

LA LEY DE GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA «IMPUESTA»



No podemos empezar a hablar de la jurisdicción de familia en Aragón sin hablar de la *Ley 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres*, popularmente conocida como «Ley de guarda y custodia compartida», siendo destacable, en mi opinión, que fue una norma pionera en España.

Dicha norma, en su **artículo 6.2 introduce una novedad** al establecer que *«El juez adoptará de forma preferente la custodia compartida en interés de los hijos menores, salvo que la custodia individual sea más conveniente, teniendo en cuenta el plan de relaciones familiares que deberá presentar cada uno de los progenitores»*, es decir, **se parte de la presunción legal de que el interés del menor como mejor se protege es con la custodia compartida**, lo cual solo es una presunción que, además, está por ver.

La primera consecuencia que nos encontramos es que, a partir de la entrada en vigor de dicha norma –8 de septiembre de 2010–, cualquiera que pretenda la custodia individual deberá probar que la misma es más beneficiosa para el menor ya que, **tal como tiene dicho el Tribunal Superior de Justicia de**

Aragón, la custodia compartida es la regla, mientras que la individual es la excepción.

Es precisamente por ese carácter «*preferente*» de la guarda y custodia compartida, por lo que, a mi juicio, estamos ante una «**GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA IMPUESTA**» ya que, basta con que un progenitor la pida, para que el juez la acuerde, lo cual, en mi opinión, es un error, porque **la guarda y custodia compartida solo puede funcionar cuando surge del acuerdo entre ambos progenitores**, cuando entre padre y madre existe un entendimiento mínimo. Sorprendentemente, el Tribunal Supremo en *Sentencia de fecha 29 de noviembre de 2013*, ha dicho que «...*las relaciones entre los cónyuges por sí solas no son relevantes ni irrelevantes para determinar la guarda y custodia compartida*», criterio que, dicho sea con los debidos respetos, no comparto, es más, considero erróneo.

Soy consciente de que lo políticamente correcto en este momento es decir que la guarda y custodia compartida es la panacea. Pues bien, **yo no pretendo ser políticamente correcto**. Considero que en su día la tendencia era que la guarda y custodia «*preferentemente*» se atribuyera a la madre y ahora la tendencia es que la guarda y custodia «*preferentemente*» sea compartida. En ambos casos opino que estamos ante tendencias erróneas, es más, **el interés del menor no se protege siguiendo tendencias, siguiendo modas, o siendo políticamente correctos**.

En la vida las mejores soluciones son las que surgen del acuerdo, del pacto, las que son consensuadas entre todas las partes implicadas, mientras que aquellas que vienen impuestas difícilmente funcionan; por ello, repito, **la guarda y custodia compartida**



solo puede funcionar si surge del acuerdo entre ambos progenitores, debiendo existir, para una correcta aplicación de dicho régimen, una serie de acuerdos mínimos y esenciales como son los referidos a las rutinas, horarios, normas, etc., ya que en caso contrario estamos abocando al menor a una situación claramente perjudicial para él.

En este sentido, deténganse a pensar por un instante cómo se puede sentir un niño que cada día, semana, mes..., vive en una casa distinta, con unas normas, horarios o hábitos distintos, al que incluso le varía su alimentación. Francamente, no pienso que sea beneficioso para él. Al fin y al cabo cualquier padre o madre sabe que un niño necesita tener una rutina, un orden, unas normas y unos límites claros.

Personalmente abogo por el acuerdo y, en defecto de este, **que la guarda y custodia sea otorgada al progenitor que mejores condiciones brinde al menor**. Que quede claro que no me estoy refiriendo a condiciones económicas, sino a todas aquellas condiciones que forman y conforman un carácter, que dan estabilidad al niño y, lo que es más importante, le hacen feliz, lo que no siempre están en condiciones de dar ambos progenitores. Por lo tanto, al progenitor que mejores aptitudes y actitudes reúna se le debería otorgar la guarda y custodia del menor.

Si realmente creemos en la igualdad, **tenemos que olvidarnos de falsos mitos** tales como que «**los niños con quien mejor están es con la madre**». La realidad es que la sociedad, afortunadamente, está en constante evolución; basta ir a un parque infantil para darse cuenta de que, como mínimo, hay tantos padres como madres, algo impensable hace 20 años, y creo que coincidirán conmigo en que un hombre puede dar tanto amor a un hijo como una mujer, e igualmente puede cuidarlo tan bien como ella.



A día de hoy, quitarle la custodia a un padre no escandaliza a nadie, sin embargo, cosa distinta es cuando se trata de quitársela a una madre,

siendo este un tabú que se debe superar, ya que **cada día tengo más la impresión que en la jurisdicción de familia se protege más a la mujer que a los niños**, es decir, no es que se proteja más a la mujer que al hombre, lo cual es algo obvio, sino que por encima del interés del menor parece estar el de la madre.

En este momento, fruto de la «*tendencia imperante*», nos podemos encontrar con casos aberrantes. Sirva como ejemplo un caso real en el que **se deniega la guarda y custodia exclusiva a favor del padre, manteniendo la compartida**, y obligando así a una menor –de 6 años– a estar con ambos progenitores cuando la madre, además de una trayectoria delictiva preocupante –condenada por dos delitos de malos tratos en el ámbito familiar, cometidos en presencia de la menor, y uno de estafa, amén de varias causas penales más abiertas–, no es capaz de

garantizar tan siquiera la higiene de su hija y, aun así, se nos dice que lo mejor para la niña es que esté con ambos progenitores. Yo planteo las siguientes preguntas: *¿qué valores puede inculcar esa madre en esta niña?, ¿qué secuelas pueden quedarle a esta menor?, ¿se está protegiendo realmente a esta menor?...*

Si nos fijamos en el título de la ley, *Ley 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres*, ya podemos ver que **lo que prima no es el interés del menor**, sino la «*igualdad entre el hombre y la mujer*», tal y como se recoge en los **apartados I, II y III del Preámbulo** de dicha norma. En este sentido, el apartado III concluye diciendo «*Es verdad que todavía queda camino por recorrer, pero esta ley quiere contribuir a avanzar en la igualdad sociológica entre hombres y mujeres*». **En fin, más claro no se puede decir, lo importante es que hombres y mujeres sean iguales, y si ello es beneficioso o no para el menor, ya lo veremos...**

Lamentablemente, esta Ley que en unos aspectos es tan radical, en otros se queda a medias. Por ejemplo, en lo referente a la mediación familiar, en su **artículo 4.1** establece que «*1. Los progenitores podrán someter sus discrepancias a mediación familiar, con carácter previo al ejercicio de acciones judiciales*».

Como abogado y mediador, defiendo que en los procesos de familia sea obligatorio que toda pareja, llegada la ruptura, se someta, al menos, a una



sesión de mediación, y solo cuando resulte imposible la mediación, se acuda a la jurisdicción de familia, de forma que la vía judicial sea el último recurso, más aún si tenemos en cuenta cómo funciona en la actualidad dicha jurisdicción.

Quizás uno de los preceptos que más podría proteger al menor es el **artículo 6.6** de la Ley, que establece que *«No procederá la atribución de la guarda y custodia a uno de los progenitores, ni individual ni compartida, cuando esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro progenitor o de los hijos o hijas, y se haya dictado resolución judicial motivada en la que se constaten indicios fundados y racionales de criminalidad. Tampoco procederá cuando el Juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género»*. **La finalidad de este precepto es la protección de los menores frente a la violencia familiar, sea quien sea quien ejerza dicha violencia;** no es castigar al o a la delinciente, sino proteger a los menores frente a conductas violentas, y entendemos que también evitar que aprendan a resolver sus problemas con violencia, comprendiendo que esa manera de resolver los problemas tiene su castigo en nuestra sociedad.

Pues bien, desgraciadamente, son varias las sentencias de Tribunal Superior de Justicia de Aragón en las que, **cuando la víctima del maltrato es un hombre, este artículo no se aplica**, cuestión de la que hablaremos la próximamente, y que hace que resulte ***deplorable que, cuando el legislador introduce una norma realmente encaminada a proteger al menor, no se aplique***, porque una vez más, parece ser más digno de protección el interés de la mujer que el del menor.