se consigue avanzar, en Marruecos se ha dictado orden de detención internacional contra un nacional marroco-finlandés por los hechos derivados del secuestro de una niña española.

17

Auto del Juzgado central de Instrucción n.º 3 de la Audiencia Nacional de 19 de Octubre del 2000, actualmente pendiente de resolver el recurso de apelación interpuesto.

18

Convenio de la Haya sobre competencia de autoridades y Ley aplicable en materia de protección de menores de 5 de Octubre de 1961. BOE 199, de 20 de Agosto de 1987. Convención sobre Derechos del Niño. BOE 31 de Diciembre de 1990 o Declaración Universal de Derechos humanos de 10 de Diciembre de 1948. Criterio sostenido también por la Unión Progresista de Fiscales.

19

Sin embargo tengo noticias de que un compañero de Zaragoza, hace años y en un supuesto de delito cometido en el extranjero contra un menor español sí consiguió esta competencia.

Órganos judiciales respecto de aquellos casos en los que existen actuaciones policiales.

- II Que se promueva la inclusión en el Código Penal de un nuevo tipo Penal que castigue de forma autónoma las conductas de los progenitores que sustraen a sus hijos y los trasladan a terceros países con el consentimiento del otro, lo que facilitaría notablemente la expedición de ordenes de detención internacional y las peticiones de extradición. Al mismo tiempo que tal reforma permitiría conocer con mayor certeza el número de casos que se producen.
- III Que se promuevan las reformas legislativas precisas para que en la normativa que regula las relaciones paternofiliales y la tutela (títulos VII y X del Libro I del Código Civil) se incluya que en los casos en los que algún o alguna menor tenga que desplazarse fuera del territorio nacional será necesario que quede constancia de que ambos progenitores conocen y consienten tal desplazamiento.
- IV Que se estudie la conveniencia de crear un Registro de Guardas y Custodias de menores para los supuestos de parejas con crisis de convivencia, de tal forma que todos aquellos progenitores que lo soliciten puedan incluir en tal registro a sus hijos e hijas, teniendo acceso directo a esa información los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado.

2

## Entorno de las recomendaciones

- I La dimensión penal sustantiva y procesal.

Estas recomendaciones, alguna de las cuales ya ha sido puesta en marcha, como es el de la introducción de un tipo específico en el Código Penal, se producen en un contexto de inadecuación de nuestra legislación y descoordinación de nuestra administración.

La vía penal está inexplorada y se va haciendo camino sobre el terreno. En este momento se depende del criterio del Juez o la Jueza competente para conocer del asunto. No existe una competencia territorial unificada en una sede Judicial. Por consecuencia unos hechos

similares pueden ser objeto de tratamiento judicial penal instructor distinto, pasando desde el delito de detención ilegal o secuestro con orden de detención internacional contra la persona secuestradora<sup>12 13</sup> hasta el desarrollo total de la extradición<sup>14</sup> hasta a la consideración de los hechos como una Falta de Desobediencia a la Autoridad<sup>15</sup>, que no da lugar a orden de detención alguna, o a un delito de desobediencia a la Autoridad Judicial<sup>16</sup>, que en atención a la pena que lleva impuesta no permite la aplicación del convenio de Interpol y por tanto no permite tramitación de ordenes de detención internacional.

La tipificación expresa es una clarificación de este panorama contradictorio, pero de otro lado resultaría innecesaria pues se ha visto que existen elementos suficientes en nuestro Código Penal actual para la adopción de aquellas medidas que se han demostrado eficaces para poner fin a la situación, que es lo que de manera más inmediata se persigue. Los delitos de detención ilegal y otros relacionados con los comportamientos denigrantes para las y los menores pueden servir de base.

Problemas que no están siendo considerados y que no han sido legislados en los proyectos de Ley como son los de la competencia territorial para instruir de estos temas, o el de la penalidad en su conciliación con la celebración del Juicio a presencia del acusado/a, deben quedar apuntados aquí para su estudio. Frente al criterio sostenido por nosotros en reiteradas ocasiones ante la Audiencia Nacional acerca de que el órgano competente para conocer era el Juzgado de Instrucción central al que por turno correspondiese, en el caso en el que se custodia al menor o a la menor en ejercicio de un derecho de visitas en España que se termina en el extranjero<sup>17</sup>, y por aplicación de los convenios internacionales en defensa del interés del o de la menor<sup>18</sup>, no se ha conseguido que se estimase la pretensión por el momento<sup>19</sup>.

Otros problemas serían los de la conexión de delitos, el concurso, la acumulación, la consumación, la pena mínima superior a 1 año, que debe tener para posibilitar la actuación de Interpol, el



ejercicio de la acción popular por las instituciones públicas<sup>20</sup>, etc., propios de un estudio de un penalista que excede, sinceramente, de la extensión de este artículo.

Han entrado en el Congreso dos proyectos de Ley<sup>21</sup> sobre la materia, en cuyos trabajos hemos tenido la oportunidad de participar aportando ideas, especialmente en los debates de ambos proyectos en el pleno de toma de consideración de 13 de junio de 2000. El primero en entrar ha sido el proyecto del P.S.O.E. con el que nosotros estamos más en sintonía puesto que contempla una modificación más integral de acuerdo con la idea elaborada por quienes esto suscriben para el proyecto jurídico de la “Asociación para la recuperación de niños sacados de su país” sobre la elaboración de una Ley Especial de prevención y represión del secuestro interparental de menores que introdujera modificaciones en al ámbito civil, penal, indemnizatorio, de patria potestad, sustitución procesal, tutela herencia, etc. El Proyecto del P.S.O.E.: se queda corto pero está más en la filosofía que postulamos. Es justo así mismo saludar el proyecto del P.P. y esperamos que durante la tramitación parlamentaria se vayan produciendo enmiendas que aproximen ambos proyectos.

## II El problema como una más de violencia de género.

El tratamiento en estos casos debiera ser el mismo que el tratamiento de otros fenómenos de violencia doméstica, tanto en el caso de la víctima amenazada, como en el de las medidas a posteriori que puede contener la sentencia. Por otra parte la vigente Ley del Menor<sup>22</sup> da al Juzgador/a posibilidad de adoptar medidas cautelares en defensa del niño o de la niña que lógicamente también protege a la segunda víctima, la mujer-madre. Resoluciones de “pasos prohibidos” o de cierres de fronteras cautelares o de imposibilidad de obtener documentación, pasaporte o D.N.I., para la niña o para el niño deberían producirse en el ámbito de cualquier procedimiento ya sea penal o Civil con independencia de la proble-

mática de la aplicación de la cuestión prejudicial penal cuando se está llevando simultáneamente un procedimiento Civil de crisis de convivencia<sup>23</sup>. Nuestra vieja tesis axiomática de que “a crisis familiar única tratamiento único” vuelve<sup>24</sup> para postular que una crisis única, la de cada pareja, debe ser tratada por las mismas personas en todas sus ramificaciones desde cada función. Pero nuevamente nos encontramos aquí con el antiguo problema de la credibilidad de quien denuncia hechos que se producen normalmente en la intimidad de la casa y sin testigos, y que lindan con un campo sensible como es el campo de la extranjería y del respeto a los derechos fundamentales de las personas extranjeras en nuestro país.

El progenitor que se ve amenazado de secuestro de su hijo o de su hija, el que lo sufre efectivamente, está percibiendo una violencia psicológica absolutamente terrible. Si se nos permite la sustracción de un hijo o de una hija, su ausencia de noticias, puede ser no sólo un trato degradante, una tortura, con su propio tratamiento penal, sino una auténtica mutilación, percibiéndose en muchos casos como la falta de algo que es parte del propio cuerpo y lo que es más del propio alma o del propio yo más esencial. Los problemas psicológicos de las víctimas, los hacen equiparables a las de las otras víctimas de los delitos violentos, y merecedores de su ayuda, sin embargo no se les aplica la legislación correspondiente, ni tampoco la legislación específica para la protección de testigos que podría ayudarles a declarar y a protegerse frente a futuras represalias, no se les cree cuando denuncian amenazas, victimizando una vez más a la que ya es víctima, no se les incluye en la estadística de fiscalía, no se les incluyó en el plan contra la violencia doméstica, pero si estamos ante una manifestación más de un único fenómeno cual es la violencia de género, tratemos todos los elementos delictivos, y este también, de manera conexas.

## III La dimensión civil interna.

Desde el campo privado, civil, existe una dimensión interna, al margen de la convencional internacional, pero la legislación



**20**

Hemos conseguido desde hace tres años que tanto el Ayuntamiento de Vigo, como el Ayuntamiento de Zaragoza se personen en causas penales como acusación particular en ejercicio de la acción popular. Recientemente el Presidente de Castilla la Mancha, propugnaba en Octubre de este año, la misma actuación pero para los malos tratos contra la mujer en general.

**21**

Ver notas 7 y 8 ut supra.

**22**

1/96 en la modificación del artículo 158 del Código Civil. Medidas cautelares en defensa del interés del menor incluso inaudita parte y sin postulación o representación procesal.

**23**

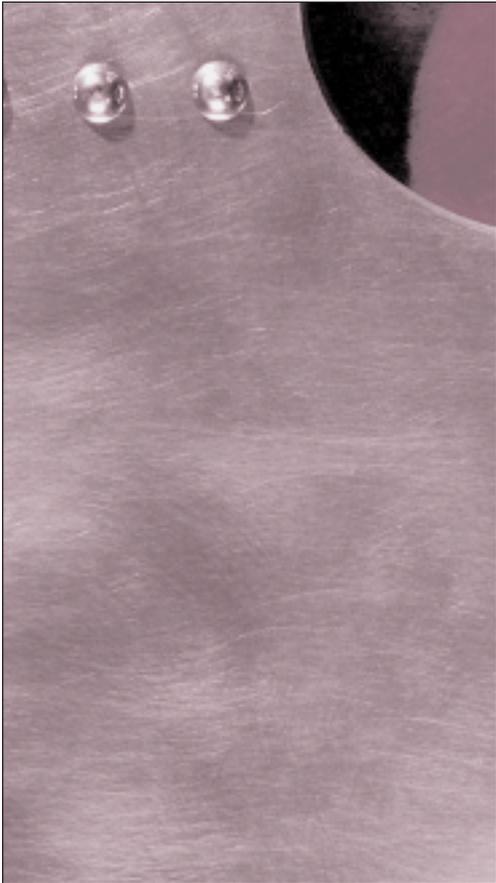
En Madrid se planteó el Conflicto en un supuesto en que por el Juzgado de lo penal se adoptaron unas medidas y se solicitaron por la otra parte en sede civil. Planteada la cuestión prejudicial por nosotros se desestimó en beneficio del Juez de lo Civil y en detrimento del Juez de lo Penal.

**24**

Conferencias de Oviedo y Madrid 1998, Gijón 1999 y Albacete 2000, en el seno de jornadas sobre la violencia doméstica contra la mujer y de formación jurídica a profesionales.

**25**

Art. 12, 19 y disposición adicional Quinta de la Ley orgánica de protección del menor 1/96 de 15 de Enero, y 172 del Código Civil.



española se encuentra con que no existe una vinculación entre la violencia doméstica, en cualquiera de sus modalidades, y la relación paterno-filial y por tanto la vía de la suspensión del régimen de visitas o las vigiladas por terceras personas o de las visitas en lugar o perímetro determinado ni tampoco con la suspensión de todas o algunas de las facultades de la patria potestad, y/o su privación al padre o madre que amenaza o secuestra a un hijo o una hija. Es importante preparar el estadio de la amenaza, para que el progenitor posible futuro sustractor no pueda mantener ni las facultades de administración y representación del menor o de la menor, ni la capacidad de obrar por él o de administrar sus bienes ni de obtener documentación de la o del menor que le podrían llevar a consumir o mantener sus propósitos. Nuevamente vuelve a entrar un conflicto, y éste lo es entre el deber de protección del o de la menor y el derecho del progenitor a relacionarse con su hijo o con su hija y con las facultades derivadas de la paternidad o maternidad.

Ante la ausencia de normas de tipo civil que regulen esta problemática es preciso acudir nuevamente a hacer sendero sobre la marcha, proponiendo medidas al Juzgador Civil, tanto en la fase de Previas o Provisionales como en el estadio de definitivas, y las propuestas no siempre tienen éxito, ni en lo relativo al régimen de visitas ni en lo relativo a la patria potestad, aunque ya parece que existe una cierta uniformidad en las sentencias de Juzgados de Primera Instancia o de familia privando a quien vulnera, de la patria potestad. En otro lado, y desde el punto de vista sucesorio la madre no quiere que en caso de fallecimiento sin recuperar al niño o a la niña el padre sustractor pueda heredarle. Ante la inexistencia de norma aplicable se opta por acudir a la realización de testamentos en donde se excluye de la administración de los bienes del o de la menor al sustractor y secuestrador en caso de heredar en minoría de edad, se le nombra personas tutoras y albaceas testamentarios y se instituye la figura sucesoria de la “sustitución preventiva de residuo” que impide que en caso de fallecimiento intestado los bienes fungibles que le quedarán de la herencia de su progenitor custodio pasen a su progenitor secuestrador o a la familia de éste. También habría que explorar los efectos de la declaración de ausencia y de fallecimiento y la posibilidad de que las instituciones públicas asuman la custodia legal de estas niñas y niños desaparecidos, supliendo con sus medios, en una especie de sucesión procesal, los medios de los que carece la madre del niño o de la niña de acuerdo con lo dispuesto en el artículo. Esta custodia se restablecería una vez que se recuperase el niño o a la niña<sup>25</sup>.

Lo demás relativo a las traducciones juradas y al Centro Nacional de Personas Desaparecidas, se refiere a que el Ministerio de Justicia carece de personal suficiente para proceder a realizar las traducciones juradas precisas para tramitar las comisiones rogatorias, dentro del plazo razonable necesario para que estos procesos tengan la rapidez precisa para conseguir un buen fin, teniendo por rapidez los y

las solicitantes de la documentación que pagar traductoros o traductores jurados particulares, que son caros, ya que las víctimas secundarias de este problema, se ven obligadas a llamar a muchas puertas diferentes y ante distintas entidades, porque una cosa es el derecho sustantivo y otra cosa es la aplicación del derecho, y cómo se consigue el objetivo último que es el de la recuperación del niño o de la niña. Para ello se precisa tiempo, dinero, y gestiones, muchas gestiones internas, internacionales, policiales, procesales, gastos de difícil justificación para conseguir favores o para retribuirlos en el exterior, y en general una actuación que se ve abierta en muchos frentes y que el Estado debería centralizar y coordinar.

## B

### Recomendaciones al Ministerio del Interior

#### 1

#### Enumeración

- I Creación del Centro Nacional de Personas Desaparecidas, en el mismo sentido anterior.
- II Que por ese Ministerio se disponga de una “lista de control de pasaportes” dónde puedan incluirse los nombres de las y los menores que se teme puedan ser sustraídos por la madre o el padre a los efectos de que cuando se solicite un pasaporte a su nombre pueda comunicarse esta circunstancia al otro padre o al órgano judicial que solicitó la inclusión del niño o de la niña en dicha lista.
- III Que se estrechen los controles fronterizos adoptando las medidas de coordinación que sean necesarias entre los diferentes cuerpos y fuerzas de la seguridad del Estado con el fin de evitar que no se cumplan las órdenes judiciales de cierre de fronteras y que se dé adecuada formación a las y los funcionarios policiales destacados en los puestos fronterizos para que sean capaces de detectar situaciones de sustracción de menores y de adoptar en estos casos las actuaciones oportunas.



## 2

## Entorno de las recomendaciones

## I El control de documentos y fronteras exteriores.

Al ser un único problema de pluralidad de facetas, las diferentes recomendaciones necesariamente han de relacionarse entre sí o ser coincidentes. De nada sirve, por ejemplo, privar de facultades de administración o representación para la obtención de documentos de identidad y viajes, si este hecho es desconocido para las autoridades policiales; o de nada sirve decretar Judicialmente el cierre de fronteras si este control no se realiza de manera adecuada por parte del Ministerio del Interior, y esto en el ámbito de las fronteras exteriores españolas, puesto que queda el problema derivado de la libertad de movimiento interfronterizo dentro de los tratados internacionales suscritos por España y que lleva a hacer el control a todos los puestos fronterizos exteriores de los Estados partes.

Las facultades de patria potestad permiten la obtención de pasaportes individuales por uno solo de los progenitores, bien sea individual o colectivo familiar, o bien la obtención de D.N.I. cuando la o el menor tiene edad para ello. Si la policía no conoce la existencia de la problemática es posible que expida la documentación al menor, y que con ella pueda buscarse el paso fronterizo. De ahí la importancia del Registro a que se refiere el Ministerio de Justicia.

## II La Responsabilidad patrimonial de la administración del Estado.

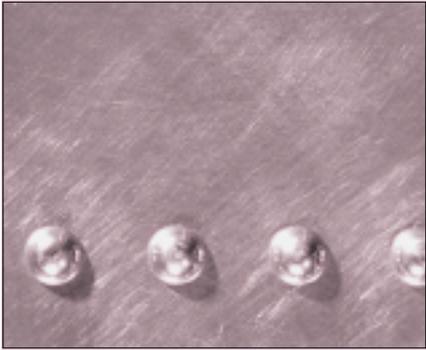
No termina ahí la intervención del Ministerio del Interior. No podemos olvidar que es posible que el secuestro o la sustracción se produzca como consecuencia directa de un deficiente o inadecuado control de las fronteras exteriores españolas. Se ha constatado cómo los niños y niñas son sacadas por aeropuertos de tráfico internacional o por puestos fronterizos exteriores de África. La responsabilidad de la administración por inadecuado funcionamiento debe



tener carácter objetivo, pero además, aunque es evidente que quien secuestra a los niños o la niñas no es el Estado ni sus funcionarios o funcionarias (estaríamos entonces en otro hemisferio) también es evidente que de realizar un adecuado control de pasaportes y un adecuado control de fronteras se interrumpiría la relación causal y podrían detectarse los pasos de las niñas y de los niños y evitarlos, restituyéndolos a su madre o progenitor custodio.

Ante estas situaciones se han planteado dos vías. La primera la responsabilidad civil del estado derivada de hecho ilícito por vía penal, que no ha llegado aún a sentencia y por tanto está por estudiar y resolver. La segunda es por la vía de la consideración de responsable civil en reclamaciones patrimoniales contra la administración del Estado<sup>26</sup> por su inadecuado funcionamiento. El camino ha sido dispar en las dos reclamaciones que hemos interpuesto aunque tienen en común que por parte del Ministerio del Interior se ha estimado durante la instrucción del Expediente que existe responsabilidad a él imputable. Sin embargo en el primero de los casos, el Consejo de Estado, a pesar del reconocimiento de responsabilidad emitió informe desfavorable siendo el acuerdo del Ministro en todo conforme con él<sup>27</sup>. En este momento el primero se encuentra pendiente de resolución ante la Excelentísima Audiencia Nacional. El segundo caso aún no ha pasado al trámite de dictamen. En estos casos el problema no es tanto la determinación de la responsabilidad, que nos

parece lógica, sino la de la determinación del “quantum” de los daños y perjuicios ocasionados a la víctima o víctimas. En este problema se ha acudido a criterios de analogía puesto que si bien es fácil valorar el daño emergente, es decir el daño producido como consecuencia de los desembolsos económicos de todo tipo efectivamente producidos y probados que haya realizado el progenitor privado del o de la menor<sup>28</sup>, y el lucro cesante, es decir la pérdida de ingresos o pérdidas económicas sufridas como consecuencia de las gestiones de búsqueda y recuperación del o de la menor, la dificultad es encontrar el criterio para la indemnización de la “pecunia doloris” o dolor que sufre el padre o la madre como consecuencia de la situación, e incluso el dolor que sufre el menor o la menor bajo custodia y patria potestad, y así mismo dificultoso es encontrar el “día final” respecto del que ha de liquidarse la indemnización, o la forma de hacerlo, siendo el criterio mantenido por la administración, acogiendo en parte la tesis sostenida por quien esto escribe, estar a criterios de analogía con los baremos de indemnización para la “pecunia doloris” en materia de seguro y circulación de vehículos de motor, y determinar como día final, el día en que termina de instruirse el expediente administrativo<sup>29</sup>. Todos estos extremos deben ser objeto de estudio y de desarrollo jurisprudencial así como la legitimación del progenitor custodio privado de su hijo o hija para reclamar en nombre de la menor o del menor secuestrado y sustraído una indemnización.



26

Ley 30/1992, de 26 de Diciembre en su título X sobre responsabilidad de las administraciones publicas y de su personal.

27

Dictamen del Consejo de Estado de fecha 24 de Junio de 1999 y resolución del Excmo. Ministro del Interior de fecha 7 de Octubre de 1999.

28

Se ha estimado que se pueden indemnizar los gastos de defensa y representación efectivamente pagados pero no los meramente presupuestados, así como los gastos de viaje y estancia, los gastos de todo tipo justificados documentalmente, pero no los abonados no documentables, y los gastos de teléfono que tengan relación directa con el país de recepción del menor. No se ha estimado lucro cesante en el caso de alegada disminución de ingresos en un negocio sujeto al sistema fiscal de módulos.

29

Alternativas que se ha ofrecido han sido indemnizar mensualmente una cantidad mientras no aparezca el niño o mientras no sea recuperado, o mientras no se proceda a la declaración legal de fallecimiento, o pagar una cantidad estimada pendiente de liquidación ulterior en el momento en que el niño sea recuperado.

30

España sólo tiene el Convenio bilateral con Marruecos de 30 de Mayo de 1997 sobre asistencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia de derecho de custodia y derecho de visita y devolución de menores B.O.E. n.º 150 de 24 de Junio de 1997. Este convenio funciona con un mecanismo similar al del Convenio de la Haya, mediante la intervención de autoridades nacionales. Se está aplicando por las Autoridades Marroquíes en la medida en que las resoluciones Judiciales Españolas son reconocidas por los Tribunales del Reino de Marruecos, pero no se ha conseguido ejecutar hasta la fecha, que sepamos nosotros la Sentencia cuando pasa al plano de la localización policial del niño.

31

Es pues preciso agradecer al Subdirector General de Asuntos Jurídicos Consulares, Miguel Angel de Frutos su labor, así como a embajadas como la de España en Siria, por citar alguna a título de ejemplo, o el Consulado de España en Orán.

32

Así mismo a título de ejemplo se cita el trabajo del Consulado de Siria en España o el de la República Dominicana o la Embajada de Argelia en España.

### III La intervención policial “a posteriori”.

Entre las gestiones que deben hacerse continuamente para la recuperación de los niños y niñas se encuentra el contacto con la policía bien de ámbito interno o bien de ámbito internacional. Cuando se trata del entorno internacional, estas se realizan mediante la inclusión de las y de los menores en la página web de Interpol y en sus archivos o registro de personas buscadas o desaparecidas o mediante la expedición de órdenes de detención internacional que se tramitan y siguen por medio de INTERPOL España. En el seguimiento de las mismas continuado se cuenta con el propio interesado o interesada y la amabilidad de los funcionarios de la Guardia Civil o de la Policía, pero no debería ser así puesto que el Estado debería tener su propio mecanismo supliendo así esta tarea al administrado/a, de tal manera que pudiera resolver todos los problemas que el desarrollo del caso le plantea ante ese único organismo, por lo tanto nuevamente nos vemos en el entorno de las consideraciones sobre la creación del Centro Nacional de Desaparecidos, dónde además podrían también incluirse los casos de todo tipo de personas desaparecidas. En este Centro podría centralizarse también el trabajo que realiza la Guardia Civil para la reconstrucción por ordenador de la posible evolución física de las cabezas de los niños y niñas con el paso del tiempo.

G

### Recomendaciones al Ministerio de Asuntos Exteriores

1

#### Enumeración

- I Creación del Centro Nacional de Desaparecidos, con participación de ese Ministerio.
- II Que desde ese Ministerio se lleven a cabo las gestiones oportunas para la firma de nuevos tratados bilaterales de colaboración sobre esta materia<sup>30</sup>.
- III Que se impartan las instrucciones oportunas a todas las embajadas y oficinas consulares españolas, a fin de facilitar el

máximo asesoramiento, apoyo e información a los progenitores afectados.

- IV Que en los casos en que se localice a la menor o al menor, la Oficina Diplomática correspondiente realice un seguimiento del mismo, para que no se violen sus derechos ni su seguridad, hasta la solución de la situación planteada.
- V Que por ese Ministerio se adopten las medidas oportunas para que exista suficiente número de personas traductoras Juradas, de tal forma que los ciudadanos y ciudadanas puedan solicitar sin ningún tipo de espera la traducción de sus documentos, para presentarlos en los países dónde tramitan la recuperación de sus hijos o hijas.

2

### Entorno de las recomendaciones

#### I La intervención consular.

Cuando se produce el secuestro de un niño es instintivo acudir a la búsqueda de la ayuda del Ministerio de Asuntos Exteriores Español ya, en su departamento de la Dirección General de Asuntos Consulares y protección de los españoles y españolas en el Extranjero, ya lo sea en el consulado correspondiente a la embajada del presunto país de destino o de localización del niño o de la niña. Desde que hemos empezado a trabajar en el tema se ha podido constatar como se ha evolucionado positivamente en el tratamiento de estos problemas<sup>31</sup> siempre lógicamente limitados por el respeto a la soberanía del país en dónde se realizan las actividades. Las embajadas pueden ser un instrumento muy útil en la negociación con el secuestrador, en las relaciones con las autoridades del estado de destino del niño, en la expedición y control de documentos, en la localización de Abogados o Abogadas o incluso en la preparación de infraestructura para que los progenitores puedan viajar y permanecer. Este apoyo se convierte en esencial durante el largo proceso de recuperación y permite mantener las gestiones necesarias en colaboración con las embajadas de los correspondientes países en España<sup>32</sup>.



## II El marco convencional.

En esta materia es preciso distinguir dos ámbitos de actuación o dos marcos distintos para enfocar el problema. El marco convencional y el marco extraconvencional. En ambos es preciso la ayuda del Ministerio de Asuntos Exteriores, si bien es más necesaria en el segundo que en el primero.

El Marco convencional es aquel en el que el secuestro se produce entre países parte en el Convenio de la Haya o en el Convenio de Luxemburgo o con Marruecos, todos citados ya. El convenio multilateral más específico es el de la Haya, que no es un convenio de reconocimiento de eficacia de resoluciones y que busca la preferente y rápida restitución del menor o de la menor cuando no concurren excepciones a la misma<sup>33</sup>. De y fundamentalmente el de la Haya. Cuando estamos en este ámbito, quien actúa inicialmente es el Ministerio de Justicia español, por medio de la autoridad nacional que insta la aplicación del convenio a las autoridades del país de destino a fin de que a su vez insten los procedimientos propios de derecho interno para su ejecución<sup>34</sup>, sin perjuicio de que el propio interesado/a tenga legitimación activa ante los Tribunales. La incógnita es qué va a pasar con el procedimiento introducido en la extinta Ley de Enjuiciamiento Civil a raíz de la Ley Orgánica 1/96 de protección Jurídica del Menor, dentro del libro III y bajo la denominación de “medidas relativas al retorno de menores en supuestos de sustracción internacional.” Artículos 1.901 y ss. Este procedimiento se considera como de Jurisdicción voluntaria, y por tanto sujeto a una nueva Ley, pero por otro lado no ha sido objeto de inclusión o declaración expresa de vigencia por lo que como al principio<sup>35</sup>, lo tenemos fuera del texto procesal fundamental. Puede ser que mientras que no se promulgue, deberá aplicarse el procedimiento que hay ahora si bien adaptado en plazos y comparecencias a las nuevas disposiciones.

## III El marco extraconvencional.

Pero cuando estamos ante países de destino que no son partes, entonces el

Ministerio de Justicia no puede intervenir, debiendo realizar toda la labor jurídica y procesal allí la parte y de acuerdo a las normas procesales y de derecho interno foráneas.

No en todos los estados existe la posibilidad de “*exequatur*”, no en todos ellos rigen sistemas jurídicos con filosofías del derecho conciliables, y es en estos casos, en dónde se hace más terriblemente patente la soledad de las víctimas y la dureza de la situación. Aquí la intervención, la ayuda, la mediación, la tutela de las autoridades diplomáticas españolas, son las únicas capaces de mantener la ilusión de seguir adelante. Por eso las recomendaciones del defensor del pueblo son estrictamente necesarias y los procesos de negociación, en los que no están ausentes peticiones de retirada de denuncias, o en los que nos vemos obligados a negociar niña/o por niño/a, incluso hasta la elección de cuál sale primero y a cambio de qué concesión, necesitan de verdad la ayuda de nuestros diplomáticos. Debe dejarse claro para que no existan generalizaciones, que estos problemas no son un problema de país, cultura, religión o raza, sino que es un problema de persona, el secuestrador o la secuestradora es un maltratador o una maltratadora o una persona que no acepta plenamente la aplicación del derecho, y esta tipología, con todo lo que conlleva se da en todos los lugares y sistemas sin excepción. Cada cultura tiene su filosofía y tiene sus normas; en muchos países de tradición jurídica no occidental están incrustadas en lo esencial de su conciencia de pueblo y como factor de unidad total y de solidaridad familiar amplia, y cada quien considera que la suya es mejor que la otra o al menos igual. Se trata a veces de sistemas contradictorios, procesalmente muy flexibles o poco formalistas en donde por caminos complejos todo puede ser posible y negociable y en donde el tiempo es un factor que es preciso saber administrar. Se trata también a veces de sistemas que tienen en cuenta la religión de una persona para aplicar la norma o en dónde el sistema de custodia de menores varía en atención al sexo o la edad de los niños o niñas, o en los que prevalece la figura



**33**

St. del T.S. sala de lo Civil, de 22/6/98, n.º 604/98. Recurso de casación en interés de Ley 1.226/94. R.J. Aranzadi 1998/4.743.

**34**

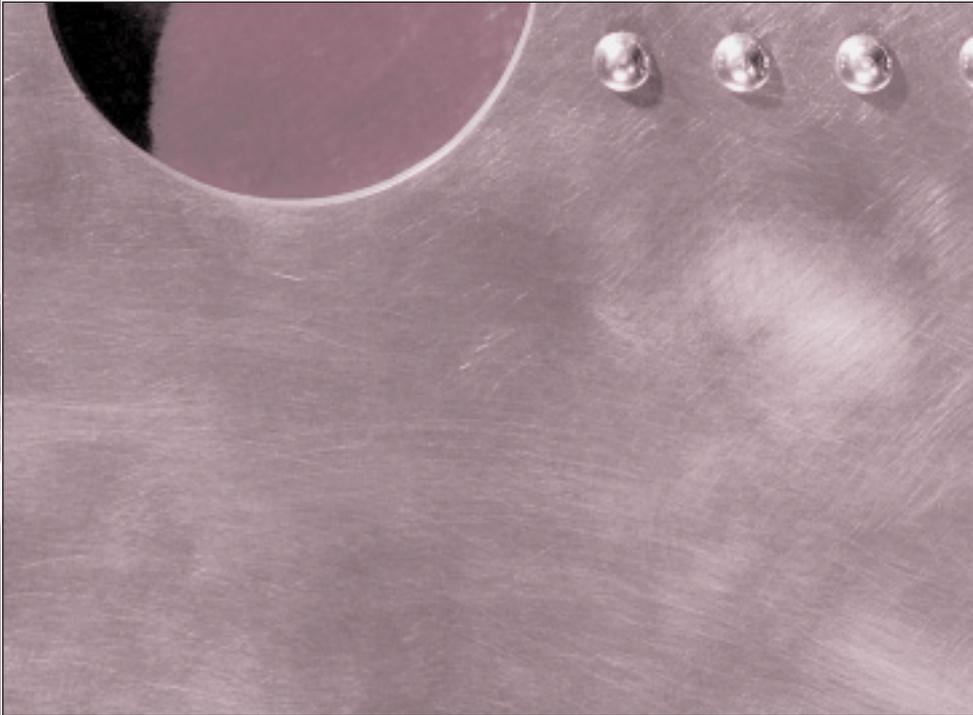
En el caso de España, la autoridad nacional es en el Ministerio de Justicia, Subdirección General de Cooperación Jurídica internacional. También es preciso mencionar el trabajo primero de Alfredo Pascual y después de Mari Luz Puerto o de Cristina Valor.

**35**

El primer caso conocido en España fue el “*Bornes contra Fuentes*”. St. T.S. sala 1.ª de 8 de Abril de 1975 (RAJ 1.514).

**36**

Recientemente hemos mantenido una reunión con Doña Concepción Dancause al objeto de que por parte del Ministerio se incluyan estos hechos dentro del próximo plan contra la violencia doméstica que se encuentra en preparación en sustitución del actual.



paterna frente a la materna. Pero al final es posible llegar al resultado positivo. Junto a esa flexibilidad nos encontramos con multitud de modulaciones o gamas jurídicas o elementos de trabajo como la paciencia que lleva a asumir como un elemento más del litigio las suspensiones, dilaciones y esperas, y también paradójicamente un rigor que puede llevar a que una falta de notificación personal de alguna diligencia o cualquier mínimo detalle, dé al traste con meses de trabajo. No hay pues que hacer mistificaciones sobre esto, sino aceptar y tratar de ganar el pleito con la sentencia española debidamente notificada, por los cauces de la comisión rogatoria y traducida sin más instrumentos que el Derecho y los abogados o abogadas que debemos contratar en el país de destino. La experiencia indica que con tiempo, y en media de un año y medio o dos años de litigio o negociación, es posible recuperar niños y niñas aplicando el derecho del país de destino y con sus propios tribunales y proceder a su ejecución y a solventar los trámites fronterizos de salidas.

Desde que se produjeron las recomendaciones se ha avanzado en la línea indicada.

## **D** Recomendaciones al Ministerio de Asuntos Sociales

### **1** Enumeración

- I** Creación del Centro Nacional de Desaparecidos en los mismos términos que a los otros tres ministerios.
- II** Que se estudie la posibilidad de constituir un “Fondo de coste o gastos” para que se pudiera hacer frente, a través de ayudas, a todos aquellos gastos (desplazamientos, honorarios, etc.) que se ven obligados a soportar los ciudadanos y ciudadanas afectadas por este tipo de problemas. Especialmente en los supuestos en los que el progenitor reclamante acredite carecer de bienes propios con los que satisfacer sus gastos.
- III** Que al margen de las ayudas de tipo económico, desde el citado servicio social internacional se amplíen las prestaciones que se vienen ofreciendo y de esta forma se ofrezca un completo asesoramiento jurídico y asistencial así como de ayuda y orientación psicológica para hacer frente a este tipo de secuestros.

### **2**

#### Entorno de las recomendaciones

La recuperación de la menor o del menor secuestrado es una enorme y larga carrera de desgaste económico, físico y psicológico para la mujer o el progenitor privado de su hijo o de su hija, en la que se encuentra ante sí misma y con sus propios medios.

No se les aplica la legislación sobre víctimas de delitos violentos, quizá porque falta la sistematización institucional expresa de estos hechos dentro del ámbito de la violencia doméstica<sup>36</sup>. No se les aplica la legislación sobre testigos protegidos para evitar que sean objeto de represalias, no tienen ningún tipo de ayuda económica, ni tampoco existe un turno especializado de asistencia jurídica gratuita, no tienen acceso a un servicio psicológico especializado a pesar del enorme trauma que esto conlleva, salvo las posibilidades que les presenta la Seguridad Social si es que pertenecen a algún régimen y por último se carece de noticias de las niñas y niños o de posibilidades de llegar a ellos. La función de la Cruz Roja internacional se limita a hacer llegar mensajes a las niñas y niños o paquetes, si es que están localizados, y el Servicio Social Internacional, un departamento con homólogos por diversos países, puede en alguna medida suplir esas carencias, pero en estos momentos parece que la labor que pueden prestar es insuficiente dadas sus competencias.

### **3. EPÍLOGO**

Se ha tratado de exponer de manera sucinta el estado de la cuestión en España, así como las derivaciones de todo tipo personales y jurídicas que un hecho de estas características puede llegar a generar, así como la inadecuación de nuestro sistema legal y administrativo para resolver los casos o ayudar a su resolución. Existe la satisfacción, eso sí, de que después de tres años de trabajo y por el esfuerzo de muchas mujeres, y algunos hombres, canalizados de manera asociativa desde Zaragoza esencialmente, se ha mejorado y podrá permitir al final que las futuras víctimas se encuentren en mejores condiciones para hacer frente a su situación.

# La Custodia Compartida

M.<sup>a</sup> JOSÉ COLL TELLECHEA  
Psicóloga

La detenida lectura del artículo sobre **la custodia compartida**, me ha llevado a efectuar una reflexión sobre las repercusiones, desde el punto de vista psicológico, que la puesta en práctica de este sistema, opino que **utópico**, tendría para los de siempre, es decir, los hijos y las hijas de las parejas que por razones diversas deciden separarse.

El calificativo de **utópico**, no lo hago de forma gratuita, ya que muchas de las separaciones se realizan de un modo contencioso, aunque en número menor que las que se efectúan de mutuo acuerdo en los juzgados españoles.

La aplicación de este sistema de Custodia Compartida, requiere de momento que las **dos partes** se encuentren de acuerdo con respecto a la custodia de los hijos e hijas. En este punto nos encontramos ante la situación de que este sistema es inaplicable muchas veces en las separaciones.

A menudo, y por razón de mi trabajo, pienso, que para muchas parejas en conflicto, la Guarda y Custodia de los hijos e hijas, es por un lado un negocio económico, y por el otro lado, una situación que le posiciona con cierta fuerza para jugar al llamado juego de los afectos, no sólo con la ex pareja, sino con todo el entorno familiar de ésta.

Los padres y las madres que se separan de forma **civilizada** y **responsable**, no necesitan ninguna Ley que contemple la figura de la **custodia compartida**, ya que de hecho la comparten sin la necesidad de que eso ven-

ga determinado por ninguna ley. Para estas parejas la problemática que la separación genera en sus hijas e hijos es el elemento más importante de cuantos se pueden producir en la separación.

Estas parejas son generalmente los que siempre acuden a las y los Mediadores Matrimoniales, los cuales, muy extendidos y preparados para su tarea, enfocan la problemática de la ruptura familiar sin **olvidar** a los que realmente afecta la separación de su padre y de su madre, los **hijos e hijas**.

La estabilidad de las hijas y de los hijos, cuyo padre y madre deciden separarse, pasa necesariamente por la adaptación a su nueva situación familiar, y esta adaptación se conseguirá a partir del momento en que los padres faciliten el contacto adecuado con los hijos y las hijas basando esta adecuación en las necesidades y derechos afectivos de los niños y niñas, no en los derechos solamente de los padres y de las madres como demasiado a menudo se viene haciendo.

No es de recibo, por resultar un elemento de desestabilización para los niños y niñas, pretender que tras la ruptura de la convivencia familiar los hijos y las hijas convivan en los dos domicilios de su padre y de su madre durante periodos de tiempo prefijados como de la mitad del año (6 meses en cada casa) o por semanas o quincenas. Esto supone que el menor y la menor acaban teniendo una serie de vivencias de que tiene dos vidas distintas, con las consecuencias psicológicas ne-

gativas que este tipo de vivencias crea en un niño, niña o adolescente.

El ejemplo de las personas ancianas, que por necesidades familiares se ven en la obligación de rotar temporalmente por las casas de los hijos o hijas, y las consecuencias psíquicas que estas situaciones tienen para ellas, creo que son un referente a tener en cuenta para saber que en una persona en periodo de formación, como lo son los hijos y las hijas, el hacer sentirse como una maleta que viene y va, no debería ser el objetivo de un padre y una madre que deciden separarse.

Resulta muy lamentable ver como se trata de imponer a los hijos y a las hijas en muchas ocasiones la aceptación de una separación y ruptura de la familia, para **aceptar** la creación de una nueva relación sentimental o de convivencia por parte de uno o los dos progenitores, como un **“Aquí no ha pasado nada, y esta es mi nueva vida y por supuesto la tuya cuando estés conmigo”**.

Los procedimientos de separación, son más a menudo de lo que deberían, luchas entre **“padres y madres con derechos”**. Con lo cual, considero que lo que sobran son más regulaciones legales de estos derechos, y lo que en realidad falta y **urge**, son medidas de protección efectivas para que se cumplan los derechos de los hijos e hijas en los casos de separación de sus progenitores, empezando por la **obligación** del padre y de la madre a la negociación de un régimen de visitas responsablemente adecuado para con sus hijas e hijos.

# La Custodia Compartida de los hijos y de las hijas en casos de nulidad, separación y divorcio

MARINA ORTÍZ IBÁÑEZ  
Abogada

## 1 INTRODUCCIÓN

Uno de los temas más apasionantes del Derecho de Familia, es sin duda el de la custodia de los hijos e hijas comunes del matrimonio en caso de nulidad, separación o divorcio, siendo a la vez, el más importante en cuanto a su regulación postmatrimonial, pues no hay que olvidar que el interés del menor o de la menor está por encima de cualquier otro aspecto a establecer en estos casos.

El objetivo de este trabajo se centra en tratar de investigar, cuál puede llegar a ser el sistema de custodia más adecuado, sin olvidarnos de que generalizar puede ser arriesgado, ya que las especiales circunstancias de cada caso concreto deben ser cuidadosamente contempladas.

Muchos han sido los cambios experimentados en las familias españolas desde que se publicó la llamada “Ley del divorcio” en 1981, y por ello no parece razonable continuar limitándonos a las soluciones que se le dieron en un principio al tema de la custodia. En la familia tradicional, los roles del marido y la mujer estaban perfectamente definidos y diferenciados: ella se ocupaba de las tareas domésticas y de la educación de los hijos e hijas, y él era el que trabajaba fuera, aportando a la casa los medios de subsistencia y sin atender ninguna actividad doméstica. Hoy en

día, esos roles se han desdibujado sustancialmente y la familia actual tiene un perfil muy distinto: la mujer se ha incorporado al mundo laboral, la educación de los hijos y de las hijas es asumida y compartida por los dos miembros de la pareja, y el hombre colabora cada vez más en las tareas del hogar. Tanto el hombre como la mujer actuales están más preparados para desempeñar un rol polivalente de trabajo fuera del hogar, realización de las tareas domésticas e implicación directa en la educación de los hijos y de las hijas.

Nos encontramos, pues, ante un cambio de la estructura familiar tradicional que nos ha traído un reparto de funciones y responsabilidades más igualitario entre padre y madre.

Además, la familia nuclear tradicional ya no es un modelo social “único”, existiendo actualmente una proporción significativa de familias con estructura diferente. Tal es el caso de los hogares monoparentales, que si hace años correspondían casi exclusivamente a viudos/as con hijos e hijas o mujeres solteras, hoy están constituidos en buena parte por las madres y los padres separados o divorciados con sus hijos e hijas.

La existencia de esta diversidad familiar afecta sin lugar a dudas a las relaciones entre padres, madres y sus hijos e hijos

y por ello en la medida de lo posible es necesario que éstas se estructuren convenientemente para que resulten positivas.

Con este breve estudio de la custodia compartida, apoyado en mi larga experiencia profesional como matrimonialista, pretendo introducir posibles soluciones alternativas al tema de la custodia postmatrimonial de las hijas o hijos, teniendo como objetivo el beneficio de éstos, aunque también el de los propios padres y madres. Es de sobras conocido lo duro y difícil que resulta para un padre o madre hacerse cargo en solitario de la educación y el cuidado de los hijos e hijas. Por otra parte, estas tareas son un derecho y una obligación de ambos padres, por lo que una distribución equitativa de las mismas entre ambos progenitores, no sólo posibilitaría a los dos el ejercicio del derecho correspondiente, sino que eliminaría para cualquiera de ellos el peso ingrato de una carga llevada en solitario.

## 2 DETERMINACIÓN DEL RÉGIMEN DE CUSTODIA: POR CONVENIO REGULADOR O POR MEDIDAS JUDICIALES

Cuando se produce la ruptura matrimonial y con ello la familiar, los cónyuges acudirán a un proceso de nulidad, separación o divorcio, cuyas



Sentencias determinarán, con respecto a los hijos o hijas sometidos a la patria potestad, con cuál de los cónyuges habrán de quedar.

La autonomía de la voluntad que reconoce el Código Civil a los cónyuges (artículos 81, 86, 90, 103 y concordantes) y que queda plasmada en el convenio regulador que se presenta con la demanda cuando es de mutuo acuerdo, hace que éstos puedan decidir con respecto a sus hijos y a sus hijas, con cuál de ellos quedarán, así como el régimen de visitas del no custodio, la pensión por alimentos de aquéllos, y cuantos otros acuerdos estimen pertinentes, siempre teniendo en cuenta la intervención del Ministerio Fiscal en aras de la protección del menor o de la menor.

El Juez o la Jueza deberá aprobar los acuerdos que le proponen las partes,

salvo si son dañosos para los hijos e hijas o gravemente perjudiciales para los cónyuges, y a falta de acuerdo de éstos, será quien determine lo pertinente sobre todos aquellos aspectos.

Es práctica habitual, derivada quizás de una reiterada tendencia jurisprudencial, tanto si el procedimiento es de mutuo acuerdo como si se trata de uno contencioso, adjudicar la guarda y custodia de los hijos e hijas a uno sólo de los cónyuges, generalmente a la madre, dejando al no custodio el derecho a un régimen de visitas, consistente la mayor parte de las veces en los fines de semana alternos, y la mitad de las vacaciones de Verano, Navidad y Semana Santa <sup>1</sup>.

Esto supone que aproximadamente el hijo o la hija pasará con el custodio 271 días al año, frente a los 98 días que estará con el no custodio.



### 3 DISTINTAS FORMAS DE ESTABLECER LA CUSTODIA DE LOS HIJOS Y DE LAS HIJAS MENORES. CUSTODIA UNIPERSONAL Y CUSTODIA COMPARTIDA

Entiendo que debería replantearse el tema de la custodia, sustituyendo la custodia unipersonal por otras alternativas mejor adaptadas a los intereses del menor y que pudiesen también paliar los “indeseados” efectos que en ocasiones produce un sistema de guarda y custodia como aquél.

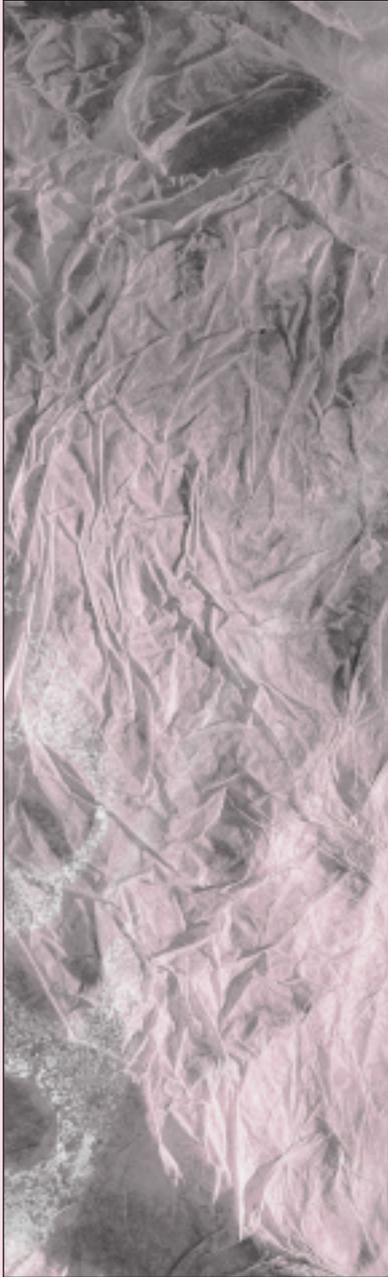
Es principio de Derecho Natural que padre, madre e hijos o hijas puedan estar juntos; pero las circunstancias de la separación o divorcio son tan especiales que hacen que este derecho se reduzca a muy poco tiempo para el cónyuge no custodio, puesto que en suma quien lo disfruta es aquél a quien corresponde por Sentencia tener a los hijos o hijas consigo, quedando muy reducido el tiempo que le corresponde al que no los tiene habitualmente.

Por ello podría entenderse más correcto para el normal desarrollo de los menores que la custodia fuese compartida; es decir, que padre y madre tuviesen a sus hijos e hijas en su compañía con total equiparación de tiempos.

Con la custodia compartida se asume conjuntamente, aún a pesar de haber un divorcio, la autoridad y la responsabilidad en relación con todos los aspectos relevantes de la vida del niño o de la niña, respetando su derecho fundamental a seguir contando con un padre y una madre.

La custodia compartida no supone, como vulgarmente se piensa, que los hijos y las hijas tengan que deambular entre la casa de su padre y la de su madre en cortos períodos de tiempo, sino más bien la adopción de una fórmula que garantice que, al cabo del año, habrán pasado aproximadamente la misma cantidad de tiempo con uno y otro progenitor.

Con esta medida se conseguiría que los hijos y las hijas disfrutasen de lo positivo de la relación con ambos progenitores y no con uno solo de ellos.



#### 4 INTERÉS PRIORITARIO DEL MENOR Y DE LA MENOR

Habitualmente, la relación del menor y de la menor con su padre y su madre separados o divorciados es muy “asimétrica”. Mientras que con el custodio comparte la vida “habitual”, con el no custodio está únicamente en días de fiesta y vacaciones. De esta forma el papel de “educador” o “educadora” suele recaer exclusivamente sobre el custodio, mientras que el otro progenitor, frecuentemente preocupado por el peligro de perder el afecto de sus hijos o de sus hijas, suele limitarse a intentar satisfacer los caprichos que puedan demandar.

No resulta difícil adivinar los graves perjuicios que con este sistema se pueden causar a los hijos y a las hijas, sobre todo en las etapas de su vida en las que la unidad de criterios en su sistema educativo es tan fundamental.

Si en lugar de plantear un sistema de custodia única, se llegase a aceptar la custodia compartida, los hijos y las hijas tendrían una educación más completa, pues estarían con padre y madre en tiempos similares.

#### 5 REGULACIÓN JURÍDICA ACTUAL

Nuestro Código Civil no recoge la custodia compartida como tal, pero tampoco la prohíbe, y aunque los jueces habitualmente no la aplican, sí que ha habido algún caso en el que se ha acordado. Como ejemplo cabe citar una Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia de Mataró en la que, para fundamentar la atribución de la custodia compartida la justifica basándose en “...el libre desarrollo de la personalidad, pleno desarrollo que se consagra, asimismo, como objeto de la educación cuya garantía y respeto debe informar la práctica judicial conforme al punto 3.º del art. 53 de la Constitución española”<sup>2</sup>.

#### 6 PROS Y CONTRAS DE LA CUSTODIA COMPARTIDA

Muchas han sido, a lo largo de todos estos años, las voces de aquellas perso-

nas afectadas que han luchado y luchan, con escasez de medios, por conseguir un cambio en la legislación en este sentido y por llegar a la custodia compartida en beneficio de sus hijos e hijas.

En EE.UU., país en donde ya en 1986 un 23% de los y las menores de 18 años eran hijos o hijas de divorciados, la custodia compartida como forma en la que ambos progenitores comparten la tenencia legal y física de los hijos e hijas, está teniendo cada vez más auge, configurándose poco a poco como la mejor solución para aquellos que buscan un divorcio no traumático en lo emocional.

La psicóloga Raquel Peña Gutiérrez refiere que la tenencia conjunta exige que la más alta prioridad de la vida de un padre o una madre sean sus hijos e hijas.

Según esta psicóloga autora del estudio “Familia post-divorcio. Funciones Parentales”<sup>3</sup> las investigaciones realizadas en familias divorciadas en las que se ha seguido una custodia compartida ponen en evidencia que los hijos y las hijas conservan un alto índice de autoestima, no vivenciando sentimientos de abandono o indiferencia por parte de los progenitores.

Al planteamiento de la custodia compartida se le han achacado entre otros defectos, que el menor tendría dos hogares diferentes y que su vida se vería afectada por cierta duplicidad de entornos, amigos, vecinos, etc.

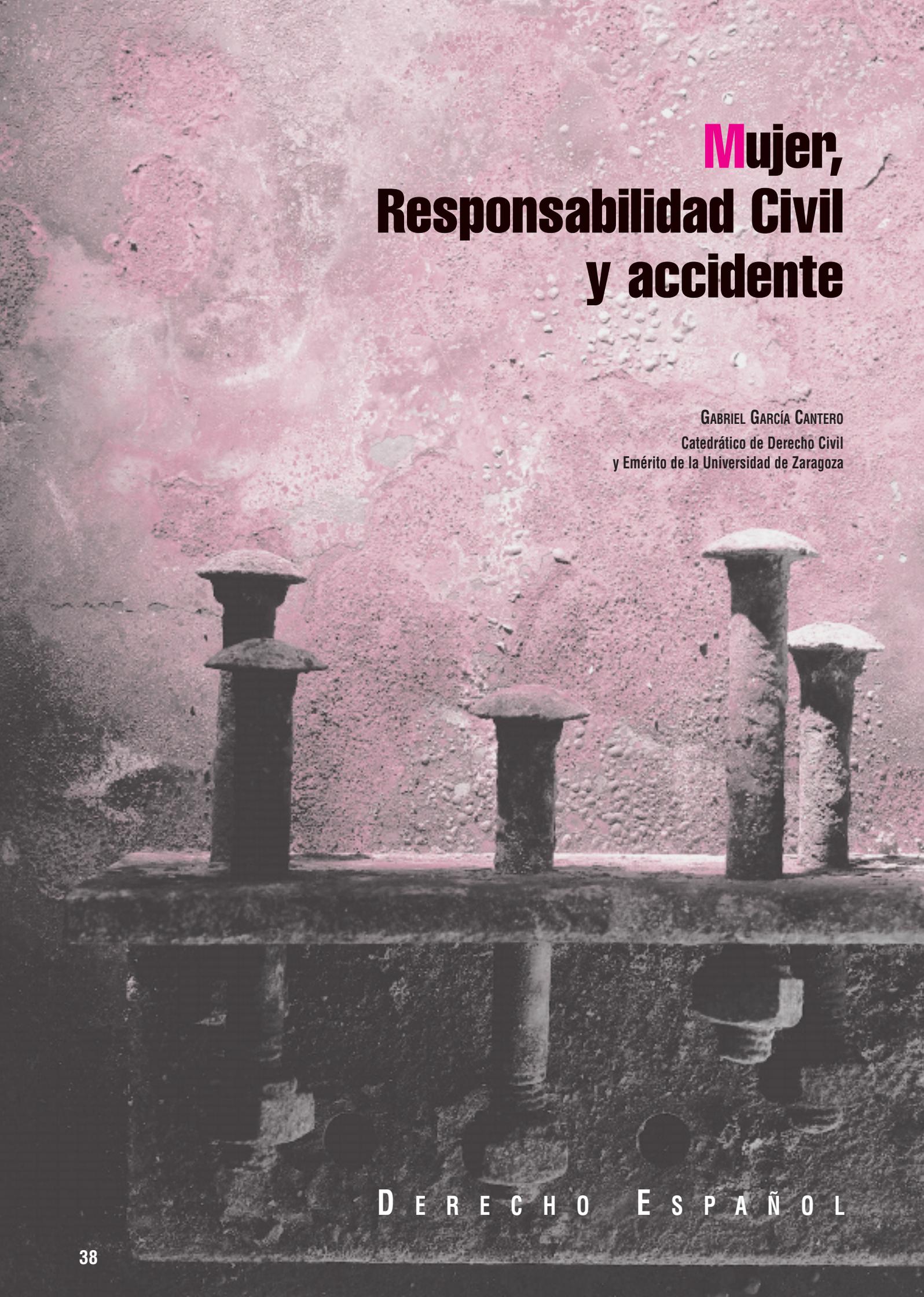
Ciertamente, no hay que olvidar que estamos tratando de situaciones “anómalas de raíz” en las que no existe una familia estructurada conviviendo en un mismo hogar. Es necesario asumir, pues, que el objetivo será minimizar los perjuicios de esta situación.

Resumiendo mi opinión, la convivencia del menor o de la menor con sus dos progenitores en igualdad de tiempos y condiciones contribuiría positivamente a la solución de los problemas que afectan a los hijos e hijas de padres separados o divorciados, y a la propia pareja, tras la ruptura matrimonial.

**1** En las causas judiciales de separación y divorcio la custodia de los hijos y de las hijas se asigna en un 90% a la madre, según se cita en un artículo de PÉREZ DEL CAMPO NORIEGA, A. M. presidenta de la Unión de Asociaciones familiares publicado en “*infancia y sociedad*”. Ministerio de Asuntos Sociales. Dirección General del Menor y la Familia. Madrid 1995, pág. 68.

**2** Según artículo de MAGRO SERVET, V. Magistrado, publicado en el diario “*La Verdad*” con fecha 18 de julio de 1996.

**3** Publicado en *Cuadernos de derecho judicial* del Consejo General del Poder Judicial. Madrid, pág. 258 y ss.



# Mujer, Responsabilidad Civil y accidente

GABRIEL GARCÍA CANTERO  
Catedrático de Derecho Civil  
y Emérito de la Universidad de Zaragoza

D E R E C H O   E S P A Ñ O L



## 1. INTRODUCCIÓN

Como es sabido, la normativa española sobre responsabilidad civil por culpa extracontractual, tanto la contenida en el C.c. como en la ya abundante legislación especial, no suele diferenciar por razón del sexo, ni entre las víctimas, ni entre los o las culpables, de suerte que cualquier dificultad interpretativa ha podido solventarse sin mayor dificultad; quizá la redacción primitiva del art. 1.903 párr. 2.º (*el padre y, por muerte o incapacidad de éste, la madre...*) envolvía una discriminación favorable a la madre, que la reforma de la patria potestad por ley de 13 mayo 1981 obligó a eliminar. Más de un siglo de jurisprudencia de la Sala I.ª del T.S. ofrece no pocos ejemplos en que la mujer ha sido víctima o responsable, sin que se hayan apreciado actitudes discriminatorias en su respecto. Pero a lo largo del año 2000 el T.S. ha resuelto tres recursos de casación, que tienen en común el tratarse de supuestos en que las mujeres son, efectivamente, víctimas o perjudicadas por acciones u omisiones imputables a empresas ferroviarias; ocurre que las reclamaciones interpuestas, por las perjudicadas o sus herederos y herederas, han tenido fortuna variada, siendo distintos los Ponentes de cada sentencia del T.S., así como las argumentaciones utilizadas al resolver los recursos de casación. Aparte de observarse cierto preocupante giro jurisprudencial en materia de culpa extracontractual (especialmente sobre el concepto de riesgo), me parece oportuno llamar la atención sobre la preterición por dichas resoluciones judiciales, de ciertas características que pueden concurrir, precisamente en razón al sexo, sobre todo entre quienes pertenecen a la llamada Tercera Edad, cuyos integrantes, no por haber superado la edad de la jubilación, debieran ver reducida la tutela de sus derechos.

**Me refiero a las siguientes resoluciones de la Sala I.ª del Tribunal Supremo:**

- **S.T.S. de 6 abril 2000** relativa a la reclamación por daños interpuesta por una mujer frente a los Ferrocarriles de la Generalidad de Cataluña al cerrarse automáticamente las puertas del vagón al que pretendía subir.
- **S.T.S. de 25 febrero 2000**, referente al atropello mortal por un tren de una mujer de avanzada edad al cruzar un peligroso paso a nivel sin vigilancia, en el casco urbano de Villagarcía de Arosa.

■ **S.T.S. del 2 marzo de 2000**, por el accidente sufrido por una mujer, también de edad, al transitar por una escalera automática instalada por Renfe en la Estación de Sevilla; la mujer fallece una vez presentada la demanda, sin que se diga con claridad, si ello se ha debido a las lesiones sufridas.

## 2. ACCIDENTE EN EL SUBURBANO DE BARCELONA EN LA ESTACIÓN DE LA PLAZA DE ESPAÑA

El tema fundamental radica en la circunstancia de que los Ferrocarriles de la Generalidad de Cataluña han instalado el sistema de cierre automático de las puertas de los coches, el cual se avisa con señales acústicas poco antes de efectuarse aquél; en la estación de Plaza de España, lugar del accidente, los trenes hacen una parada de diez minutos; no consta la edad de D.ª M.ª Lourdes, que resultó accidentada, ni tampoco que tuviera problemas de movilidad, pero se dice que conocía el funcionamiento del sistema de cierre de los coches por utilizar habitualmente ese medio de transporte; iba acompañada por una hija, sin que se diga si mayor o menor de edad; y como ocurre el accidente el 10 agosto 1990, no cabe presumir que la llevaba a un centro docente; podía simplemente salir de paseo, de compras o para acompañar a su hija a una piscina. Alega la madre que por cerrarse inopinadamente las puertas, fue golpeada, sufriendo varias fracturas de costillas y vértebras, con alguna leve secuela; reclama una indemnización algo superior a los seis millones de pesetas, siendo rechazada en ambas instancias, y también se desestima el recurso de casación, siendo Ponente el Sr. Marín Castán. La S.T.S. de 6 abril de 2000 es relativamente extensa, mereciendo ser citados el 2.º FD (en el que se reproduce la argumentación de la AP al rechazar el recurso de apelación), el 4.º FD (que recoge la doctrina jurisprudencial sobre la responsabilidad por riesgo y la conducta de la víctima) y el 5.º FD (en el que hace aplicación de esa doctrina al caso).

La instalación de un sistema de cierre automático de las puertas de los coches del con-voy supone una indudable mejora respecto del método anterior cuando se encomendaba a un empleado que cerrara individualmente las puertas de los coches a medida que los viajeros y las viajeras terminaban de subir; eran frecuentes los accidentes, sea porque al-

gunas personas viajeras llegaban con retraso y pretendían a toda costa ascender al tren, o bien porque el tren arrancaba sin dar tiempo a que descendieran los viajeros y las viajeras que deseaban hacerlo (así la S.T.S. de 8 octubre 1988 en que se condenó a la RENFE por no tener en cuenta el requisito de la previsibilidad). ¿Constituye para las y los viajeros un riesgo el hecho de establecerse dicho sistema de cierre de puertas? A primera vista la respuesta ha de ser negativa; más aún, resulta exigible a los viajeros y viajeras que colaboren con la empresa cumpliendo deberes accesorios de diligencia. Pero, instalar dicho sistema ¿implica exonerar indefectiblemente a la empresa por los accidentes de los viajeros y de las viajeras en las llegadas y salidas de los trenes? ¿Es axiomático que el nuevo sistema funcione siempre con absoluta seguridad? Porque la sentencia aquí comentada, en el 5.º FD basa su argumentación en que no se ha probado la conducta negligente de la jefe de tren y del maquinista, y niega radicalmente la aplicación de la inversión de la carga de la prueba, y, por supuesto, de la responsabilidad por riesgo. El comentarista se ve así trasladado a los primeros años del siglo pasado cuando los Tribunales exigían a las víctimas que demostraran íntegramente todos los requisitos contenidos en el art. 1.902 C.c.

En mi opinión hay una responsabilidad *in re ipsa*, lo mismo si se aplica al caso la responsabilidad contractual derivada del contrato de transporte que obliga a la empresa a trasladar al viajero y a la viajera en forma indemne al lugar de destino, que en el supuesto de culpa extracontractual (fundamentos jurídicos que, como se sabe, pueden acumularse según doctrina jurisprudencial). De seguirse esta nueva orientación de la Sala I.ª va a resultar *diabólica* la prueba de la negligencia de la empresa ferroviaria; a mayor complejidad tecnológica, menor acceso de los viajeros y viajeras a la información técnica y a la documentación precisa o al dictamen pericial (buen ejemplo la sentencia de apelación cuyos argumentos se reproducen en el 2.º FD, pues técnicamente se deduce de ellos que es imposible que haya accidentes). Yo creo que no debía ser argumento relevante que la actora no pudiera demostrar *cómo* se le causaron los daños, sí, por el contrario, era indudable que se lesionó al montar en el tren. Convendría precisar jurisprudencialmente otro aspecto: no se llega a afirmar que la viajera ha sido la causante exclusiva del acciden-



te; sin embargo sí se grava a la viajera del **deber de abstención de tomar apuradamente el tren cuando sabía que las puertas estaban próximas a cerrarse y aquél iba a iniciar su marcha de un modo no diferente al de todos los días** (5.º FD, al final). Si se parte de falta de prueba ¿cómo se ofrece una versión de los hechos? ¿Qué conducta era exigible a una viajera cuya edad puede suponerse media, que sube normalmente a un coche que está a punto de arrancar? ¿No se garantiza, pese al nuevo sistema, la seguridad de los usuarios y de las usuarias? La doctrina de esta sentencia no deja de ser preocupante, y además por expresarse en relación con la conducta de una mujer.

### 3. ATROPELLO MORTAL AL ATRAVESAR UN PASO A NIVEL PELIGROSO: S.T.S. DE 25 FEBRERO 2000

En este caso hay más datos de la infortunada Doña Mercedes que con sus 76 años atraviesa un paso a nivel sin guarda que une dos barrios de Villagarcía de Arosa, muriendo atropellada a las 21 horas del 30 diciembre de 1988. Conviene saber que durante muchos años era el único modo de transitar de un barrio a otro; luego se construyó cerca del punto peligroso un paso subterráneo para vehículos y peatones, lo que eliminaba la peligrosidad derivada del paso de trenes; curiosamente RENFE solicitó y obtuvo del Ayuntamiento que, después de la construcción de aquél, no se eliminara el paso conflictivo, limitándose a colocar un tornio metálico y un cartel que alertaba del peligro y la propia empresa se auto-exoneraba de responsabilidad.

Es una lacra nacional la subsistencia de varios miles de pasos a nivel sin vigilancia, a lo largo de nuestras vías férreas; son frecuentes las quejas que los Jueces y las Juezas expresan en sus sentencias condenatorias, sistemáticamente desatendidas, o, a lo más, en muy escasa medida escuchadas. La Administración debe imponer por ley la supresión de tales pasos a nivel en todo el territorio español, y cuyo goteo ininterrumpido de víctimas casa mal con los proyectos tan europeos del AVE. En el presente caso la negligencia de RENFE era notoria, aunque la concurrencia de culpa de la víctima obligaba a reducir la cuantía de la indemnización. Adviértase que el recurso de casación se resuelve al cabo de quince años de producido el accidente. Se recla-

man 8 millones y el JPI otorga seis, mientras que la AP absuelve a RENFE. El T.S. estima el recurso (Pte. Vázquez Sandes) y confirma la sentencia de primera instancia.

Patente resulta la responsabilidad de la empresa ferroviaria, agravada en el tiempo con una incomprensible conducta <sup>1</sup>. Paralelamente en la sentencia se describe la conducta de la víctima, con rasgos acaso demasiado vivos que, de alguna manera pueden envolver una forma de discriminación para la víctima; he aquí la cita literal de la sentencia: “No menos clara resulta la tan usual como innecesaria utilización del paso a nivel por la peatón fallecida. Perfecta conocedora del lugar y de sus riesgos, como también de la seguridad que ofrecía la utilización del paso inferior, cruza la vía férrea por lo más inadecuado, en el tiempo más adverso –la noche de invierno no habría de mejorar la precaria visibilidad que el día ofrecía aquella vía– y en una edad exigente de más cuidados, coadyuvando al fatal resultado producido para ella así, con una intensidad que no puede ser desconocida y que ha sido tenida en cuenta por la sentencia de primera instancia”. Se pone el énfasis en que la mujer, exigente de más cuidados por su edad, pero ¿quién había de prestárselos?, no debía deambular a aquella hora por aquel paso a nivel, y en el hecho de conocer su peligrosidad; aunque no se aclara si iba sola o acompañada, con manos libres u ocupada con bolsas y paquetes, si se ayudaba de bastón y usaba lentes, el vestido y calzado que portaba, su domicilio y el motivo de su desplazamiento. ¿Se hubiera dicho lo mismo si la víctima hubiera sido un varón con idénticas características? En resumen, salvo la edad, apenas si se conocen datos identificadores de la víctima, y, como es sabido, junto a la Tercera Edad se habla ya de una Cuarta Edad en la que el sujeto ya no se presenta autosuficiente; pese a los 76 años, no parece que era el caso de D.ª Mercedes. La sentencia parece que ha utilizado un estereotipo. Adviértase, por último, la injusticia que supone no aplicar el IPC a la cantidad solicitada y concedida, la cual ha de repartirse entre dos hijos y dos nietas.

### 4. ACCIDENTE EN ESCALERA MECÁNICA EN LA ESTACIÓN DE RENFE DE SEVILLA: STS DE 2 MARZO DE 2000

Son escasos los datos personales relativos a la víctima del accidente, D.ª Manuela

(que fallece a lo largo del proceso, pero no se aclara si ello es debido a las lesiones sufridas). En el 1.º FD se dice que la acusación del accidente que afligió a la lesionada no fue otra cosa que una infortunada caída o traspies de una persona de avanzada edad, sin que se haya demostrado en forma alguna la existencia de deficiencias técnicas en las juntas de peldaños de la escalera, la producción en ésta de movimientos bruscos y descompasados, que motivaran la caída de la víctima, así como tampoco hay la menor constancia en los autos sobre la ocurrencia de accidentes en la Estación similares al que aquí nos ocupa. En la demanda se solicitaba una indemnización de veinte millones de pesetas, que fue reducida a millón y medio por el JI; la AP estimó la apelación interpuesta por la RENFE y absolvió de la reclamación a esta entidad; el recurso de casación fue desestimado siendo Ponente el Sr. Sierra y Gil de la Cuesta.

Análogamente a como ocurre en la sentencia de los Ferrocarriles de la Generalidad de Barcelona, se argumenta sobre la ausencia de riesgo por el hecho de instalarse escaleras mecánicas en la Estación (que parece identificarse como la de Santa Justa, después de la llegada del tren AVE a Sevilla); así se afirma que, desde luego, la puesta en uso y funcionamiento de unas escaleras mecánicas en una estación de ferrocarril, difícilmente podrá estimarse como el establecimiento de un riesgo superior a lo normal. Sin duda, ello constituyó un indudable avance técnico en relación con las anteriores instalaciones (que, sin embargo, –creo recordar– no precisaban de escaleras). Con tal argumento se declara el hecho como caso fortuito, del que ha sido víctima una anciana, y por el que nadie responde, a pesar de que la sentencia reitera (indudablemente **obiter dicta**) la conocida doctrina sobre la interpretación jurisprudencial del 1.902 <sup>2</sup>. En mi opinión el hecho hubiera merecido mayor profundización y, sin duda, tomar en consideración la condición de ser la víctima una mujer de edad avanzada (en circunstancias que, desgraciadamente, desconocemos); por último, un trato menos benevolente para RENFE.

Es cierto que unas escaleras mecánicas facilitan a los usuarios y usuarias el ascenso y descenso a los diferentes planos horizontales de la estación; también lo es que los viajeros y


**1**

Según el 4.º FD: "Los hechos que así lo explican están en la creación de un paso a nivel, quizá inevitable entonces, que empieza al terminar enclavado en núcleo urbano de población con tal clara trascendencia del riesgo que para los usuarios y usuarias encierra que lleve al ente público a realizar un paso a nivel inferior en las inmediaciones de aquel otro, para vehículos y personas, pero poco consecuente con esta exacta visión de todas las circunstancias que le movieron, ella misma, en vez de clausurar lo que cuando menos aparece como inconveniente, insta que se le solicite su permanencia y con la colocación de un tornillo de acceso, que nada impide, y la de un letrero patentizador de la noción de peligro que tiene sobre el paso a nivel, lo mantiene con todas las consecuencias que, previsiblemente, puede dar lugar su ubicación y afluencia de personas usuarias, y en esa medida hizo posible el resultado aquí contemplado". La continuidad del paso a nivel sin vigilancia no sólo aparece como inconveniente, sino claramente como peligroso, generador de riesgo.

**2**

Se dice en el 1.º FD: "Ante todo hay que decir que el art. 1.902 del C.c., así como sus concordantes, establece y regula la obligación surgida de un acto ilícito y que se puede estimar como de los preceptos emblemáticos del C.c., del cual surge la figura de la responsabilidad o culpa extracontractual—también aquiliana por haber sido introducida en el área jurídica por la Lex Aquilia del siglo III a. de C.—figura que, en el fondo y forma, está sufriendo una evolución progresiva, no sólo en el campo de la doctrina sino también en el de la jurisprudencia, y ello debido a dos datos remarcables, como son: a) un sistema de vida acelerado y de enorme interrelación; y b) la tendencia a maximalizar la cobertura en lo posible de las consecuencias dañosas de la actividad humana. Todo lo cual lleva inexorablemente a objetivar la responsabilidad, perdiendo importancia, en el campo sustantivo la teoría culpabilista, y en el campo procesal, la imposición de la inversión de la carga de la prueba. Pero es más, dicha atenuación culpabilista e incluso de la antijuridicidad, que alguna doctrina moderna rechaza como elemento constitutivo, y dicha inversión de la carga probatoria, lleva inexcusablemente a una enorme ampliación de la obligación in vigilando y a un plus en la diligencia normalmente exigible". Dicho esto, con los respetos que merece el T.S., la frase transcrita parece más bien un comodín a la hora de redactar las ss. sobre responsabilidad extracontractual, pues en la práctica se comprueba que sirve tanto para estimar, como para rechazar (como es el caso), las reclamaciones con base en el 1.902.

viajeras pueden usar las escaleras normales, con menor riesgo. Pero tanto en el caso de que la víctima estuviera provista de billete, como en otro caso, la RENFE asume un especial deber respecto de las personas usuarias de sus instalaciones, la de dejar indemne al viajero y a la viajera en el lugar de destino, o, en todo caso, a la puerta de salida de la estación. Me parece impropio que esta sentencia recuerde que "es de tener muy en cuenta la conducta de quien sufrió el daño, de tal modo que cuando ésta sea fundamentalmente determinante de dicho resultado, indudable resulta por aplicación de los principios de la Justicia distributiva, conmutativa y social, así como de la seguridad jurídica, (que) no se puede hablar de una responsabilidad indemnizable que se pueda reprochar a un tercero". Resulta, a mi juicio, sangrante reprochar a la anciana víctima una conducta negligente, en modo alguno demostrado en el pleito, cuando presumiblemente a lo que aspiraba era no perder el tren, o a despedir a tiempo a su familia. ¿Hubiera sido idéntico el razonamiento de ser la víctima una mujer joven?

En mi opinión, la RENFE, a la hora de dictar reglas sobre el uso de tales artificios, ha de tener en cuenta, por ejemplo la condición y circunstancias de las personas que pueden usar las escaleras mecánicas, y no considerarse exenta de responsabilidad por el hecho de ser muy moderno el modelo de artilugio que se instale; para ello, por ejemplo deberá advertir mediante anuncios adecuados que su manejo resulta peligroso para niños y niñas, personas de edad, mujeres cargadas con muchos bultos, etc. Sólo si, pese a las advertencias (reiteradas, incluso por los altavoces), siguen utilizando las escaleras las personas en riesgo, podría haber exoneración para la RENFE, por los accidentes derivados de su uso. Tampoco parece determinante el hecho de no conocerse hechos similares (¿el primero que se produjera nunca podría originar indemnización?).

## 5. A MODO DE CONCLUSIONES: MUJER Y ACCIDENTES FERROVIARIOS

Con carácter general parece observable ciertas vacilaciones en la Sala I.ª del T.S. a la hora de aplicar su propia doctrina sobre la responsabilidad por culpa extracontractual. De beneméritos pueden calificarse los esfuerzos que dicha Sala hizo en los años Treinta

del siglo pasado, y en épocas sucesivas, para acomodar el art. 1.902 a una realidad social española cada vez más cambiante; así se preparó la promulgación de diversas leyes especiales que, al entrar en vigor, han acotado el campo de aplicación del mencionado precepto (accidentes de trabajo, de circulación, de caza, nucleares, daños por productos defectuosos etc). Con todo el art. 1.902 sigue aplicándose por la Sala I.ª, en ocasiones como *ultima ratio* para completar soluciones legislativas acaso no del todo convincentes, y, de modo incesante, respecto de nuevos hechos causantes de daños en distintos sectores de la realidad social (actividades deportivas, espectáculos, accidentes en las piscinas, en el uso de ascensores, en las instalaciones de gas butano, etc.); de modo implícito o expreso queda planeando la idea de que el principio culpabilístico es el principio general de nuestro derecho de daños, aunque moderado por la inversión de la carga de la prueba y la responsabilidad por riesgo, como viene reiterándose.

Resulta perceptible a veces un cierto retroceso en la aplicación de aquella moderna doctrina jurisprudencial que *—opportune et inopportune—* reitera innecesariamente la jurisprudencia. En las sentencias aquí analizadas resulta evidente que existe un paso atrás en el caso de los Ferrocarriles de la Generalidad, y, asimismo, en el accidente de la Estación de Sevilla; con menor claridad, quizá por la evidencia de la responsabilidad de la empresa ferroviaria, en el atropello mortal de Villagaría de Arosa. Me parece singularmente inadecuada la aplicación que en dos casos se ha hecho de la doctrina de la responsabilidad por riesgo.

En los tres accidentes la víctima es una mujer sin que en las sentencias aparezca de modo explícito, ni quepa advertir por vía hermenéutica, discriminación alguna en el tratamiento legal. Con todo, cabe advertir alguna diferencia sutil de trato (mujer de 76 años, mujer de edad avanzada, que mentalmente se contraponen a una mujer joven que se supone hubiera resultado indemne del lance). Yo creo que habría que desarrollar explícitamente y con mayor eficacia los derechos civiles y sociales de la mujer que, convencionalmente, se califica de "perteneciente a la Tercera Edad", y pedir a los Tribunales una mayor atención a las circunstancias con que las mujeres actúan en el tráfico social, especialmente, en materia de accidentes.

# Violencia doméstica y seguridad social

JOSÉ FERNANDO LOUSADA AROCHENA  
Juez del Juzgado de lo social  
número 1 de Pontevedra

DERECHO ESPAÑOL

**1**

La violencia doméstica se considera como excepción de la obligación del perceptor de la asistencia menor de 18 años, no casado y con un hijo o hija a su cuidado, de vivir con sus padres causantes de la violencia. También su erradicación es inspiradora de programas estatales facultativos. Con más detalle, véase GÓMEZ ABELLEIRA, F.J., *La reforma de la asistencia social en los Estados Unidos*. Editorial Civitas. Madrid, 1997. Páginas 96 a 98.

**2**

*La allocation de parent isolé* aparece detallada, en sus rasgos básicos, en “Introducción al Derecho de la Seguridad Social de los países miembros de la Comunidad Económica Europea”. *Danny Pieters*. Editorial Civitas. Madrid, 2002. Página 140.

**3**

Las familias monoparentales son realidades ajenas al Derecho español de la Seguridad Social, y ello provoca situaciones realmente injustas. Remito al lector a mi trabajo “Familias monoparentales y Seguridad Social (un supuesto de desprotección en el subsidio de desempleo)”. *Social Mes a Mes*. Núm. 30. Febrero. 1998.



El Derecho se enfrenta a la violencia doméstica, y así debe ser sustancialmente, en la órbita penal. Pero el que sea así sustancialmente no supone que debe ser así exclusivamente. La violencia doméstica también debe ser contemplada desde otras perspectivas jurídicas. Quisiera llamar la atención, precisamente, sobre un flanco de gran importancia: la Seguridad Social. No es usual en el derecho comparado, aunque tampoco un planteamiento inédito, el vincular determinados derechos de protección social a la realidad de la violencia doméstica. Un ejemplo al respecto es la reciente reforma de la asistencia social en los Estados Unidos <sup>1</sup>.

Nuestro ordenamiento jurídico social no contempla, en ninguna de sus normas, la violencia doméstica. Tal neutralidad legislativa se manifiesta en dos aspectos. Uno, el que acaso a todos se nos viene de inmediato a la cabeza, la ausencia de prestaciones sociales públicas a favor de las víctimas. Pero hay otro no menos trascendental: el funcionamiento normal de un sistema prestacional neutral a la violencia doméstica lleva a situaciones irritantes en determinadas ocasiones. Sin perjuicio de existir otras, se me ocurren dos: (1) la atribución al agresor de prestaciones generadas por la víctima y (2) la privación a la víctima de prestaciones cuando se separa del agresor.

Dicho lo anterior a modo de introducción, pasaré a su desarrollo, especificando, obviamente sin ánimo exhaustivo, las aplicaciones que, a nuestro juicio, debe presentar, en el ordenamiento jurídico social, la violencia doméstica:

## 1. LA VIOLENCIA DOMÉSTICA COMO HECHO CAUSANTE DE PRESTACIONES SOCIALES A FAVOR DE LAS VÍCTIMAS

No es, desde luego, una propuesta novedosa la necesidad de arbitrar apoyos económicos a las mujeres maltratadas. Algo más novedoso sería canalizar esos apoyos a través de la Seguridad Social. Esbozaré someramente las líneas básicas de una nueva prestación, que, sin duda alguna, sería asistencial, es decir, vinculada a la ausencia de unos ingresos mínimos. Su hecho causante debería situarse

en un momento anterior a la condena penal firme, como la conclusión de las diligencias previas con imputación de delito o falta o, mejor aún, la admisión a trámite de una querrela o denuncia. Una duración temporal, similar al desempleo. Con esta nueva prestación se ayudaría a las víctimas de violencia doméstica sin recursos económicos a superar los momentos iniciales siempre difíciles. Los mecanismos civiles, a través de pensiones alimenticias o compensatorias, resultan, en no pocas ocasiones, insuficientes y/o tardías.

La situación de las esposas de trabajadores autónomos colaboradoras en el negocio presenta algunos perfiles particulares: se ven obligadas, por la violencia doméstica, a abandonar el hogar y, simultáneamente, el negocio, quedando fuera del campo de aplicación del Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, al resultar inaplicable lo dispuesto en el artículo 3.b) del Decreto 2.530/70, de 20 de agosto. Recálquese que, a diferencia de otras causas de separación o divorcio, en la violencia doméstica el abandono del hogar es, en sentido vulgar y en sentido jurídico, fuerza mayor. Por lo expuesto, no sería irrazonable, como prestación autónoma, la consideración como cotizado de un determinado período posterior a la separación o, a lo menos, el establecimiento de facilidades para celebrar un convenio especial de mantenimiento de derechos. Se trataría de evitar la ruptura de la carrera de seguro por una causa de fuerza mayor.

Aún no contemplando la violencia doméstica como hecho causante de prestaciones sociales a favor de las víctimas, hay otras fórmulas que, en muchas ocasiones, las beneficiarían. Por ejemplo, las prestaciones a favor de progenitores solos con hijos o hijas a su cargo, como las establecidas en el derecho francés <sup>2</sup>. Las familias monoparentales están formadas mayoritariamente por mujeres separadas o divorciadas, con hijos e hijas a su cargo, y, denunciados los maltratos, la separación o el divorcio es la única alternativa razonable. De ahí que, introduciendo prestaciones a favor de familias monoparentales, se beneficia a las víctimas de violencia doméstica <sup>3</sup>.

El ordenamiento jurídico español desconoce prestaciones sociales que, de modo expreso o de modo reflejo, beneficien a las víctimas de violencia doméstica, las cuales son tratadas, a estos efectos, como cualquier otro ciudadano o ciudadana –si de prestación asistencial se trata– o como cualquier otro trabajador o trabajadora –si de prestación contributiva se trata–. A nuestro juicio, es necesaria una profunda reflexión sobre la conveniencia de su introducción: si la Seguridad Social pretende cubrir, como dice el artículo 41 de nuestra Constitución, “situaciones de necesidad”, no habiendo duda de que ésta lo es, el debate se limita a determinar si es de suficiente entidad como para merecer la protección, y creemos que lo es.

## 2. LA VIOLENCIA DOMÉSTICA COMO CAUSA DE EXCLUSIÓN DE PRESTACIONES SOCIALES A FAVOR DEL AGRESOR

Vincular las prestaciones sociales a la ausencia de una condena penal por violencia doméstica, devengándose de nuevo si el agresor demostrase indicios de reinserción, acaso no sea una idea descabellada, sobre todo si hablamos de prestaciones asistenciales. Pero ahora me voy a centrar en algo más concreto: las prestaciones derivadas de carácter contributivo. En efecto, determinadas prestaciones –el ejemplo paradigmático son las de muerte y supervivencia– se caracterizan por diferenciar el causante de la prestación –en el ejemplo, el trabajador fallecido– del beneficiario –en el ejemplo, los familiares–. Las situaciones irritantes se producen cuando se atribuyen al agresor prestaciones generadas por la víctima de violencia doméstica. Un único límite, realmente extremo, aparece ante esta posibilidad, aunque sólo en relación a las prestaciones de viudedad: el artículo 11 de la Orden Ministerial de 13/2/1967, sobre las prestaciones de muerte y supervivencia en el Régimen General de la Seguridad Social, establece la extinción de la pensión de viudedad por “declaración, en sentencia firme, de culpabilidad en la muerte del causante”. Ninguna otra prestación admite una causa de extinción semejante y, desde luego, la violencia doméstica causante de muerte puede



referirse al círculo de parientes a quienes se reconocen prestaciones de orfandad o a favor de familiares. Solamente el sentido común, acudiendo a principios generales de justicia, impediría, en estos casos, el devengo de unas prestaciones que la letra de la ley reconoce.

Pero el problema no se acaba aquí. La causación culpable de la muerte es sólo un caso extremo. Imaginemos otro supuesto: la mujer es maltratada regularmente por su marido, quien, además, le prohíbe trabajar; después de un largo proceso judicial, se divorcia y, en virtud de otro proceso penal paralelo, el marido es condenado por violencia doméstica; la mujer rehace su vida, consiguiendo un trabajo y casándose de nuevo; no descartemos la posibilidad de molestias esporádicas causadas por su primer marido, la mujer fallece.

Nuestra legislación establece, en este caso, el derecho del segundo marido a la viudedad, pero reduciendo su pensión a favor del primer marido, quien, de conformidad con el artículo 174.2 de la Ley General de la Seguridad Social, tendrá derecho “en cuantía proporcional al tiempo vivido con el cónyuge fallecido, con independencia de las causas que hubieran determinado la separación o divorcio”, inciso este último impositivo de cualquier interpretación correctora. Simplemente, no es justo.

### 3. LA VIOLENCIA DOMÉSTICA COMO CAUSA DE EXCEPCIÓN RESPECTO A NORMAS DE REAGRUPACIÓN FAMILIAR

La Seguridad Social pretende proteger situaciones de necesidad, si bien, al hilo de esa finalidad, la legislación, en no pocas ocasiones, busca otros fines secundarios, y, entre ellos, se encuentra la reagrupación familiar. Un

ejemplo es el apartado 3 del artículo 144 de la Ley General de la Seguridad Social, referido a la invalidez no contributiva, según el cual, para fomentar la reagrupación entre quien solicita y sus descendientes o ascendientes en primer grado, los límites de acumulación de recursos de la unidad económica de convivencia se elevan, cuando en ella se integren aquellas personas, dos veces y media. Norma aplicable, de acuerdo con el artículo 167 de la referida Ley, a la jubilación no contributiva. Pensemos, ahora, en el siguiente supuesto: una mujer, pensionista no contributiva, convivente con su esposo y con dos hijos, en cuyo caso el límite de acumulación de recursos, para el año 2000, asciende a 4.367.667 Pts.

Abandona la convivencia, por maltrato de su esposo, yéndose a vivir con su hermano o hermana, su cónyuge y un hijo de éstos: el límite asciende entonces a 1.747.067 Pts. Ambas unidades económicas tienen idénticos ingresos, excluida naturalmente la prestación asistencial: 3.000.000 Pts. Fácilmente se constata el perjuicio de la víctima de violencia doméstica al desagruparse de la unidad privilegiada, donde se mantiene el agresor, para integrarse en la no privilegiada: su derecho se extinguirá. El mensaje legal a la víctima es tan claro como inmoral: si no convives con el agresor, pierdes la pensión.

### ALGUNAS CONCLUSIONES

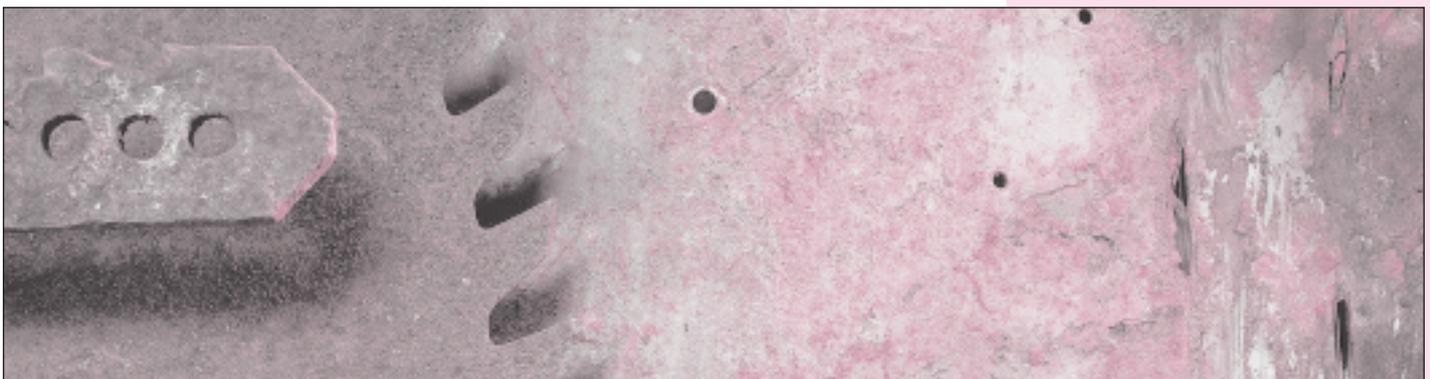
Nuestro Derecho de la Seguridad Social desconoce, en el año 2000, la igualdad de trato <sup>4</sup>. No se puede negar que, desde 1978, se ha intentado corregir. Pero ello es insuficiente. La igualdad de trato no debe ser algo ajeno al sistema normativo de protección social, que lo corrija desde fuera, sino uno de sus principios fundamentales, que lo inspire desde dentro <sup>5</sup>.

4

Dos recientes monografías, de recomendable lectura, vienen a demostrarlo. Una de TORRENTE GARI, S. *La mujer y la protección social*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Madrid. 1999. Otra de FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J. “La mujer ante el Derecho de la Seguridad Social”, *La Ley*. Madrid. 1999. Ambas excelentes.

5

Claramente lo dice el IV Programa de Acción Comunitario a medio plazo para la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres (1996-2000): “Las directivas europeas sobre igualdad de trato intentan corregir los sistemas eliminando las discriminaciones existentes. La individualización modificaría esta perspectiva situando la igualdad de trato de las personas entre los principios fundamentales que han de respetarse”. Por ello, “el fomento de la individualización de los derechos” es uno de los objetivos a alcanzar, tanto en materia de política fiscal, como de protección social. El IV Programa ha sido publicado por el Instituto de la Mujer en la *Serie documentos*, núm. 20. Madrid. 1996.



# Medidas sobre fomento del empleo femenino en el R.D.L. 5/2001, de Reforma del Mercado Laboral

MARÍA JOSÉ LOPERA CASTILLEJO

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Facultad de Derecho.

Universidad de Zaragoza

D E R E C H O E S P A Ñ O L

## 1. LA NECESARIA PROMOCIÓN DEL EMPLEO ESTABLE DE LAS MUJERES: SU NORMATIVA REGULADORA

No cabe duda de que, pese a la mejoría de los últimos años, las mujeres siguen encontrando dificultades importantes para insertarse en el mercado laboral, advirtiéndose que la baja incorpora-

ción de aquéllas al trabajo, acompañada del envejecimiento de la población, es causa fundamental de la reducción del número de población activa. Contrasta, así, que la tasa de actividad femenina sea 24 puntos inferior a la de los hombres –una de las más bajas de la Unión Europea–, mientras que el nivel de paro resulta ser 11 puntos superior, apreciándose también como, de entre la totalidad de la población trabajadora,

para el colectivo de las mujeres se utiliza con mayor frecuencia las modalidades temporales, ascendiendo esa cifra al 64,2 %. Este marco de referencia pone claramente de manifiesto la necesidad de mejorar la inserción laboral de la mujer, en su doble aspecto cuantitativo y cualitativo, para lo cual ya se han emprendido diversas actuaciones, entre las que hay que situar, dentro del amplio ámbito comunitario, la reciente apro-



bación por el Pleno del Parlamento Europeo de un Informe sobre medidas comunitarias para incentivar el empleo, con el fin de lograr uno de los objetivos de la Cumbre de Lisboa. Al logro del mismo objetivo, se dirigen también las propuestas referidas a la creación de una agencia que fomente la igualdad de las mujeres en el mercado laboral, en el convencimiento, además, de que todos estos proyectos incentivos del empleo constituyen uno de los principales instrumentos de desarrollo de la igualdad entre hombres y mujeres.

Esta finalidad de mejorar el nivel de ocupación presenta, no obstante, un alcance limitado, por cuanto va dirigido a grupos determinados de las personas que trabajan con problemas particulares de empleo, entre los que se encuentra el de las mujeres, de manera que implica una diferencia de trato de esos colectivos específicos seleccionados respecto de los restantes. Si bien, todavía con mayor proyección, lo que se pretende es promocionar no sólo el empleo en general, sino especialmente las colocaciones de carácter estable, o las contrataciones por tiempo indefinido, para lo cual se arbitran medidas tanto de ámbito estatal como autonómico. Puede así advertirse, dentro de este último marco geográfico, que las ayudas previstas en el Programa de apoyo a la contratación indefinida del Gobierno de Aragón beneficiaron, en el año 2000, al 75% de mujeres, frente a un 25% de hombres. Dichas actuaciones resultan mayormente favorecidas con la normativa actual del citado ámbito autonómico (D. 34/2001, de 13 de febrero), donde se incentiva novedosamente la contratación de mujeres tituladas universitarias.

Por lo que se refiere al plano normativo laboral, la regulación general de la materia encuentra su claro fundamento en el art. 17.3 del Estatuto de los Trabajadores, que contiene la autorización al Gobierno para adoptar medidas que faciliten la colocación de las y los trabajadores demandantes de empleo, siempre orientadas hacia el empleo estable y no hacia la contratación temporal. Estos mismos parámetros son los que



han servido actualmente de referencia en la elaboración del Real Decreto-Ley 5/2001, de 2 de marzo, de Medidas Urgentes de Reforma del Mercado de Trabajo, para el incremento del empleo y la mejora de su calidad, presentado al Parlamento para su tramitación como proyecto de ley. De modo, que lo que dicha norma persigue es facilitar la “empleabilidad” de aquellos colectivos a los que, afectándoles en mayor medida el desempleo de larga duración, presentan mayor dificultad para su recolocación profesional, como es ciertamente el caso de las mujeres. Con lo cual, su objetivo más concreto consiste en favorecer la contratación de 800.000 personas, de las cuales una gran mayoría (225.000) son mujeres, de 16 a 45 años.

Puede así afirmarse, en definitiva, que las actuales previsiones legales, al respecto, se centran principalmente en tres ejes de actuación: primeramente, en el establecimiento de un nuevo programa general de bonificaciones para el fomento del empleo indefinido durante el año 2001; en segundo término, procediendo a la modificación del contrato de trabajo para el fomento de la contratación indefinida; y, en tercer lugar, en la previsión de bonificaciones específicas para trabajadoras y trabajadores o socias y socios sustituidos durante los períodos de descanso por maternidad, adopción y acogimiento.

## 2. EL PROGRAMA GENERAL DE BONIFICACIONES PARA INCENTIVAR EL EMPLEO INDEFINIDO FEMENINO

El R.D.L. 5/2001 de 2 de marzo, dedica el Capítulo II al Programa de fomento del empleo para el año 2001, de modo que, dando continuidad a la línea de política de empleo trazada por la Ley 64/1997, la nueva norma regula un régimen de incentivos que, hasta el momento, venía establecido en la Ley 55/1999, de 29 de diciembre.

Por lo que refiere a su ámbito aplicativo, señala la normativa vigente (art. cuarto R.D.L.) que podrán acogerse a los beneficios previstos para dicho Programa: las empresas que contraten indefinidamente, cumpliendo los requisitos y condiciones mencionados en dicha norma (art. quinto: requisitos de los beneficiarios), a personas desempleadas inscritas en la oficina de empleo, siempre que pertenezcan a alguno de los colectivos que se mencionan. Entre éstos, queda incluido el relativo a las mujeres desempleadas cuando se contraten para prestar servicios en profesiones u ocupaciones con menos índice de empleo femenino (art. cuarto, 1.1 b) R.D.L.), que ya aparecía contemplado también anteriormente en la Ley 55/1999, bien es cierto que ahora, en la nueva regulación, se amplía claramente la previsión sobre el citado grupo



femenino, para quedar incorporado también el de las mujeres desempleadas entre 16 y 45 años (art. cuarto, 1.1 a) R.D.L.) y, muy particularmente, el de las mujeres desempleadas inscritas durante un período de doce o más meses en la oficina de empleo, que sean contratadas en los veinticuatro meses siguientes a la fecha de alumbramiento (art. 4, 1.1 i) R.D.L.).

Para la concreción de tales incentivos, establece la actual regulación que los contratos indefinidos iniciales a tiempo completo o parcial, celebrados entre el día 4 de marzo y el 31 de diciembre del año 2001, darán derecho, a partir de la fecha de contratación, a una serie de bonificaciones de la cuota empresarial a la Seguridad Social por contingencias comunes (art. sexto, 1 R.D.L.). Fundamentalmente, dichas bonificaciones consisten en reducciones obtenidas por la empresa en sus cotizaciones, y no en recibir cuantías económicas directas o subvenciones, que se ha podido comprobar favorecían prácticas fraudulentas. Lo cual no obsta para que, entre las medidas previstas por las Comunidades Autónomas para el fomento de la contratación estable, se haga también uso de ese otro tipo de ayudas que consiste en dedicar subvenciones concretas para contratar de forma indefinida –así, en Aragón, asciende a 600.000 ptas. para las mujeres (art. 3.1.B del D. 34/2001)–, por cuanto, al carecer de competencias en materia de cotizaciones sociales, tan sólo se les ofrece el recurso de incluir las subvenciones de contratos en sus programas de fomento de la ocupación.

Con precisa referencia ahora a las bonificaciones que el R.D.L. destina a la contratación de mujeres, deben distinguirse estas tres situaciones:

**1**

La contratación de mujeres desempleadas, entre 16 y 45 años, reduce la cuota empresarial en un 25 por 100, durante el período de los veinticuatro meses siguientes al inicio de la vigencia del contrato (art. sexto, 1 a) R.D.L.).

**2**

La contratación de mujeres para prestar servicios en profesiones y ocupaciones con menor índice de empleo femenino,

establecidas en la O.M. de 16 de septiembre de 1998, que reúnan además el requisito de permanecer inscritas ininterrumpidamente en la oficina de empleo, por un período mínimo de seis meses (anteriormente, se exigía doce meses), o bien sean mayores de 45 años, se les deduce la cotización empresarial un 70 por 100 durante el primer año de contrato, y un 60 por 100 durante el segundo (art. sexto, 1 b) R.D.L.). De modo que, para percibir tales bonificaciones no se exige que se den conjuntamente dichos requisitos adicionales, bien es cierto que, en caso de no reunir alguno, aquéllas quedan reducidas al 35 por 100, durante los veinticuatro meses siguientes al inicio de la vigencia del contrato.

**3**

Por último, y muy particularmente, la contratación de mujeres inscritas durante un período de doce o más meses en la oficina de empleo, que tenga lugar en los veinticuatro meses siguientes a la fecha de alumbramiento tiene prevista una bonificación del 100 por 100, durante el primer año de contrato (art. sexto, 1 i) R.D.L.). Esta singular previsión, inexistente en la normativa anterior, introduce un nuevo incentivo, que destaca sobre todo por su cuantía, convirtiéndose en la más elevada bonificación establecida por la norma actual. Realmente, consiste en una exención, en la medida en que las empresas no han de cotizar a la Seguridad Social durante ese primer año de contratación de una mujer con hijos o hijas menores de dos años, y que lleve inscrita como desempleada al menos doce meses.

Por otra parte, prevé también la norma en este capítulo de incentivos que, si determinadas contrataciones a las que se hace referencia en el art. sexto, 1, se realicen a tiempo completo con mujeres desempleadas, las bonificaciones de cuotas se incrementarán en diez puntos (art. sexto 3 R.D.L.).

### **3. EL CONTRATO PARA EL FOMENTO DE LA CONTRATACIÓN INDEFINIDA DE LAS MUJERES**

También afecta directamente al empleo de las mujeres la nueva regulación del

contrato para el fomento de la contratación indefinida (Disposición adicional primera R.D.L.), dirigida a facilitar la colocación estable de dos grupos de personas: el de las personas trabajadoras desempleadas, y el de las personas trabajadoras de la empresa con contrato temporal, incluidos los formativos.

Por lo que se refiere al primero de estos colectivos, se detectan importantes novedades en la regulación modificada actualmente, que vienen a ampliar su ámbito aplicativo, respecto de la normativa anterior de 1997, como así resulta ya en principio de la de inclusión ahora de las y los jóvenes desde 16 hasta 30 años, mientras anteriormente se refería al tramo de edad comprendido entre los 18 y 29 años; o también con la referencia actual a los desempleados con al menos seis meses inscritos como tales, cuando antes exigía doce meses. Sin embargo, lo que destaca realmente en este lugar es la extensión del contrato de fomento del empleo de la contratación indefinida a las mujeres desempleadas que se contraten para prestar servicios en profesiones u ocupaciones con menor índice de empleo femenino. No cabe duda de que lo singular de dicha modalidad contractual hace referencia a los casos en que se produzca la extinción por causas objetivas y esta fuera declarada improcedente, para los cuales se prevé una indemnización de treinta y tres días de salario por año de servicio, con un límite máximo de veinticuatro mensualidades, resultando así claramente inferior a la del despido improcedente, y en definitiva más barata que la señalada para el contrato estable tradicional, que se cifra en cuarenta y cinco días. Precisamente por conllevar dicho contrato esta importante reducción en la cuantía indemnizatoria, con la que se pretende facilitar su utilización por las empresas, habrá que advertir sobre el posible riesgo de reservar la aplicación de ese contrato exclusivamente a las mujeres, o de generalizar su uso para el colectivo femenino, convirtiéndolo en una forma de discriminación tolerante de una participación de la mujer en el mercado de trabajo siempre en peores condiciones que los hombres, por conllevar



un coste de despido más barato. Este peligro, que sin duda amenaza con desvirtuar el contrato de fomento de la contratación indefinida, sólo puede neutralizarse procediendo a su uso con el adecuado fin de promocionar la mano de obra femenina en aquellos sectores en los que se encuentra infrautilizada, sin que resulte admisible otro criterio aplicable que el de la subrepresentación en determinadas profesiones, por más que la norma actual favorezca cierta confusión al respecto, con su referencia al “menor índice de empleo femenino”.

#### **4. LAS BONIFICACIONES DE CUOTAS DE SEGURIDAD SOCIAL DURANTE LOS PERÍODOS DE DESCANSO POR MATERNIDAD, ADOPCIÓN Y ACOGIMIENTO**

Consciente la legislación de que uno de los motivos que puede frenar la contratación de las mujeres son los costes adicionales que la empresa debe asumir cuando, una vez contratada la mujer, queda embarazada, se establecen también, por la nueva normativa (Disposición adicional segunda R.D.L. 5/2001), bonificaciones específicas a la cotización de las trabajadoras/es o socias/os sustituidas/os durante los períodos de descanso por maternidad, adopción y acogimiento, mediante los contratos de interinidad bonificados, celebrados con personas desempleadas, a que se refiere el R.D.L. 11/1998, de 4 de septiembre. De manera que la bonificación aplicable será la de cuantía más elevada: el 100 por 100 en las cuotas empresariales de la Seguridad Social, incluidas las de accidente de trabajo y enfermedades profesionales, y en las aportaciones empresariales de cuotas de recaudación conjunta. Con lo cual, esta exoneración de cuotas prevista para la cotización de las trabajadoras o trabajadores sustituidos viene a coincidir plenamente con la que ya había señalado el citado R.D.L. 11/1998 para los contratos de interinidad celebrados con personas desempleadas para sustituir a trabajadores o trabajadoras durante los mencionados períodos de

descanso. Resulta así que, en los contratos de interinidad para sustituir a personas que tengan suspendido el contrato por maternidad adopción y acogimiento (no menciona otras causas como la de riesgo durante el embarazo, introducida en el R.D.L. de 1998 por la Ley 39/1999), la normativa laboral contempla la exención de los mencionados costes de Seguridad Social a cargo de la empresa tanto respecto al trabajador o trabajadora sustituida (R.D.L. 5/2001) como al que es contratado o contratada para sustituirle (R.D.L. 11/1998).

Dicha bonificación será aplicable mientras coincidan en el tiempo la suspensión de actividad por dichas causas y el contrato de interinidad de la persona sustituta. Si bien, en cualquier caso, la duración máxima de las bonificaciones previstas para las trabajadoras/es o socias/os sustituidas/os, coincidirá con la situación de suspensión de su relación profesional, con el límite máximo que proceda (Disposición adicional segunda, párrafos segundo y tercero R.D.L.).

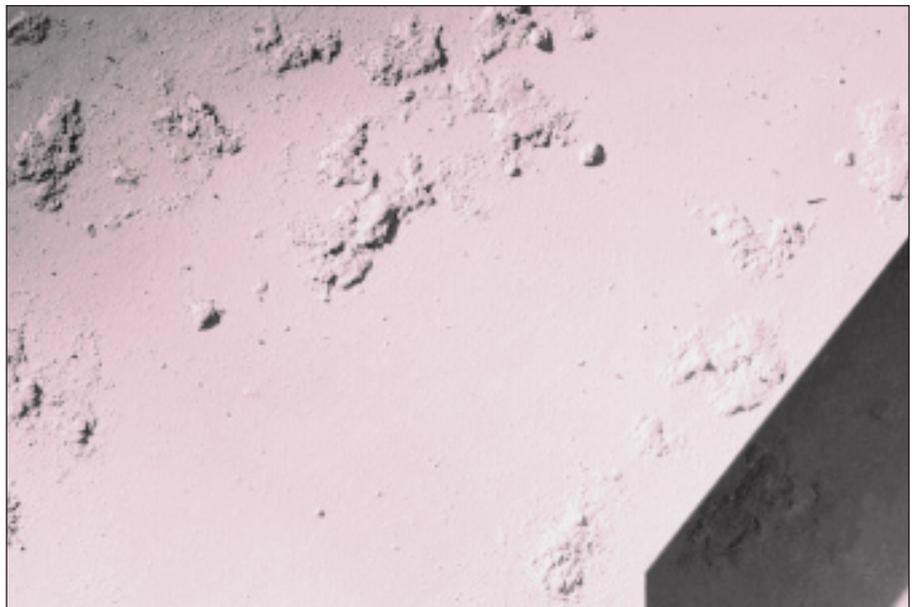
#### **5. CONCLUSIONES SINTÉTICAS**

El R.D.L. 5/2001, en su programa general de bonificaciones para incentivar el empleo indefinido de las mujeres, amplía claramente su ámbito aplicativo, al contemplar ahora novedosamente una específica situación inexistente

en la normativa anterior: la contratación de mujeres inscritas como desempleadas durante al menos doce meses, que tenga lugar en los veinticuatro meses siguientes a la fecha de alumbramiento, para lo cual se prevé una bonificación del 100 por 100 en las cuotas empresariales a la Seguridad Social, durante el primer año de vigencia del contrato.

Por lo que respecta a la regulación vigente del contrato para el fomento de la contratación indefinida, destaca también ahora, como novedad, el haber ampliado la posibilidad de su utilización a la contratación de mujeres desempleadas para prestar servicios en profesiones u ocupaciones con menor índice de empleo femenino.

En cuanto a los casos en que se celebren contratos de interinidad bonificados, a los que se refiere el R.D.L. 11/1998, se incluye en la norma actual una nueva bonificación de cuotas de Seguridad Social, aplicando la máxima del 100 por 100 a las cotizaciones de las trabajadoras/es o socias/os sustituidas/os, durante los períodos de descanso por maternidad, adopción y acogimiento. Con lo cual, resulta una exención en tales situaciones, de los costes de Seguridad Social a cargo de la empresa, tanto del lado del trabajador o trabajadora sustituida (R.D.L. 5/2001) como del que es contratado o contratada para sustituirle (R.D.L. 11/1998).





# Multimedia para la comunidad educativa

El Plan de Acción Positiva para las Mujeres en Aragón, se planteaba entre sus objetivos avanzar en la armonización de las responsabilidades laborales y familiares entre mujeres y hombres y fomentar el desarrollo de modelos educativos que favorezcan los valores igualitarios.

Así en el año 2000 se llevó a cabo la primera Campaña Institucional COMPARTE sobre conciliación de la vida familiar, laboral y personal, que se ha desarrollado de nuevo en mayo de 2001. En esta edición se ha presentado un CD-Rom, primer multimedia sobre este tema, para toda la Comunidad Educativa y para las Mujeres Aragonesas organizadas en Asociaciones.

El objetivo de este trabajo es ofrecer un material coeducativo que sirva para sensibilizar a chicos y chicas, hombres y mujeres no sólo sobre lo necesaria y justa que es la conciliación de la vida



familiar, laboral y personal, sino también de lo necesario que es seguir trabajando por conseguir una sociedad

de igualdad de oportunidades, de derechos políticos, económicos y sociales entre hombres y mujeres.



¿de qué hablamos?  
¿dónde miramos?  
¿qué proponemos?

## a partes

La familia y el trabajo remunerado desde el punto de vista de la VIDA FAMILIAR.

### FAMILIA

familias: tipos y funciones

salud reproductiva + violencia contra las mujeres  
coeducación + corresponsabilidad

### FAMILIA Y TRABAJO REMUNERADO

reparto de trabajo + el espacio, el tiempo y la conciliación  
feminización de la pobreza  
conciliación de la vida familiar, laboral y personal

## IGUALES

La familia y el trabajo remunerado desde el punto de vista del TRABAJO REMUNERADO.

### TRABAJO REMUNERADO Y FAMILIA

empleo y trabajo

familia productiva  
conciliación de la vida familiar, laboral y personal

### TRABAJO REMUNERADO

reparto del empleo + roles en el mundo laboral  
discriminación laboral

compartir oportunidades en el trabajo remunerado

### GLOSARIO

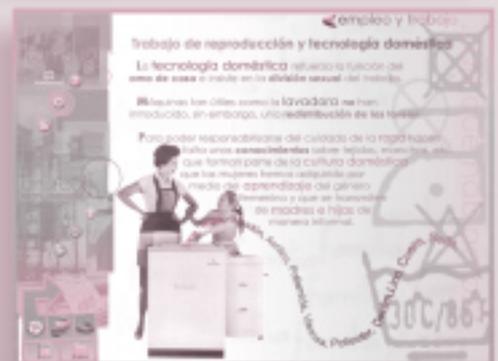
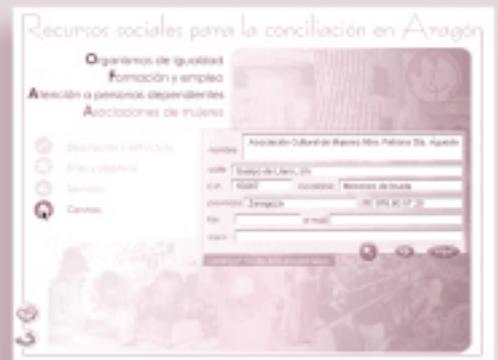
Estas 100 palabras para la igualdad son las utilizadas comúnmente en el campo de la política de la igualdad de oportunidades. Este glosario forma parte del compromiso de la Unión Europea con la promoción de la igualdad entre hombres y mujeres. En algunas aparecen términos relacionados, en otras videos o gráficas. En todas su definición y traducción al inglés.

### LEGISLACIÓN

Contiene legislación relativa a la Conciliación de la vida familiar, laboral y personal y opinión en varios artículos publicados en AEQUALITAS n.º 4, así como una comparación de la legislación actual con la anterior.

### RECURSOS PARA LA CONCILIACIÓN

Es una base de datos que proporciona información y datos sobre los Organismos de Igualdad y sobre las Políticas Institucionales de Igualdad; sobre los recursos sociales para la Formación y el Empleo, para la Atención de las Personas Dependientes y sobre las Asociaciones de Mujeres de Aragón.



**AÍNSA**  
LA SOLANA, 1. TEL. 974 500 909.

**ALCAÑIZ**  
AYUNTAMIENTO.  
PLAZA DE ESPAÑA, 1.  
TEL. 978 870 855.

**ANDORRA**  
CASA DE LA CULTURA.  
ESCUELAS, 10-12.  
TEL. 978 843 853.

**BARBASTRO**  
PZA. DE LA CONSTITUCIÓN, 2.  
TEL. 974 310 150.

**CALAMOCHA.**  
EDIFICIO SERVICIOS MÚLTIPLES.  
LA PAZ, 1. TEL. 978 731 618.

**CALATAYUD**  
SAN JUAN EL REAL, 6.  
TEL. 976 881 018.

**CASPE**  
AYUNTAMIENTO.  
PLAZA DE ESPAÑA, 1.  
TEL. 976 636 600.

**DAROCA**  
CASA DE LA COMARCA.  
MAYOR, S/N. TEL. 976 800 312.

**EJEA DE LOS CABALLEROS**  
AYUNTAMIENTO.  
AVDA. COSCULLUELA, 1.  
TEL. 976 661 100.

**FRAGA**  
BARRÓN, 7 BAJOS.  
TEL. 974 472 147.

**HUESCA**  
DELEGACIÓN DEL IAM.  
RICARDO DEL ARCO, 6.  
TEL. 974 293 031.

**JACA**  
OFICINA DELEGADA  
DEL GOBIERNO. LEVANTE, 10.  
TEL. 974 356 735.

**LA ALMUNIA DE DOÑA GODINA**  
PLAZA DE ESPAÑA.  
TEL. 976 812 257.

**MONZÓN**  
AYUNTAMIENTO. PZA. MAYOR, 4.  
TEL. 974 400 700.

**MORA DE RUBIELOS**  
MANCOMUNIDAD  
GÚDAR-JAVALAMBRE.  
PLAZA DE LA VILLA, 1.  
TEL. 978 800 008.

**SABIÑÁNIGO**  
AYUNTAMIENTO.  
PZA. DE ESPAÑA, 2.  
TEL. 974 482 967.

**TARAZONA**  
AVDA. DE LA PAZ, 31, BAJOS.  
TEL. 976 641 033.

**TERUEL**  
DELEGACIÓN DEL IAM.  
SAN VICENTE DE PAÚL, 1.  
TEL. 978 641 050.

**UTRILLAS**  
PLAZA AYUNTAMIENTO, 11, 1º.  
TEL. 978 756 795.

**ZARAGOZA**  
SEDE DEL IAM.  
P.º MARÍA AGUSTÍN, 38.  
TEL. 976 445 211.

<http://www.aragob.es/pre/iam>

## ASESORÍA JURÍDICA

En principio se orientó el servicio a la atención a mujeres maltratadas y agredidas sexualmente, pero actualmente se atiende todo lo relativo a la discriminación de la mujer en todos los campos de actuación jurídica.

## ASESORÍA PSICOLÓGICA

La atención y el trabajo se desarrolla de forma individualizada, ofreciendo ayuda a las mujeres, proporcionándoles tanto información como apoyo psicológico y dotándolas de recursos que les permitan afrontar los conflictos cotidianos.

El trabajo de prevención lo realiza fundamentalmente con la asistencia a reuniones de asociaciones de mujeres, charlas a las mismas sobre temas psicológicos y el desarrollo de cursos y seminarios específicos sobre autoestima, asertividad, habilidades sociales, etc.

## ASESORÍA LABORAL

[iamlaboral@aragob.es](mailto:iamlaboral@aragob.es)

Ofrece asesoramiento presencialmente en las sedes de Zaragoza, Huesca y Teruel y por teléfono carta o correo electrónico, mediante:

- Recepción de demandas de búsqueda de empleo.
- Ofertas de empleo: estudio.
- Proposición sobre mejoras en cuanto al acceso al empleo.
- Individualización del proceso de búsqueda de empleo.
- Oferta formativa.

## ASESORÍA EMPRESARIAL

[iamza@aragob.es](mailto:iamza@aragob.es)

Ofrece asesoramiento empresarial para las mujeres que pretenden crear su propio puesto de trabajo mediante:

- Información.
- Asesoramiento: Estudio de viabilidad económico-financiera, planificación a tres o cinco años de las inversiones, cuando sea necesario. Fiscal. Sobre la búsqueda de socios/as. Sobre el acceso al mercado.
- Acciones de Motivación.
- Seguimiento: Apoyo en la gestión. Contactos con organismos, instituciones y otras empresas. Nuevas ayudas. Seguimiento y apoyo a la emprendedora durante toda la vida del proyecto.
- Programa inf@empresarias. Envía a las empresarias información periódica y asesoramiento a su dirección de correo electrónico.

## ASESORÍA SOCIAL

Ofrece información y asesoramiento en los aspectos sociales y coordinación con las diferentes asesorías del IAM y con otras Instituciones.

## SERVICIO DE MEDIACIÓN FAMILIAR

El objetivo es restablecer la comunicación entre la pareja y llegar a un acuerdo satisfactorio para las partes en conflicto, que regule todas las consecuencias de la disolución de la pareja y de la transformación de la familia. La Mediación Familiar consiste en la intervención de una tercera persona neutral y cualificada que trabaja en común con la pareja para realizar una gestión positiva del conflicto teniendo en cuenta las necesidades de cada miembro de la familia y en particular las de los hijos e hijas, con un espíritu de corresponsabilidad parental.

## E SPACIO

**SERVICIO DE ATENCIÓN PSICOLÓGICA A HOMBRES  
CON PROBLEMAS DE CONTROL Y VIOLENCIA EN EL HOGAR**

Atiende hombres residentes en la Comunidad Autónoma de Aragón, que hayan sido actores de malos tratos a mujeres y niños/as, en el marco de las relaciones familiares o similares, desarrollando con ellos un tratamiento psicológico adecuado. El objetivo es asegurar el bienestar psicológico de las mujeres víctimas de maltrato tanto en caso de separación como de mantenimiento de la relación y prevenir posteriores situaciones violentas.

# C O N T E N I D O

<b>Editorial</b> .....	4
------------------------	---

## **GUARDA Y CUSTODIA**

<b>La Guarda Compartida en Derecho Francés.</b> Por Isaac Tena Plazuelo. Profesor Titular de Derecho Civil. Facultad de Derecho. Zaragoza .....	6
<b>El Prejuicio del sexo en la atribución de la Guarda y Custodia de los hijos e hijas.</b> Por Carmen de Lasala Porta. Abogada .....	14

## **SECUESTRO Y MENORES**

<b>Secuestro internacional de menores: marco jurídico.</b> Por María del Pilar Diago Diago. Área de Derecho Internacional Privado. Universidad de Zaragoza .....	20
<b>El secuestro interparental de menores en los matrimonios mixtos.</b> Por Adolfo Alonso Carvajal. Abogado. y por Nuria Chamorro Alonso. Abogada .....	24

## **FORO DE DEBATE**

<b>La Custodia Compartida.</b> Por M.ª José Coll Tellechea. Psicóloga.....	34
<b>La Custodia Compartida de los hijos y de las hijas en casos de nulidad, separación y divorcio.</b> Por Marina Ortíz Ibáñez. Abogada .....	35

## **DERECHO ESPAÑOL**

### **Jurisprudencia**

<b>Mujer, Responsabilidad Civil y accidente.</b> Por Gabriel García Cantero. Catedrático de Derecho Civil y Emérito de la Universidad de Zaragoza.....	38
--	----

### **Legislación**

<b>Violencia doméstica y seguridad social.</b> Por José Fernando Lousada Arochena. Juez del Juzgado de lo social número 1 de Pontevedra.....	42
<b>Medidas sobre fomento del empleo femenino en el R.D.L. 5/2001, de Reforma del Mercado Laboral.</b> Por María José Lopera Castillejo. Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Facultad de Derecho. Universidad de Zaragoza .....	45

## **MISCELÁNEA**

<b>Multimedia para la comunidad educativa</b> .....	49
---	----

