

LA GUARDIA Y CUSTODIA DE LOS HIJOS

LUIS FELIPE RAGEL SÁNCHEZ
Catedrático de Derecho Civil
Universidad de Extremadura

SUMARIO: I. LA SINGULARIDAD DE LA EXPRESIÓN CONJUNTA "GUARDA Y CUSTODIA". II. LA GUARDA Y CUSTODIA DUAL DE LOS HIJOS, CUANDO LOS PADRES CONVIVEN CON NORMALIDAD. III. LA GUARDA Y CUSTODIA, EN SITUACIONES DIVERSAS A LA DE CONVIVENCIA NORMAL DE LOS PADRES. IV. EL CONCEPTO DE GUARDA Y CUSTODIA DE LOS HIJOS. V. IMPORTANCIA DE LA GUARDA Y CUSTODIA DE LOS HIJOS. VI. CARACTERES DE LA GUARDA Y CUSTODIA DE LOS HIJOS. VII. EL CONTENIDO DE LA GUARDA Y CUSTODIA Y EL CONTRAPESO DE LOS DERECHOS QUE TIENE EL PROGENITOR NO GUARDADOR. VIII. ATRIBUCIÓN DE LA GUARDA Y CUSTODIA POR EL JUEZ. IX. ATRIBUCIÓN DE LA GUARDA Y CUSTODIA POR LA LEY. X. GUARDA Y CUSTODIA ALTERNA, COMPARTIDA Y CONJUNTA. XI. INCUMPLIMIENTOS EN EL DESEMPEÑO DE LA GUARDA Y CUSTODIA Y SUS POSIBLES SANCIONES.

I. LA SINGULARIDAD DE LA EXPRESIÓN CONJUNTA "GUARDA Y CUSTODIA"

La expresión conjunta "*guarda y custodia*" suele utilizarse con mucha frecuencia, lo que explica que haya sido recientemente acogida y bautizada a nivel legislativo por el art. 748.4º de la nueva Ley de

Enjuiciamiento Civil, que enumera los procesos especiales sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores.

Mas esa expresión conjunta no se contiene en ningún precepto del Código civil, si bien los dos términos que la componen han figurado por separado en dicho texto legal. Así, el art. 67, en su redacción conforme a la Ley de 24 abril 1958, posteriormente derogada, se refería a la "persona bajo cuya *custodia* haya de quedar". Por otra parte, aunque Las Partidas ya se referían a la obligación de "criar é aver en *guarda*" (Ley 3, tít. 19, P. 4), la Ley de 13 mayo 1981 introdujo tímidamente la palabra "guarda" en algunos preceptos del Código civil (vgr., arts. 158, 174 y 1903); fueron la Ley de 11 noviembre 1987 y la Ley orgánica de 15 enero 1996 las que difundieron ese término en numerosas disposiciones legales (1).

La palabra "*guarda*" tiene numerosas acepciones. Aunque la primera es "persona que tiene a su cargo y cuidado la conservación de una cosa", deriva del francés antiguo la expresión "*ser una persona o cosa en guarda de uno*", lo que quiere decir "estar bajo su protección o defensa" (2). Por su parte, la palabra "*custodiar*" significa, en su primera acepción, "guardar con cuidado y vigilancia" (3). Así, pues, las palabras guarda y custodia son prácticamente similares, aunque la segunda venga a suponer algo más que la primera, una guarda *cuidadosa y diligente*, y, por esa razón, al ir juntas, estas palabras vienen a indicar que la guarda o cuidado está *reforzada*.

La denominación conjunta "guarda y custodia" se utiliza con muchísima frecuencia en la práctica, en los escritos de los letrados, en

(1) Piensa GARCÍA PASTOR (*La situación jurídica de los hijos cuyos padres no conviven: aspectos personales*, Madrid, 1997, pp. 69 y 70) que la razón por la que no se utilizaba el término "guarda" antes de 1981 pudiera deberse a que era la palabra con la que se designaba en el Derecho tradicional español a las instituciones que aseguraban el cuidado de los menores e incapacitados en defecto de sus padres, es decir, como sinónimo de tutela y curatela principalmente (Las Partidas, Ley I, Tít. 16, P. 6). Para esta autora, sin embargo, la escasa utilización del término en las reformas de 1981 no fue deliberada. En el Derecho francés se introdujo la palabra "guarda" en la reforma del Código civil de 1939, como pone de manifiesto CARBONNIER (*Droit civil 2: La famille, les incapacités*, Paris, 1983, p. 236), pero fue eliminada por la reforma producida en virtud de la Ley de 22 julio 1987; sin embargo, el concepto pervivió, incluso con fuerza extraordinaria; cf. BONNARD, "La garde du mineur et son sentiment personnel", RTDC-1991, pp. 49 ss., en concreto, p. 50.

(2) REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la Lengua Española*, Madrid, 1984, p. 707.

(3) REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *ob. cit.*, p. 419. En Italia se utiliza la palabra "*affidamento*", que significa "dado en custodia".

las resoluciones judiciales y en los estudios jurídicos (4). Es expresión común en los procedimientos de nulidad, separación y divorcio, cuando se hace una referencia a los hijos menores de los litigantes en los convenios reguladores o en las resoluciones judiciales que dictan medidas previas, provisionales o definitivas (5).

(4) RIVERO HERNÁNDEZ (*Matrimonio y divorcio. Comentarios al Título IV del Libro Primero del Código civil*, coordinado por Lacruz Berdejo, Madrid, 1994, pp. 1023 a 1028) comienza empleando repetidamente la expresión "guarda y cuidado" en el mismo sentido que nosotros empleamos "guarda y custodia", pero después usa reiteradamente esta última expresión (*ob. cit.*, pp. 1029 y ss.). Este mismo autor utilizó posteriormente la denominación para darle título a uno de sus numerosos trabajos sobre la cuestión, "La guarda y custodia de los hijos y derecho de visita tras la crisis matrimonial", *La situación jurídica de la mujer en los supuestos de crisis matrimonial*, coord. por M.D. Cervilla, Cádiz, 1997, pp. 61 ss. También utilizan la expresión "guarda y custodia" BAYOD LÓPEZ ("El supuesto de hecho del párrafo 5 del artículo 156 CC: ¿Qué casos son subsunibles en esta disposición?", RCDI-1991, pp. 915 ss., en concreto, p. 941), LETE DEL RÍO (*Matrimonio y divorcio. Comentarios al Título IV del Libro Primero del Código civil*, coordinado por Lacruz Berdejo, Madrid, 1994, pp. 1151 y ss.), ZANÓN MASDEU (*Guarda y custodia de los hijos*, Barcelona, 1996, *passim*), SIJAS QUINTANA ("Consecuencias de la separación y el divorcio: el interés del menor. Alimentos. Guarda y custodia. Régimen de visitas. Aspectos internacionales. La vía convencional como medio de solución de conflictos. Especial referencia a los Convenios de La Haya, Luxemburgo y Bruselas", AC-1997.3, pp. 637 ss.) y ZAMBRANO ("Interesse del minore ed affidamento congiunto. Esperienze europee a confronto", DFP-2000, pp. 1382 ss., en concreto, p. 1385). Por el contrario, utilizan exclusivamente la fórmula "guarda y cuidado" DE LOS MOZOS y HERRERO GARCÍA (*Matrimonio y divorcio. Comentarios al Título IV del Libro Primero del Código civil*, coordinado por Lacruz Berdejo, Madrid, 1994, pp. 1272 y ss.). Sin embargo, en Francia no se emplea la expresión conjunta, sino únicamente la palabra "garde". Sobre este tema, cf. SIMLER, "La notion de garde d'enfant", RTDC-1972, pp. 685 ss., *passim*.

(5) Así, por ejemplo, se emplea en las sentencias del T.S. de 19 octubre 1983, 23 junio 1994, 25 junio 1994, 6 julio 1996, 20 mayo 1997 y 22 mayo 1999, de la A.T. de Bilbao de 31 diciembre 1984, y, más recientemente, de la A.P. de Barcelona de 5 enero 1998, 2 abril 1998, 2 junio 1998, 13 septiembre 1999 y 15 noviembre 1999, de la A.P. de Badajoz de 23 enero 1998, 19 abril 1999 y 18 mayo 2000, de la A.P. de Castellón de 12 febrero 1998, 14 julio 1998, 17 marzo 1999, 20 diciembre 1999, 20 abril 2000 y 20 septiembre 2000, de la A.P. de León de 7 mayo 1998, de la A.P. de Guipúzcoa de 30 mayo 1998, 27 julio 1998, 14 diciembre 1998, 14 abril 1999, 30 abril 1999, 20 mayo 1999 y 29 julio 1999, de la A.P. de Vizcaya de 23 junio 1998 y 2 julio 1998, de la A.P. de Baleares de 29 junio 1998, de la A.P. de Palencia de 1 julio 1998, de la A.P. de Toledo de 17 septiembre 1998, 11 noviembre 1999 y 8 mayo 2000, de la A.P. de Ciudad Real de 17 noviembre 1998, de la A.P. de Pontevedra de 2 diciembre 1998, de la A.P. de Cuenca de 17 diciembre 1998, de la A.P. de Zamora de 15 enero 1999, de la A.P. de La Coruña de 9 febrero 1999, de la A.P. de Orense de 3 mayo 1999 y 20 marzo 2000, de la A.P. de Almería de 14 junio 1999, de la A.P. de Murcia de 21 septiembre 1999, de la A.P. de Cáceres de 1 febrero 2000, de la A.P. de Girona de 9 febrero 2000, de la A.P. de Córdoba de 26 junio 2000, de la A.P. de Málaga de 20 julio 2000 y el auto de la A.P. de Barcelona de 8 septiembre 1998.

En nuestra concepción, la expresión conjunta “guarda y custodia” queda circunscrita exclusivamente a *la que ejercen uno o ambos progenitores*. Por el contrario, se habla simplemente de “guarda” cuando la ejerce un tercero, ya sea un tutor, un guardador de hecho o una entidad pública (6). Esa diferencia semántica explica que la guarda ejercida por los padres sea más reforzada, más cuidadosa y diligente que la llevada a cabo por terceros. Al fin y al cabo, los estrechos lazos de sangre justifican ese refuerzo en la intensidad del cuidado dispensado.

Para explicar esa fundamental diferencia es necesario poner la guarda y custodia en relación con la patria potestad.

II. LA GUARDA Y CUSTODIA DUAL DE LOS HIJOS, CUANDO LOS PADRES CONVIVEN CON NORMALIDAD

Cuando los progenitores viven juntos y se relacionan con normalidad y cotidianidad, con recíproca transmisión de bienes, pensamientos y preocupaciones (7), la guarda y custodia sobre los hijos se encuentra *embebida por la patria potestad dual*. Al enumerar el art. 154.I del Cc. los deberes y facultades que comprende la patria potestad, incluye “tenerlos en su compañía”, así como “educarlos y procurarles una formación integral” (8).

En situación normal de convivencia de los progenitores, estén o no casados, la guarda y custodia pertenece a ambos conjuntamente, pues a ellos corresponde también por regla general la patria potestad sobre los hijos menores y mayores incapacitados (art. 154.I del Cc.).

En contra de lo que opina algún autor (9), la guarda y custodia existe cuando los padres conviven normalmente. Lo que sucede es que se encuentra bajo la capa de la patria potestad, como un polluelo en su cascarón, de ahí que sólo se aprecie la estructura superior y carezca de sentido plantearse la individualización de la guarda y custodia (10).

(6) En contra de nuestro criterio, la sentencia del T.S. de 25 junio 1994 empleó repetidamente la expresión “guarda y custodia” para referirse a la solicitada por la tía de la menor.

(7) Cf. RAGEL, “Los deberes conyugales”, Anuario de la Facultad de Derecho nº 14-15, Cáceres, 1998, pp. 261 ss., en concreto, p. 280.

(8) En Alemania, la custodia paterna (semejante a la patria potestad española) se divide en custodia personal (semejante a la guarda y custodia española) y la administración patrimonial (§ 1626.1 del BGB).

(9) GARCÍA PASTOR (*ob. cit.*, p. 74) afirma con rotundidad que “la causa del nacimiento de la institución de la guarda es la ausencia de convivencia entre los padres”.

(10) Parecidas consideraciones formula SIMLER, *ob. cit.*, p. 696.

Hasta el mismo concepto de patria potestad es un concepto meramente teórico cuando estamos en el supuesto de una familia unida, que se encuentra en un estado de no-Derecho (11).

La misma existencia del art. 1903.II del Cc., que regula la responsabilidad extracontractual de los *padres* (obsérvese la utilización del plural) por los daños originados por sus hijos que se encuentren bajo su guarda (12), demuestra, no sólo que puede haber *guarda y custodia dual*, sino que será la situación más corriente (13).

Patria potestad y guarda y custodia no son la misma cosa, pues entre ellas existe la *relación del todo a la parte*, en situaciones normales de convivencia de los progenitores (14). La guarda y custodia, que consiste en que los hijos vivan y se formen con alguien, bajo su control

(11) Cf. SIMLER, *ob. cit.*, p. 691.

(12) Cuando los padres viven separados, compartan o no la patria potestad, lo más frecuente es que uno de ellos conviva con los hijos menores y, por lo tanto, tenga asignada su guarda y custodia. En tales circunstancias, si el menor causa un daño a un tercero, ¿respondería por la vía del art. 1903 el progenitor no guardador? En favor de la respuesta afirmativa se pueden esgrimir estas razones: en primer lugar, el art. 1903.II del Cc. hace responsable a *los padres*, en plural, sin condicionar la responsabilidad a la circunstancia de que los hijos *habiten en su compañía*, a diferencia de lo que sucede en la configuración de la responsabilidad de los tutores; y en segundo lugar, la palabra "guarda" es utilizada en el precepto como sinónimo de patria potestad, que es la que pueden ostentar conjuntamente los padres, mientras que la guarda y custodia, en el sentido que le estamos dando, nunca es conjunta o dual cuando existe separación, como máximo es alterna o compartida. En contra se manifiesta LETE DEL RÍO (*Derecho de obligaciones*, vol. II, Madrid, 1998), al opinar que "en caso de separación judicial, nulidad o divorcio, será responsable el cónyuge (padre o madre) al que se haya encomendado la "guarda" del menor, aunque no se hubiere privado de la patria potestad al otro (cfr. arts. 90.A y 91 C.c.). Y, por la misma razón, (la guarda o custodia del hijo), en caso de separación de hecho, será responsable aquél de los cónyuges bajo cuya guarda o cuidado se encuentre el menor". También considera ZANÓN MASDEU (*ob. cit.*, p. 68) que el responsable de los daños será únicamente el progenitor guardador. La sentencia del T.S. de 11 octubre 1990 se mostró partidaria del carácter flexible del concepto "bajo su guarda", que admite situaciones transitorias derivadas del derecho de visita o del propio convenio; en el caso enjuiciado, dada la edad del menor, diecisiete años, se le autorizaba a acudir y permanecer, según su voluntad, en las esferas de relación paterna y materna.

(13) En una encuesta realizada en 1991, sólo el trece por ciento de los matrimonios españoles terminaban en ruptura. En este sentido, teníamos uno de los índices más bajos de Europa. Cf. HOULE, SIMÓ, SOLSONA y TREVIÑO, "Análisis biográfico del divorcio en España", REIS nº 88, octubre-diciembre 1999, pp. 11 ss.; en concreto, p. 16). Sin embargo, la cifra se duplicó posteriormente, pues de las 59.463 rupturas (separaciones y divorcios) habidas en 1990 pasamos a las 111.854 en 1997, según datos publicados en EL PAÍS, 15 febrero 1998, supl. domingo, p. 10.

(14) Para la sentencia del T.S. de 19 octubre 1983, la guarda y custodia es parte integrante de la patria potestad. En el mismo sentido se pronuncia SIMLER (*ob. cit.*, pp. 689 a 691) para el Derecho francés.

y responsabilidad, es uno de los atributos de la patria potestad, pero ésta comprende también la obligación de velar y prestar alimentos, la representación legal y la asunción de las responsabilidades y decisiones más trascendentes respecto de los hijos menores o incapacitados, como el asentimiento para la adopción (art. 177.2.2° del Cc.) o la concesión de la emancipación (art. 317 del Cc.) (15).

III. LA GUARDA Y CUSTODIA, EN SITUACIONES DIVERSAS A LA DE CONVIVENCIA NORMAL DE LOS PADRES

En las situaciones diversas a la de convivencia normal de los padres, la guarda y custodia se separa de la patria potestad como el polluelo del cascarón. Y en esas situaciones, que pueden oscilar entre el veinticinco y el treinta por ciento de los casos, es cuando tiene sentido indagar sobre el contenido de la guarda y custodia, que ya aparece *disociada* de la patria potestad. En virtud de una verdadera operación de cirugía jurídica (16), la guarda y custodia pasa de estar embebida en la patria potestad a escindirse de ella, superponiéndose y neutralizándola parcialmente.

Las situaciones a las que nos estamos refiriendo tienen distinta configuración. La primera es la que se produce en el caso de *convivencia no normal de los padres*. A pesar de que los progenitores vivan juntos y la titularidad de la patria potestad pertenezca conjuntamente a ambos, es posible que la guarda y custodia corresponda sólo a uno de ellos. El art. 156 del Cc. contiene diversos supuestos de hecho y consecuencias jurídicas, que pueden afectar a la guarda y custodia de los hijos, ya que suponen excepciones al ejercicio conjunto de la patria potestad:

1°) Cuando han existido *desacuerdos reiterados* de los progenitores sobre aspectos importantes de la guarda y custodia (por ejemplo, si conviene o no que el hijo reciba clases particulares en actividades com-

(15) En Derecho francés, el contenido de la patria potestad (*l'autorité parentale*) está recogido en el art. 371-2 del *Code civil* de manera bastante deficiente, al mencionar únicamente el derecho y el deber de guarda, de vigilancia y de educación. Teniendo en cuenta los componentes de la autoridad parental mencionados en los tratados y manuales, SIMLER (*ob. cit.*, p. 695) hace la siguiente enumeración: asegurar la manutención del hijo para la satisfacción de sus necesidades materiales; el deber de velar por su salud física y moral; la carga de asegurar su educación, escolar y profesional, e incluso religiosa o política; el derecho y el deber de vigilar sus relaciones, respetando el derecho de visita que la ley reconoce a los abuelos y que el juez puede, excepcionalmente, conceder a otras personas; el derecho de controlar su correspondencia, etc.

(16) La imagen es de SIMLER, *ob. cit.*, p. 698.

plementarias, y sobre el contenido de las mismas), el juez podrá atribuir a uno de los progenitores la *facultad de decidir* en materia educativa, permitiendo que las demás funciones sigan estando compartidas (17). Esta medida tendrá vigencia durante el plazo que se fije, que no podrá nunca exceder de dos años (art. 156.II del Cc.).

2º) Cuando un cónyuge esté incapacitado o imposibilitado transitoriamente para ejercer la guarda y custodia. Así sucederá, por ejemplo, cuando esté en prisión (18) o en una larga estancia en otra ciudad por motivos laborales, profesionales o cualesquiera otros de naturaleza análoga, circunstancias que no interrumpen legalmente la convivencia entre los progenitores (art. 87.II del Cc.), siempre que ambos estén de acuerdo con ese distanciamiento temporal (19). En este supuesto no se señala plazo para el ejercicio individual de la patria potestad y de la guarda y custodia, pues no se requiere intervención judicial (art. 156.IV del Cc.).

Una segunda situación en que la guarda y custodia se disocia de la patria potestad es la que deriva de los procesos de nulidad, separación y divorcio. En las medidas reguladoras de estos procesos, la guarda y custodia suele corresponder exclusivamente a uno de los progenitores (20), aunque el otro podrá tenerla de forma alterna, cuando ejerza su derecho de estancia con los hijos; por su parte, la patria potestad puede corresponder exclusivamente a uno de los progenitores o ser atribuida a ambos (21). En todo caso, para que un progenitor tenga la

(17) El Derecho catalán permite que, en caso de desacuerdo, los padres estén conformes, a través de un documento público, en que la decisión sea tomada por los dos parientes más próximos del hijo a quienes hace referencia el art. 149 del *Codi de successions*, excluyendo a sus hermanos (art. 138.2 del *Codi de família*). En el Derecho navarro, las discrepancias serán resueltas por los parientes mayores, a solicitud conjunta de ambos padres, o por el juez, a petición de cualquiera de ellos (ley 63 de la Compilación navarra). En Alemania se prevé que si los padres no se ponen de acuerdo en un asunto de fundamental importancia para la custodia del hijo, el tribunal familiar, a petición de uno de aquéllos, puede ceder el poder de decisión a uno de ellos (§ 1628 del BGB).

(18) La sentencia de la A.P. de Orense de 20 marzo 2000 estimó que era lógico que la convivencia entre la madre y sus hijos se suspendiera mientras la primera estuvo privada de libertad por sentencia firme.

(19) Cf. RAGEL, *Los deberes conyugales*, cit., pp. 280 a 283.

(20) En este sentido, cf. GARCÍA PASTOR, *ob. cit.*, p. 75.

(21) En Derecho francés, el art. 373-2 del *Code civil* atribuía el ejercicio de la autoridad parental a aquél de los progenitores a quien se le haya confiado la guarda del niño, en caso de separación o divorcio, pero la reforma de 1987 permitió también el ejercicio conjunto; posteriormente, la Ley de 8 enero 1993 consagró la guarda conjunta como la situación más deseable para satisfacer el interés del hijo, necesitada de un espíritu de concordia entre los padres. El art. 1906.1 del Código civil portugués, según redacción aprobada por la Ley de 31 agosto 1995, establece que, en caso de nulidad, separación o divorcio de los padres, "el poder paterno es ejercido por el progenitor que quien el hijo fuera confiado".

guarda y custodia, ha de ejercer la patria potestad, lo que no significa que todo progenitor que pueda ejercer la patria potestad tenga la guarda y custodia.

La tercera situación es la que se produce cuando existe una separación de hecho entre los progenitores. En esta situación, la guarda y custodia será ejercida transitoria y exclusivamente por el progenitor que convive con los hijos (art. 156.V del Cc.). Si en un supuesto más benigno, como es el separación física de los padres por motivos laborales, profesionales o de salud, la guarda y custodia se ejerce por el progenitor que tiene a los hijos en su compañía, con más razón habrá de corresponderle cuando la separación física va acompañada por el ánimo de no convivir.

La cuarta situación acontece cuando los progenitores no han convivido jamás y el hijo ha estado siempre en compañía de uno de ellos, en cuyo caso la guarda y custodia corresponde a éste.

Cabe el caso de que los hijos sean encomendados a la guarda de personas distintas de sus progenitores. Aunque sea en sede de medidas judiciales provisionales, el art. 103.1º.II del Cc. prevé que “*excepcionalmente*, los hijos podrán ser encomendados a otra persona y, de no haberla, a una institución idónea, confiriéndoseles las funciones tutelares que ejercerán bajo la autoridad del juez”. Como el propio precepto indica, se trata de una situación excepcional, producida por el desinterés, imposibilidad o incapacidad de los padres para cumplir las funciones que la ley les encomienda, lo que aconseja *delegarlas* en una tercera persona. En principio, esta guarda se confiere de forma temporal a una persona física, que normalmente será un pariente cercano o una persona de confianza. Sólo cuando no exista una persona física con esas características, la guarda se encomendará a una institución pública, que ejercerá la tutela de los menores. Como la situación excepcional puede prolongarse después de la vigencia de las medidas provisionales, es perfectamente posible que la encomienda de la guarda a un tercero se adopte en la sentencia e incluso posteriormente.

Pero como la patria potestad no es susceptible de extensión a una persona distinta a los padres y ningún tercero puede ser titular de la misma, la “*guarda*” de este tercero ya no sería guarda y custodia (22),

(22) Conclusión semejante obtiene SIMLER (*ob. cit.*, p. 705) para el Derecho francés: “Investido por un mandato judicial, se confía a este tercero por cuya educación debe velar. Pero sólo puede realizar los actos usuales relativos a esa educación. Para toda iniciativa importante, debe contactar con los padres. Por el contrario, cuando uno de los padres es el guardador, su poder es mucho más amplio puesto que, además de su cualidad de guardador, es cotitular de la autoridad parental”.

pues no estaría reforzada por la paternidad ni disociada de la patria potestad (23). Con eso se explica que la sentencia del T.S. de 20 mayo 1997, después de constatar el cambio de circunstancias personales de la madre, le confiriera la guarda y custodia de su hijo, que en sus primeros años había estado bajo la guarda de sus tías, dada la vida desordenada de su madre y el fallecimiento de su padre.

IV. EL CONCEPTO DE GUARDA Y CUSTODIA DE LOS HIJOS

A nuestro juicio, la *guarda y custodia* de los hijos consiste en una situación de *convivencia* mantenida entre un menor o incapacitado y su progenitor o sus dos progenitores, que tiene por objeto el *cuidado, educación y formación integral* de aquél por parte de éste o éstos (24).

Nuestra definición ofrece un objeto amplio, no referido únicamente al mero cuidado y protección física del hijo, pues eso lo puede hacer un empleado doméstico o un guarda de seguridad (25). La guarda y custodia también se extiende a la educación y formación integral de los hijos (26), aunque este terreno esté también vinculado al ejercicio de los restos de la patria potestad por parte del otro progenitor, como tendremos ocasión de analizar más adelante. La educación y formación de los hijos sólo puede ser desempeñada de una manera eficaz por el progenitor que los tenga consigo, de ahí que el art. 92.II del Cc., al referirse a las "medidas judiciales sobre el cuidado y educación de

(23) Para GARCÍA PASTOR (*ob. cit.*, p. 104), "la situación del tercero guardador será, por lo tanto, distinta a la del progenitor guardador, pues éste tiene también el ejercicio de la patria potestad".

(24) Es muy significativo que ZANÓN MASDEU (*ob. cit.*, *passim*) no se ocupe de definir la figura que vamos a estudiar, tratando toda su obra sobre ella. GARCÍA PASTOR (*ob. cit.*, p. 73) señala que en ninguna obra consultada ha encontrado una definición de guarda.

(25) Éste es el mayor reproche que hacemos a la definición de GARCÍA PASTOR, *ob. cit.*, p. 74: "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". Tampoco estamos de acuerdo con esta autora en que la figura sólo exista en caso de que no convivan los progenitores y que se refiere sólo al niño.

(26) En parecidos términos se expresa RIVERO HERNÁNDEZ, *Matrimonio y divorcio... cit.*, p. 1024: "para ocuparse de los hijos y cuidarlos y educarlos con la dedicación y continuidad que supone su guarda jurídica".

los hijos" en caso de procedimiento de nulidad, separación o divorcio, las trate conjuntamente (27).

Por otra parte, nuestro concepto de guarda y custodia está reservado únicamente a la que ejercen los *progenitores*, de ahí que la denominemos "guarda y custodia *de los hijos*". Cuando la guarda corresponda a un tercero, sea un familiar o un allegado (tutela ordinaria y guarda de hecho), sea el acogedor familiar o el director del centro de acogida, pierde ya algunos de los matices que caracterizan a la guarda y custodia ejercida por los padres. Téngase en cuenta que, aunque "se considera beneficiosa para el menor la integración en la vida de familia del tutor" (art. 234.III del Cc.), éste no está obligado a vivir en compañía del tutelado, por lo que su guarda no podrá ser semejante a la de los progenitores.

El Código civil emplea términos distintos para designar a la guarda y custodia de los hijos a cargo de los padres, utilizando las expresiones "tenerlos en su compañía" (arts. 94, 103 y 154), "quedar al cuidado" (arts. 90 y 159), "corresponda el cuidado" (art. 92), "tener consigo" (art. 94), "quedar en la compañía" (art. 96) o "quedar" (art. 103), expresiones más cálidas y afectivas que las empleadas cuando el guardador no es progenitor, a quien los hijos "son encomendados" (art. 103.1º.II), "se encuentran bajo su guarda" (art. 229) o aquél "asume su guarda" (art. 172).

Sólo por excepción, cuando el guardador es la persona que recibe al menor en acogimiento familiar, se utiliza la expresión "tenerlo en su compañía" (art. 173.1) y ello se debe a la finalidad que tiene esta institución de producir la plena participación del menor en la vida de familia. Pero no debe olvidarse que el acogimiento, aunque se mira en el espejo de la relación paterno-filial, no tiene sus mismas raíces, de ahí que sea en muchos casos una labor retribuida. De todos los guardadores distintos a los progenitores, el acogedor es el que más rentabilidad económica puede extraer de su tarea.

Hay que advertir claramente que sólo resultarán afectados por la guarda y custodia los hijos *comunes que sean menores de edad no emancipados o mayores de edad incapacitados* (28). Aunque el art. 92 del Cc. no aclara expresamente que los hijos a los que afecta hayan de tener esa condición, así se deduce de una interpretación sistemática, poniendo en relación ese precepto con el art. 90.I.A del Cc., que se refiere a los

(27) Para RIVERO HERNÁNDEZ (*Matrimonio y divorcio... cit.*, p. 1024), la expresión de este precepto "se refiere, según entiendo, a la guarda jurídica, queriendo significar quizá con esas dos palabras que su contenido excede (educación) de lo meramente material (cuidado); no creo que pretenda aludir con ello el legislador a la adopción de medidas sobre la educación como autónomas y algo distinto de la guarda del hijo".

“hijos sujetos a la patria potestad de ambos”, que sólo pueden ser los hijos comunes que sean menores no emancipados o mayores de edad incapacitados, con patria potestad prorrogada o rehabilitada.

Los hijos emancipados o mayores de edad no incapacitados no resultarán afectados por las medidas referentes a la guarda y custodia, patria potestad, régimen de visitas, comunicación y estancia. Estos hijos decidirán libremente si convivirán en el futuro con uno de sus progenitores o si realizarán vida independiente. En ambos supuestos, el progenitor que esté obligado a satisfacer alimentos podrá ejercitar la opción que le confiere el art. 149.I del Cc., entre pagar la pensión o recibir y mantener en su propia casa al alimentista. A nuestro juicio, esta opción sólo podrá denegarse cuando se estime que existe justa causa que la impida (vgr., recíprocas y comprobadas malas relaciones), puesto que las otras dos circunstancias previstas en el art. 149.II del Cc., situación de convivencia determinada por normas aplicables o resolución judicial y perjuicio del interés del alimentista menor de edad, no son aplicables a este supuesto.

V. IMPORTANCIA DE LA GUARDA Y CUSTODIA DE LOS HIJOS

La guarda y custodia de los hijos ha sido considerada desde hace tiempo como una de las medidas que han de adoptarse en caso de crisis conyugal de los progenitores. Antes de la vigencia del Código civil, el art. 83 de la Ley de Matrimonio Civil, de 18 junio 1870, se refería a la protección y cuidado de los hijos en caso de separación (29). Posteriormente, la redacción originaria de los arts. 68 y ss. del Código civil y las correspondientes a las Leyes de 24 abril 1958 y 2 mayo 1975 reiteraron esos contenidos (30). En todas estas normas se permitía disociar la guarda y custodia, que podía quedar encomendada en exclusiva a la madre, y la patria potestad, que continuaba siendo ejercida por el padre (31).

(28) En el mismo sentido se pronuncian DE LOS MOZOS y HERRERO GARCÍA, *ob. cit.*, p. 1271.

(29) Ya indicaba GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ (*Códigos ó estudios fundamentales sobre el Derecho civil español*, tomo primero, Madrid, 1862, p. 340) que JUSTINIANO y ALFONSO X EL SABIO convienen “en que la educación y el cuidado de los hijos deben correr á cargo del cónyuge inocente”.

(30) No tiene razón RIVERO HERNÁNDEZ (*Matrimonio y divorcio... cit.*, p. 1031) cuando afirma que “esta figura no se hallaba tipificada en nuestro ordenamiento en la legalidad anterior a 1981”.

(31) Cf. RIVERO HERNÁNDEZ, *Matrimonio y divorcio... cit.*, p. 1031.

Sin embargo, ha sido a raíz de la reforma del Código civil producida por la Ley de 7 julio 1981 cuando la figura que estudiamos ha cobrado una *importancia extraordinaria*, que aún no ha sido valorada suficientemente por la doctrina, visto el escaso número de estudios que se le han dedicado (32), lo que contrasta con la mayor atención que se ha dispensado a los derechos del progenitor que no tiene la guarda y custodia. Se ha afirmado, con razón, que “la guarda es el eje central de la situación de los hijos cuyos padres no conviven” (33) y los tribunales son muy conscientes de la importancia que tiene esta figura (34).

La trascendencia de la guarda y custodia radica, fundamentalmente, en su propio *objeto*, consistente en el cuidado, educación y formación integral del hijo menor o incapacitado, cuyo interés es superior al de las demás personas que se relacionan con él y, más concretamente, sus progenitores (arts. 90, 92, 96, 154, 156, 158, 159 y 161 del Cc.). Lo más decisivo y esencial para el hijo, su cuidado personal y formación, están en manos del progenitor que tiene la guarda y custodia en situaciones de separación. Se trata de los valores más importantes para el hijo durante esa época de su vida, mucho más que los patrimoniales, y están en manos de uno sólo de sus progenitores (35).

Por otra parte, la atribución de la guarda y custodia de los hijos a uno de los progenitores, en caso de que se promueva el proceso matrimonial, desencadena otros efectos que tienen una enorme trascendencia económica (36).

(32) Pone de relieve GARCÍA PASTOR (*ob. cit.*, p. 72) que antes de la reforma de 1981, la doctrina española no se había detenido en el tema de la guarda y sólo DÍEZ-PICAZO se había preocupado por deslindar los conceptos de cuidado y poder. Esta autora pone de relieve que en las bibliografías recogidas en los manuales de Derecho de familia no se reseñan estudios sobre la guarda (*ob. cit.*, p. 73). Parecidas apreciaciones formula SIMLER (*ob. cit.*, p. 688) para el Derecho francés: “La noción misma de guarda del hijo no ha llamado especialmente la atención de los autores”. Eso explica probablemente que el término fuera eliminado del *Code civil* en la reforma de 1987.

(33) GARCÍA PASTOR, *ob. cit.*, p. 67. En parecidos términos, para el Derecho francés, considera SIMLER (*ob. cit.*, p. 696) que, en situaciones de crisis, la guarda juega un papel primordial; del mismo modo, cree CARBONNIER (*ob. cit.*, p. 230) que en las relaciones personales derivadas del divorcio, el centro de la cuestión es la atribución de la guarda.

(34) La sentencia de la A.P. de Barcelona, de 13 septiembre 1999, declaró: “De todas las medidas adoptadas es evidente que la de mayor calado es aquella que se refiere a la atribución de la guarda y custodia del hijo menor de edad”.

(35) Para CARBONNIER (*ob. cit.*, p. 233), la guarda comprende el conjunto de poderes y deberes que constituyen la autoridad parental relativos a la persona (el poder y el deber de educación”).

(36) La sentencia de la A.P. de Castellón de 17 marzo 1999 declaró que “la primera cuestión que debe ser resuelta es la relativa a la modificación de la guarda y custodia

Por lo pronto, la guarda y custodia origina el nacimiento de la obligación legal de *alimentos* en favor de los hijos, por parte del progenitor que no conviva con ellos (arts. 90, 93, 142 y ss. del Cc.). Esta obligación se concretará en el pago de *pensiones alimenticias* que, debido a la limitación de capacidad de los hijos, serán administradas por el progenitor que tenga encomendada la guarda y custodia, y que, a su vez, estará prestando alimentos en especie a sus hijos (37).

Además, la convivencia entre los hijos y el progenitor que ejerza la guarda y custodia determinará que, salvo pacto en contrario, se les atribuya a ellos el *uso de la vivienda familiar* y de los objetos de uso ordinario de la familia (art. 96 del Cc.).

Como podrá comprobarse, la guarda y custodia es la *llave* para la percepción de las pensiones alimenticias y la atribución del uso de la vivienda y ajuar familiares (38), medidas económicas importantísimas para cualquier familia media, pues con ellas se garantiza una *continuidad en el modo de vida* que se llevaba antes de la ruptura de la pareja y, en muchos casos, incluso el *mantenimiento del nivel de vida* (39), es decir, del *status quo* existente con anterioridad (40).

VI. CARACTERES DE LA GUARDA Y CUSTODIA DE LOS HIJOS

Como hemos indicado anteriormente, es en los supuestos distintos al de convivencia normal entre los progenitores cuando la guarda y custodia se escinde o disocia, cuando adquiere su enorme trascendencia. En estas situaciones diversas de la normal es cuando tiene relevancia *individualizar a la guarda y custodia* y separarla de otras figuras con las que guarda relación.

La primera característica de la guarda y custodia es su carácter *jurídico*, pues deriva de la ley que la proclama o del juez que la otorga, si bien en este caso lo hará cumpliendo un precepto legal. De ahí que

de los dos hijos menores del matrimonio, pues de lo que al respecto se resuelva, derivarán las decisiones sobre los otros temas que se adopten”.

(37) Señala la sentencia de la A.P. de Guipúzcoa de 27 julio 1998: “Dos suelen ser en verdad los temas a debatir, casi a perpetuidad, en los casos de separación o divorcio, a saber, la guarda y custodia y la pensión de alimentos”.

(38) Con toda claridad, la sentencia de la A.P. de Toledo de 8 mayo 2000 expresa: “las medidas que lógicamente se derivarían de un cambio en la custodia de la hija son consecuentes a dicha medida (*domicilio familiar y pensión alimenticia*)”.

(39) Expresamente se acoge a este criterio la sentencia de la A.P. de Vizcaya de 23 junio 1998.

(40) En este sentido se pronuncia la sentencia de la A.P. de Barcelona de 5 enero 1998.

haya sido identificada como una *guarda jurídica*, en contraposición a la llamada *guarda de hecho*.

La guarda y custodia se atribuye por el juez (arts. 90, 92, 103 y 156.II del Cc.) o por la ley (art. 156.IV y V del Cc.), según los casos. Por el contrario, en la guarda de hecho, el guardador es un tercero, persona distinta a los progenitores legalmente determinados (41), que convive con el menor o un presunto incapaz y se encarga efectivamente de cuidarlo y protegerlo, e incluso de administrar sus bienes. La definición es muy amplia, e incluye los supuestos de desamparo, pero también los compatibles con la patria potestad o la tutela, cuando los padres o tutores confían voluntariamente el cuidado de un menor o incapacitado al guardador, sin dejar de asistirles (vgr., para realizar un viaje, por razones de trabajo, etc.).

El guardador de hecho no ha recibido ningún encargo del juez o de la ley, de ahí que no tenga rango de órgano tutelar (42), no se inscriba en el Registro Civil ni reste facultades a los progenitores. Su relación con el hijo de otros deriva únicamente de la situación de convivencia que mantienen, lo que no da derecho al guardador para decidir sobre la educación y formación integral del menor.

La guarda y custodia es un encargo efectuado directamente por la ley o indirectamente por ella, a través de una decisión judicial, a uno o a ambos progenitores, es decir, a los únicos titulares posibles de la patria potestad.

Aunque el Código civil atribuye en general las funciones de guarda y custodia a los progenitores que sean titulares de la patria potestad (art. 154.1º), es evidente que sólo podrán cumplirlas satisfactoriamente aquéllos que *tienen a los hijos en su compañía*, bajo su control y responsabilidad. Creemos, por lo tanto, que, en todas las situaciones diversas a la de convivencia normal entre los progenitores, *la guarda y custodia se superpone y neutraliza parcialmente a la patria potestad* (43),

(41) SIMLER (*ob. cit.*, p. 693) pone como ejemplo de guardador de hecho la persona a la que los padres encargan que se ocupe de los hijos; el segundo cónyuge del progenitor guardador que fallece, cuando los hijos continúan viviendo con el primero; y la madre que no reconoce a su hijo, pero vive con él.

(42) La sentencia del T.S. de 9 octubre 1997 negó que el tío del menor, que convivía con éste y lo trataba como un hijo, tuviera interés legítimo para intervenir en el expediente de reconocimiento de paternidad, pues el guardador de hecho no tiene la condición de representante legal.

(43) Más rotundo aún se muestra RIVERO HERNÁNDEZ, *Matrimonio y divorcio... cit.*, p. 1031. "Entiendo que el padre (madre) atributario de la guarda de los hijos tiene los equivalentes al pleno ejercicio de la patria potestad, y sus mismas facultades, derechos y obligaciones, si bien con ciertas limitaciones y algún matiz". Más moderada es la

siendo el progenitor que convive con los hijos el que está obligado a cumplir las funciones de tenerlo en su compañía, educarlo y procurarle una formación integral (44).

Todo guardador de sus hijos debe tener la patria potestad sobre los mismos (45), porque es la única garantía de que pueda llevar a cabo su encargo con éxito (46). Si el otro progenitor tiene también la patria potestad, que en todo caso será compartida con el guardador, se tratará de una patria potestad *degradada al nivel de mera vigilancia* de las funciones realizadas por el guardador (47) y al ejercicio de los derechos de visita, comunicación y estancia. El cumplimiento del encargo del cuidado reforzado del menor requiere la cercanía física del guardador, la *cotidianidad* (48), medio indispensable para lograr el objetivo. Al carecer de tales medios el otro progenitor, *no podrá influir decisivamente en el cuidado y la formación del hijo*. Estando así las cosas, deberá darse por contento si el guardador le consulta sobre los aspectos más importantes del hijo, antes de tomar una decisión.

Precisamente por carecer de la patria potestad, los otros guardadores legales (tutor, acogedor familiar, director del establecimiento público de acogida) no pueden ejercer la guarda y custodia, sino únicamente la guarda. En el caso del tutor, la ley no le obliga ni siquiera a convivir con el tutelado. En el supuesto de acogimiento residencial, no puede decirse, en rigor, que la relación entre el director del establecimiento y el menor

opinión de DE LOS MOZOS y HERRERO GARCÍA, *ob. cit.*, p. 1274: "el Juez atribuirá el cuidado de los hijos a uno de los cónyuges, pero el resto de los deberes y facultades inherentes a la patria potestad podrá seguir siendo ejercido conjuntamente por ambos cónyuges".

(44) Para la sentencia de la A.P. de Barcelona, de 2 abril 1998, "el ejercicio conjunto de la patria potestad que establece el art. 156 del Cc. no puede ser mantenido en la práctica, en lo que se refiere al deber/derecho de mantenerse en la compañía del niño, tras la separación matrimonial de los progenitores".

(45) En este sentido se manifiestan FUENTE NORIEGA (*La patria potestad compartida en el Código civil español*, Madrid, 1986, p. 297) y LETE DEL RÍO (*ob. cit.*, p. 1151).

(46) Como indica RIVERO HERNÁNDEZ (*Matrimonio y divorcio... cit.*, p. 1038), no puede concebirse que el guardador jurídico quede desprovisto por completo de la patria potestad en su actual inteligencia y régimen, ya que se encontraría desasistido de medios jurídicos para la crianza y cuidado de los hijos.

(47) En este sentido se pronuncia RIVERO HERNÁNDEZ, *Matrimonio y divorcio... cit.*, p. 1032: el otro progenitor "seguirá ostentando una patria potestad formal y capitidisminuida". Para LEGEAIS, citado así por SIMLER (*ob. cit.*, p. 706), el derecho de vigilancia del cónyuge no guardador es un sustituto permanente de la autoridad parental.

(48) "Guarda cotidiana" se denominaba la contemplada en el convenio que enjuició la sentencia de la A.P. de Madrid de 3 marzo 1998. "Guarda habitual" la llama la sentencia de la A.P. de Barcelona, de 2 abril 1998.

sea de convivencia (49). Y en el caso del acogimiento familiar, aunque la ley concede al acogedor funciones idénticas a las de la guarda y custodia (tener en su compañía al menor, educarlo y procurarle una formación integral), su posible carácter remunerado, temporal y revocable lo distancian considerablemente de la guarda y custodia parental.

VII. EL CONTENIDO DE LA GUARDA Y CUSTODIA Y EL CONTRAPESO DE LOS DERECHOS QUE TIENE EL PROGENITOR NO GUARDADOR

Como hemos indicado anteriormente, las palabras guarda y custodia, al ir juntas, evocan una idea de guarda *reforzada*, de la máxima protección que se puede dispensar al hijo menor o incapacitado. Dijimos también que el cuidado personal y la formación son los aspectos más decisivos y esenciales para el hijo sometido a la guarda y custodia durante esa época de su vida, sus valores superiores.

Así, pues, la protección *física y material* del hijo es el primero de los objetivos que tiene asignados la guarda y custodia, razón por la cual se exige que el progenitor guardador *conviva* con el hijo guardado. De esta manera, la nutrición, la higiene corporal, el descanso, el vestido y la salud de los hijos, al estar en manos del progenitor que habita con ellos, que se relaciona cotidianamente con ellos, pueden alcanzar los niveles más altos de dispensación y protección. Dentro de esta faceta de la guarda y custodia se encuentra también la facultad de elegir la persona a quien se puede confiar el cuidado de los hijos cuando las ocupaciones del guardador le impida estar en su compañía (50), siempre que se trate de una imposibilidad transitoria, pues si fuera duradera, sería preciso contar con el consentimiento del otro progenitor o, en caso de discordia, del juez, para confiar los hijos al cuidado de terceras personas.

Asimismo, es el progenitor guardador el que se halla en mejores condiciones para fomentar el *desarrollo de las facultades intelectuales* del hijo (51), de ahí que la guarda y custodia comprenda también la fun-

(49) Ya decía GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, Madrid, 1852; reedición Zaragoza, 1974, p. 45: "¿Cómo equiparar la fría y limitada autoridad del tutor con el poder y amor del padre derivadas principalmente de la naturaleza?"

(50) Sentencia de la A.P. de Vizcaya de 2 julio 1998.

(51) Tiene razón SIMLER (*ob. cit.*, p. 695) cuando afirma que "no es prácticamente concebible que una persona tenga la guarda del hijo y que otra, privada de la presencia física de aquél, sea la única encargada de su educación".

ción de educarle y procurarle una formación integral (52). Esta faceta comprende no sólo el deber de controlar los estudios o la asistencia a clase y actividades complementarias, sino también la de influir decisivamente en el desarrollo moral e intelectual del hijo, vigilando las amistades y relaciones que frecuenta, así como las lecturas y aficiones que cultiva (53).

El control y vigilancia material y moral por parte del guardador no deberán ser férreos en toda edad, pues de esa manera sólo se conseguirá que los hijos estén hiperprotegidos y sean incapaces de afrontar con garantía los retos de la vida. Por el contrario, deben tender a irse abriendo progresivamente, con el transcurso del tiempo, al objeto de facilitar el libre desarrollo de la personalidad del hijo (54).

Es indudable que el *peso principal* de la crianza y educación de los hijos corre a cargo del progenitor que tiene su guarda y custodia. No queremos decir con eso que sea el *único* que tenga esa tarea. Hemos manifestado anteriormente que, en las situaciones diversas a la de convivencia normal de los progenitores, la guarda y custodia se escinde de la patria potestad, superponiéndose y neutralizándola *parcialmente*. Pero siempre quedan *restos de patria potestad* en manos del progenitor que no convive con los hijos, que sigue teniendo el deber de velar por los hijos,

(52) También existe un concepto amplio de custodia personal en Alemania, pues el § 1631.1 del BGB establece que comprende su cuidado, educación, guarda y residencia.

(53) En Derecho francés, con anterioridad a la reforma de 1987, se suscitó una interesante polémica a la hora de delimitar el contenido de la guarda jurídica, ya que, en caso de que se adoptase un criterio amplio, que incluyera el deber de educar a los hijos (como hizo la sentencia del Tribunal civil de Briançon de 6 enero 1948), se haría coincidir ese contenido con el de la autoridad parental, deficientemente enunciado en el art. 371-2 del *Code civil*, al mencionar únicamente el derecho y el deber de guarda, de vigilancia y de educación, deficiencia que ha planteado a los autores franceses una polémica que nos hemos ahorrado en nuestro país. Frente a esa concepción amplia del concepto de guarda se sitúa una concepción estricta, según la cual la guarda se reduce al derecho y deber de fijar la residencia del hijo, que se extrae del art. 371-3 del *Code civil*, según el cual "el niño no puede, sin permiso de su padre y su madre, abandonar el hogar familiar y no puede ser retirado de él más que en los casos de necesidad que determina la ley". En una rigurosa exposición, SIMLER (*ob. cit.*, pp. 704 a 708) parte de esta concepción estricta, pero la concilia con la concepción amplia, ya que, precisamente por compartir el domicilio con el hijo, los actos usuales que exige la educación de éste incumben evidente y necesariamente al guardador, mientras que al progenitor no guardador le corresponde intervenir en la toma de las decisiones educativas más importantes, como pueden ser la elección de una orientación escolar o religiosa.

(54) La sentencia de la A.P. de Castellón de 17 marzo 1999 se refirió a la necesidad de mayor flexibilidad y adaptación a la propia voluntad de los hijos que desarrollan la etapa de adolescencia, en la que conviene destacar un inicio de independencia y movilidad, típico de estas edades.

alimentarlos (según el art. 111 del Cc., aunque no tenga la patria potestad), representarlos y participar en las decisiones más importantes.

Al progenitor guardador le están encomendadas todas las funciones *cotidianas* relacionadas con el cuidado y formación de los hijos (55), pero el otro progenitor debe tener participación en la toma de las decisiones personales y educativas más trascendentales (56), como son, por ejemplo, el sometimiento a una intervención quirúrgica o a un delicado tratamiento médico, el cambio de colegio o de lugar de residencia, o una estancia prolongada o permanente en el extranjero. Se trata de decisiones que se toman esporádicamente, pocas veces en la vida, que pueden tener una enorme trascendencia en el desarrollo del hijo, y que requieren una participación de los dos progenitores que ejercen la patria potestad.

Una cosa es que el hijo tenga el mismo domicilio que el guardador (57) y otra muy distinta es que el guardador pueda alterar unilateralmente el domicilio común (de él y del menor) sin contar con el consentimiento del otro progenitor, que conserva restos de la patria potestad. Algunos planteamientos doctrinales y judiciales sostienen que el guardador puede decidir por sí solo esa cuestión (58), por lo que tendría en su mano alterar unilateralmente los derechos que tenga reconocidos el otro progenitor, dificultando extraordinariamente su ejercicio, como

(55) En el mismo sentido se pronuncia GARCÍA PASTOR (*ob. cit.*, p. 85), refiriéndose a los casos en que la inmediatez es necesaria. Del mismo modo se manifiesta CARBONNIER (*ob. cit.*, p. 230) para el Derecho francés: "hacer su educación día a día".

(56) La sentencia del T.S. de 6 julio 1996 confirmó la decisión del juez de primera instancia, consistente en declarar que el padre era cotitular de la patria potestad, pudiendo intervenir en la decisión de temas de importancia, no así en los cotidianos.

(57) Para RIVERO HERNÁNDEZ (*Matrimonio y divorcio... cit.*, p. 1031), "el derecho de guarda determina generalmente (salvo estudios fuera de casa) la residencia del hijo, y éste tiene el domicilio de su guardador". Recuerda BONNARD (*ob. cit.*, p. 51, n. 7) que en Austria, con cualquier edad, el menor puede abandonar el hogar familiar, mientras que en Grecia, Dinamarca y el Reino Unido, se reconoce esa facultad a partir de los catorce, quince y dieciséis años.

(58) Cf. GARCÍA PASTOR, *ob. cit.*, p. 95: "el guardador tiene el derecho de cambiar de residencia y de llevar consigo a los hijos confiados a su guarda". CARRETERO SÁNCHEZ ("El nuevo planteamiento del régimen de visitas", *La Ley-1994.2*, pp. 1020 ss., en concreto, p. 1022) se limita a indicar que el cónyuge custodiante debe comunicar los traslados de domicilio permanentes o transitorios con antelación al cónyuge visitante para que éste no viva en una permanente sensación de inseguridad sobre el paradero de sus hijos. La sentencia de la A.P. de Guipúzcoa de 14 abril 1999 consideró que no era procedente condicionar suspensivamente la guarda y custodia de la madre, de nacionalidad polaca, a la obtención de un permiso de residencia en España por parte de ésta, y no estimó que el posible establecimiento de la residencia en Polonia fuera perjudicial para el hijo guardado. En parecidos términos se pronunció la sentencia de la A.P. de Orense de 3 mayo 1999 respecto del previsto traslado del hijo y la madre a Ecuador, una vez finalizado el procedimiento matrimonial.

sucedería, por ejemplo, con el derecho de visita si el hijo y el guardador se marchan a residir al extranjero. A nuestro juicio, una medida de ese calibre debería ser adoptada de común acuerdo por los progenitores y, en caso de discordia, ser autorizada por el juez. Somos conscientes que, en la práctica, el guardador podrá alterar el domicilio común cuando lo desee, pues siempre tendrá algún motivo atendible para actuar en ese sentido (razones de trabajo, familiares, etc.), y que, cuando el otro progenitor reclame por la vía judicial, se encontrará casi siempre con una resolución que estimará bien realizado el cambio de domicilio, basándose en el "interés superior del menor", que casi siempre está *fundido* con el interés del guardador. Sólo tratamos de poner de relieve que existen otros intereses diferentes al del guardador que, al menos, deben ser manifestados y barajados por el juez antes de tomar la decisión (59).

Cabe la posibilidad de que el guardador, sin perder su condición, confíe el cuidado cotidiano del hijo a un tercero, que normalmente será un familiar o una institución de enseñanza. En este último supuesto, el cuidado se realizará por períodos temporales concretos, regresando el menor al hogar del guardador en los períodos no lectivos. A nuestro juicio, esa decisión deberá tomarse conjuntamente con el progenitor no guardador, pero cotitular de la patria potestad (60). En caso de desacuerdo, la decisión deberá corresponder al juez. Incluso es posible que se tenga en cuenta esa intención de confiar el cuidado del hijo a un tercero y que eso origine una decisión judicial de cambio en la titularidad de la guarda y custodia en favor del otro progenitor, que normalmente estará mucho más legitimado que un tercero para cuidar al menor (61).

(59) En este sentido se pronunció la sentencia de la A.P. de Castellón de 14 julio 1998, al considerar que es preciso obtener autorización judicial para trasladar permanentemente a sus hijas a Argentina, por tratarse de una cuestión importante.

(60) En análogo sentido, GARCÍA PASTOR (*ob. cit.*, p. 82) piensa que la guarda y custodia no lleva consigo el derecho a fijar la residencia del hijo con un tercero. Para el Derecho francés, apunta SIMLER (*ob. cit.*, p. 696) que, a título subsidiario, los padres que ejercen la autoridad parental pueden confiar al hijo a una persona de su elección, en la que delegan de hecho, por una duración variable, todo o parte de su misión de educación. Así ocurrirá, por ejemplo, cuando el hijo esté cursando estudios en un colegio en régimen de internado.

(61) Para GARCÍA PASTOR (*ob. cit.*, p. 82), cuando el guardador no puede o no quiere ejercitar su derecho a la convivencia, entonces el derecho del otro progenitor no encuentra ya ningún obstáculo para manifestarse. Sin embargo, en contra de esta autora, no creemos que la guarda y custodia imponga al guardador la obligación de encargarse *personalmente* del cuidado del hijo, y que sólo podrá renunciar a tal cuidado en favor del otro progenitor. A nuestro entender, los progenitores pueden ponerse de acuerdo sobre ese punto y confiar de forma temporal la guarda a un tercero, como sucede, por ejemplo, cuando los hijos residen en un colegio en régimen de internado, o se van a un campamento de verano o a una excursión organizados por el centro de enseñanza.

Para que el progenitor que no convive con su hijo tenga participación en las decisiones más importantes que le puedan afectar, será preciso que se le informe debidamente de la situación y se le pida opinión e incluso consentimiento al respecto. El cumplimiento de este deber está exclusivamente en manos del guardador, que, por desgracia, en muchas ocasiones no lo observará y tomará unilateralmente la decisión, vulnerando así la obligación y reduciendo a la nada los restos de la patria potestad que conserva el progenitor no guardador.

El cometido primordial de los padres es que el hijo "llegue en las mejores condiciones posibles a la edad adulta" (62), para que, a partir de ese momento, siga por su cuenta la senda que él elija. Ese cometido se cumple mucho mejor cuando existe colaboración entre los progenitores. Pero la sinrazón es demasiado frecuente en este campo y, de la misma manera que el número de rupturas matrimoniales contenciosas es casi igual que el de rupturas de mutuo acuerdo, también existen muchísimos casos en los que el guardador no cuenta en absoluto con el otro progenitor a la hora de tomar una decisión importante que afecte a los hijos. En numerosas ocasiones, el deseo de dañar a la otra persona es más poderoso que procurar el bien del hijo (63).

La doctrina más autorizada considera que, además de los derechos de visita, comunicación y estancia, el principal derecho que tiene el progenitor no conviviente es el llamado de *vigilancia* (64), para seguir de cerca y comprobar la forma y diligencia con que el otro cónyuge cuida y educa a los hijos comunes. A nuestro juicio, aunque este derecho no emerge en nuestra normativa (65), es el anverso de la moneda cuyo reverso es el deber de *velar* por los hijos menores, mencionado en los arts. 110, 111.IV y 154 del Cc. Deriva también de la formulación del art. 39.3 de la C.E., que obliga a los padres a "prestar *asistencia de todo orden* a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda", lo que, evidentemente, incluye el derecho y el deber de interesarse por los problemas de los hijos y tratar de prestar su colaboración para resolverlos.

(62) La frase pertenece a SIMLER (*ob. cit.*, p. 696), pero también la recoge parcialmente la sentencia de la A.P. de Guipúzcoa de 27 julio 1998, al expresar: "Se trata de que estén lo mejor posible". El art. 371-2.I del *Code civil* encomienda a los padres la misión de proteger a su hijo en su seguridad, su salud y su moralidad.

(63) Como puso de relieve de manera acertada la importante sentencia de la A.P. de Guipúzcoa de 30 mayo 1998.

(64) RIVERO HERNÁNDEZ, *Matrimonio y divorcio... cit.*, p. 1034.

(65) A diferencia de lo que sucedió en la Segunda República, pues el art. 20.II de la Ley de Divorcio de 1932 expresaba que "el que no los tenga en su poder conserva el derecho de comunicar con ellos y vigilar su educación".

Se sostiene que “la existencia y reconocimiento de este derecho comportará normalmente la obligación del cónyuge guardador de los hijos de *tener informado al otro progenitor* de las decisiones importantes que deba tomar en relación con los mismos (estudios a seguir, intervención quirúrgica que no sea urgente e ineludible, una opción religiosa de cierta trascendencia para el niño...) (66). Existe, además, otro argumento justificador: “si el padre privado de la guarda queda obligado a contribuir al mantenimiento de esos hijos, es natural que se le permita algún tipo de control y conocimiento del destino que se da a su contribución, y para saber y comprobar que se dedica a la crianza de sus hijos” (67).

Desgraciadamente, los tribunales no suelen amparar en este sentido al progenitor no guardador, con el argumento de que no existe previsión legal alguna respecto al destino de las cantidades recibidas por el progenitor custodio del otro progenitor en concepto de alimentos de los hijos menores (68). Con este tipo de medidas judiciales se hace completamente ilusorio el deber de velar por los hijos o el derecho de vigilancia, y se favorece que, en muchos casos, el progenitor guardador *desvíe hacia su propio provecho* el destino de los fondos destinados a sus hijos y que pertenecen a éstos, conducta que penalmente está tipificada como delito de apropiación indebida.

Nada impide al progenitor guardador, por ejemplo, cambiar de colegio a sus hijos sin contar con la opinión del otro progenitor y sin informarle de la modificación efectuada (69). En la práctica, las instituciones obstaculizan sistemáticamente el ejercicio del derecho de vigilancia e impiden la obligación de velar, al *presumir que la situación anómala es imputable al peticionario* (70), lo que producirá en muchas

(66) Así se manifiesta RIVERO HERNÁNDEZ (*Matrimonio y divorcio... cit.*, p. 1035), que añade: “No comunicarlo podría constituir, en opinión de algún autor (Massip), un abuso de derecho”.

(67) RIVERO HERNÁNDEZ, *Matrimonio y divorcio... cit.*, p. 1035.

(68) La sentencia del juez de Primera Instancia (Familia) nº 17 de Sevilla, de 31 marzo 1998, denegó la petición de rendición de cuentas a cargo del progenitor guardador con este argumento.

(69) RIVERO HERNÁNDEZ (*Matrimonio y divorcio... cit.*, p. 1041) se refiere a los “malentendidos y olvidos imperdonables, no infrecuentes, desgraciadamente, en la realidad vivida de cada día”.

(70) En situaciones como ésta, los órganos administrativos competentes, como son las delegaciones de las Consejerías de Educación, invierten el alcance de las normas a la hora de informar a los progenitores sobre el colegio donde estudian sus hijos y suelen exigirles que soliciten la información por la vía judicial. También conocemos casos de directoras de centros educativos religiosos que niegan a los progenitores no convivientes información escrita sobre las calificaciones de los hijos, bajo el pretexto de que “han concertado el contrato educativo con el otro progenitor y sólo a él han de darle información”.

ocasiones que desista en su empeño de velar por sus hijos (71), cansado y frustrado ante tantas dificultades, pues también el progenitor no guardador -no sólo el menor y el guardador- tiene que encontrar su equilibrio emocional.

En las situaciones diversas a la de convivencia normal entre los progenitores, además del respeto a los restos de la patria potestad del progenitor no guardador, el contenido de la guarda y custodia también tiene como *límite* los derechos de visita (72), comunicación (73) y estancia (74) en favor de aquél. Mediante el ejercicio de estos derechos, y sobre todo con el derecho de estancia (75), el progenitor no guardador tiene posibilidad de ejercitar temporalmente una parte de las funciones de la guarda y custodia, como veremos en la parte final de este estudio.

En una caja de la balanza se sitúa la poderosa guarda y custodia, mientras que en la otra están colocados los débiles y inestables dere-

(71) Pone de relieve GARCÍA PASTOR (*ob. cit.*, p. 97) que el padre tiene la sensación de haber perdido un papel verdadero en la crianza de los hijos.

(72) El *derecho de visita*, en sentido estricto, es la posibilidad que tiene el progenitor de acudir al domicilio habitual del menor para relacionarse con él. Aunque existen supuestos de armonía entre los progenitores, que facilitan el ejercicio de este derecho, en la mayoría de los casos no deja de ser una entelequia, pues las difíciles o nulas relaciones entre los padres impedirá su ejercicio, que sólo será viable en situaciones de grave enfermedad de los hijos.

(73) El *derecho de comunicación* consiste en la posibilidad que tiene el progenitor no guardador de relacionarse con el menor en lugares distintos a su domicilio habitual (colegio, recinto deportivo, etc.), así como el de mantener correspondencia por escrito, teléfono o medios telemáticos sin interferencias por parte del guardador. En situaciones límites, cuando los derechos de visita y estancia son desaconsejables (malos tratos a los menores o enfermedades como el alcoholismo o la toxicomanía por parte del progenitor no conviviente), este derecho de comunicación es el reducto mínimo que queda a los progenitores no guardadores y sus hijos. Existen dependencias administrativas, ubicadas generalmente en pisos, denominadas *puntos de encuentro*, en donde estos progenitores y sus hijos se relacionan durante unas horas previamente establecidas por el juez, fundamentalmente durante los fines de semana. En la mayoría de los casos, son medidas que se toman respecto de los menores de doce años, pues cuando los hijos superan esa edad, difícilmente aceptan ese remedio tan artificial y molesto.

(74) El *derecho de estancia* coincide con la posibilidad antes apuntada de que el progenitor conviva durante un tiempo con sus hijos, ya sea en el domicilio de aquél o en otro lugar. Esa convivencia se producirá generalmente durante determinadas épocas del año y, en especial, los fines de semanas continuados o alternos y parte de las vacaciones de los hijos.

(75) Sobre este tema, véanse CARRETERO SÁNCHEZ, "El nuevo planteamiento del régimen de visitas", *La Ley*-1994.2, pp. 1020 ss.; GARCÍA PASTOR, "El derecho de visita en circunstancias excepcionales (Sentencias del T.S. de 22 de mayo y 21 de julio de 1993)", *AC*-1995.4, pp. 750 ss.; RIVERO HERNÁNDEZ, *El derecho de visita*, Barcelona, 1996; y MAKIANICH DE BASSET, *Derecho de visitas. Régimen jurídico del derecho y deber de adecuada comunicación entre padres e hijos*, Buenos Aires, 1997.

chos correspondiente al progenitor no guardador, que tienen mucho menos peso, pero no por ello despreciable, pues una y otra caja tienen razón de ser, en cuanto que están al servicio del bienestar del hijo menor o incapacitado (76).

Resulta entonces que la custodia, que es una vigilancia cuidadosa y diligente del estado y formación del hijo, está, a su vez, contrapesada con la *vigilancia de esa custodia* que lleva a cabo el progenitor no guardador (77).

VIII. ATRIBUCIÓN DE LA GUARDA Y CUSTODIA POR EL JUEZ

Por expresa determinación legal, la guarda y custodia se atribuye *por el juez* en los supuestos derivados de la nulidad, separación o divorcio de los progenitores (arts. 90, 92 y 103 del Cc.), o en los casos en que, aunque convivan los progenitores, tienen desacuerdos reiterados sobre aspectos importantes de la guarda y custodia (art. 156.II del Cc.). Todos estos casos son supuestos de *disociación de una anterior patria potestad dual*, motivada por una crisis matrimonial generalizada y oficializada, o por unos desacuerdos concretos sobre una determinada cuestión.

El juez decidirá, teniendo en cuenta el beneficio de los hijos, que es preferente al de los progenitores y demás familiares afectados. Como indicó la sentencia de la A.P. de Barcelona de 15 noviembre 1999, se trata de una de las cuestiones más delicadas y difíciles de los procedimientos de crisis matrimoniales.

(76) La sentencia de la A.P. de Castellón de 12 febrero 1998 expresó que el régimen de visitas no se establece únicamente como un derecho de uno u otro de los progenitores sino, de modo especial, como un deber de éstos para con los hijos, procurándoles una educación integral. En el mismo sentido, la sentencia de la A.P. de Orense de 3 mayo 1999 declaró que el derecho de visitas es de carácter irrenunciable, establecido en beneficio e interés del hijo a fin de favorecer el conocimiento mutuo y las relaciones afectivas entre ambos, y que constituye al propio tiempo un deber que compete al padre que ostenta la patria potestad compartida de controlar el desenvolvimiento de la educación del menor, por lo que el guardador debe adecuar su actuación, en este punto, a los dictados de la buena fe.

(77) En el Derecho francés está muy clara esta idea, al expresar el art. 373-2.I del *Code civil*: "Si el padre y la madre están divorciados o separados de cuerpos, la autoridad parental será ejercida, bien en común por los dos padres, bien por aquél de ellos al que el tribunal la haya confiado, salvo, en este último caso, el derecho de visita y de vigilancia del otro". En el mismo sentido, el art. 1906.4 del Código civil portugués establece que "al progenitor que no ejerza el poder paterno le asiste el poder de vigilar la educación y las condiciones de vida del hijo".

Este beneficio o *interés superior del hijo* suele hacerse arrancar del art. 39 de la C.E., que en su apartado 2 establece que los poderes públicos aseguran la protección integral de los hijos, y en su apartado 3 obliga a los padres a prestar asistencia de todo orden a los hijos, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda (78). Pero, como puede comprobarse, estos dos apartados del precepto constitucional *no configuran con toda claridad esa preferencia del interés del hijo menor y del mayor incapacitado*. Al limitarse a ordenar que estén protegidos desde todos los puntos de vista, material y moral, no está expresando que esa protección tenga un rango superior a cualquier otra consideración.

Por el contrario, nuestro Código civil sí hace depender la decisión del juez de ese juicio de preferencia de la conveniencia del hijo sobre las demás que puedan confluir (79), lo que viene siendo conocido como el principio del *favor filii* (80). Con esta decisión legislativa se da un vuelco al sistema anteriormente imperante en esta materia, basado en el poder de los padres y preponderancia de sus intereses, pasándose a otro, cimentado en el superior interés del hijo, posteriormente reafirmado a consecuencia de la ratificación por el Estado español el 30 noviembre 1990 de la Convención de Derechos del Niño, de las Naciones Unidas, de 20 noviembre 1989. Por eso se ha proclamado, con razón, que *“el Derecho de hoy es la ciudad que tiene por príncipes a los hijos”* (81). Los menores de edad y los mayores incapacitados se han

(78) Conectan el principio del *favor filii* con el art. 39 de la C.E, GARCÍA PASTOR (*La situación jurídica... cit.*, p. 155) y las sentencias de la A.P. de Madrid de 3 marzo 1998, de la A.P. de Toledo de 17 septiembre 1998 y 11 noviembre 1999, de la A.P. de Barcelona de 13 septiembre 1999 y 15 noviembre 1999, y de la A.P. de Cáceres de 1 febrero 2000.

(79) Ya expresaba GARCÍA GOYENA (*ob. cit.*, p. 53) que “el juez al acordar esta medida, no debe perder de vista que tiene por único objeto la mejor educación y bienestar de los hijos”. Lo mismo ocurre en el Derecho francés, en el que establece el art. 287 del *Code civil*: “Según el interés de los hijos menores, la autoridad parental será ejercida, bien en común por los dos padres después de que el juez haya acogido su intención, bien por uno de ellos. En caso de ejercicio en común de la autoridad parental, el juez indicará en casa de cual de ellos tienen su residencia habitual los hijos”. También el § 1671 del BGB alemán, el art. 155 del *Codice civile* italiano y el art. 1905 del Código civil portugués, según la redacción dada por la Ley de 31 agosto 1995, se refieren al interés del menor como criterio decisivo.

(80) Muy sutilmente, RIVERO HERNÁNDEZ (*La guarda y custodia... cit.*, p. 62) pone en relación el principio del *favor filii* con los arts. 90 y ss. del Cc., pero no con el art. 39 de la C.E.

(81) La frase pertenece a CARBONNIER, citado así por SIMLER (*ob. cit.*, p. 686) en la primera frase de su trabajo.

convertido en el centro de la familia, cuyos actos principales giran alrededor de aquéllos (82).

Para las situaciones de crisis matrimonial canalizadas por la vía judicial, son *ley especial*, de preferente aplicación a los preceptos generales del régimen de la patria potestad (arts. 154 y ss. del Cc.), los siguientes:

a) En caso de que exista convenio, el art. 90 del Cc. establece que éste determinará la persona a cuyo cuidado hayan de quedar los hijos sujetos a la patria potestad de ambos, acuerdo que será aprobado por el juez, *salvo si es dañoso para los hijos* o gravemente perjudicial para uno de los cónyuges.

b) Si no hay convenio, será el juez quien deberá decidir sobre las peticiones efectuadas por uno u otro progenitor, e incluso adoptar una medida no solicitada por las partes. El art. 92 del Cc. ordena que las medidas judiciales sobre el cuidado y educación de los hijos serán adoptadas *en beneficio de ellos*, tras oírles si tuvieran suficiente juicio y siempre a los mayores de doce años. Causa cierta perplejidad que el *párrafo cuarto de este artículo prevea que el juez pueda acordar*, cuando así convenga a los hijos, que el cuidado de ellos corresponda a uno u otro progenitor, procurando no separar a los hermanos, cuando esta decisión de conceder la guarda y custodia exclusivamente a uno de los padres será la más habitual. Acaso este párrafo hubiera debido referirse a la posibilidad de adoptar la medida menos corriente en esta

(82) El interés de los menores guía la vida familiar durante casi dos décadas a través de la patria potestad y la guarda y custodia; el de los hijos mayores de edad que no han terminado completamente su formación prolonga esa primacía durante otra década, a través de la obligación legal de alimentos; el de los hijos incapacitados acaso durante más tiempo; y el de todos los hijos, hayan o no correspondido en el afecto a sus padres, se extiende incluso después del fallecimiento de éstos, a través de la legítima y la sucesión intestada. Tanto sacrificio de los padres al interés superior de los hijos, mantenido durante tanto tiempo, puede ser, junto con los problemas laborales que se le presentan a la mujer embarazada, una de las causas más importantes para explicar por qué España es uno de los países del mundo con menor índice de natalidad. No tenemos nada que objetar a que los hijos sean protagonistas absolutos de la vida familiar durante su minoría de edad o su enfermedad. Muchas objeciones ponemos a que prolonguen ese protagonismo después de alcanzada la mayoría de edad. Y, finalmente, nos parece ilógico, injusto y desproporcionado que, además de tener a sus padres sacrificados a su interés superior durante la mitad de su vida, los hijos sigan teniendo derechos hereditarios cuando aquéllos fallezcan. El interés superior de los hijos durante su minoría de edad y el interés casi superior de los hijos mayores que no han terminado su formación debería estar contrapesado con la concesión de *libertad de testar* a los padres, para que pueda permitirse que, aquéllos que estimen que se han sacrificado suficientemente por sus hijos durante toda su vida, puedan disponer *mortis causa* libremente de sus bienes.

materia, que no es otra que acordar la *guarda y custodia compartida*, a la que nos referiremos al final de nuestro estudio.

c) Parecidos términos se utilizan en el art. 103.1ª del Cc., regulador de las medidas provisionales dictadas a consecuencia de la demanda de nulidad, separación y divorcio, cuando prevé que, admitida la demanda, el juez, a falta de acuerdo de ambos cónyuges aprobado judicialmente, adoptará, con audiencia de éstos, determinae, *en interés de los hijos*, con cuál de los cónyuges han de quedar los sujetos a la patria potestad de ambos.

En caso de desacuerdos reiterados de los progenitores sobre aspectos importantes, el art. 156.II del Cc. prevé que sea el juez quien, después de oír a ambos y al hijo si tuviera suficiente juicio y, en todo caso, si fuera mayor de doce años, pueda distribuir entre los padres las funciones de la patria potestad, entre las que se encuentra la guarda y custodia o alguna de las funciones que forman parte de su contenido (vgr., la función formativa). El juez deberá tener en cuenta que la patria potestad, cuya posible disociación estamos tratando, se ejercerá siempre *en beneficio de los hijos* (art. 154.I del Cc.).

Por su parte, como principio general, el art. 2.I de la Ley orgánica de Protección Jurídica del Menor, de 15 enero 1996, proclama que “en la aplicación de la presente Ley *primará el interés superior de los menores* sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir”.

La jurisprudencia menor es muy rica a la hora de referirse a los criterios que el juez deberá tener en cuenta a la hora de decidir entre uno y otro progenitor como guardador:

a) El deseo del hijo, manifestado en la audiencia que se le concede en los casos en que proceda (83).

b) El mantenimiento del *status quo*, es decir, del entorno y las circunstancias en los que el hijo se movía antes de la crisis conyugal (84). En la medida en que ello sea posible, se trata de que los hijos no sufran las consecuencias de la discordia entre sus padres (85).

(83) Factor decisivo que se tuvo en cuenta por las sentencias de la A.P. de Cantabria de 13 enero 1998 y de la A.P. de Barcelona de 2 junio 1998.

(84) Por esta razón se decantan las sentencias de la A.P. de Barcelona de 5 enero 1998, de la A.P. de Castellón de 12 febrero 1998, de la A.P. de Guipúzcoa de 30 mayo 1998 y 30 abril 1999, de la A.P. de Cáceres de 1 febrero 2000 y de la A.P. de Málaga de 20 julio 2000. En el mismo sentido, para el Derecho francés, establece el art. 375-2 del *Code civil* que “cuando sea posible, el menor debe ser mantenido en su medio actual”.

(85) Como indica la sentencia de la A.P. de Barcelona de 15 noviembre 1999, la resolución que se adopte debe pretender que los hijos resulten afectados de la menor manera posible por la separación de sus progenitores. En el mismo sentido se pronunció la sentencia de la A.P. de Guipúzcoa de 30 abril 1999.

c) La mayor disponibilidad de tiempo que pueda tener uno de los progenitores para atender al hijo en su cuidado personal y formación.

d) La existencia de enfermedades (perturbaciones psíquicas, alcoholismo, toxicomanía, etc.) o conductas delictivas por parte de uno de los progenitores (86), que desaconsejen confiarle el cuidado de los hijos.

e) La superior posición social y estabilidad económica de uno de los progenitores (87).

f) En definitiva, todo aquello que sirva para que el hijo alcance la madurez en las mejores condiciones posibles.

Entre estos criterios destaca el que deriva de la audiencia del propio hijo, a ser posible libre de coacciones e influencias externas. La voluntad del hijo alcanza mayor relevancia en la medida en que se acerca a la mayoría de edad o la edad en que puede conseguir la emancipación. En este sentido, declaró la sentencia del T.S. de 11 junio 1996 que, cuando el menor cumple catorce años, se coloca en el inicio de la pubertad, y ante un mayor grado de discernimiento y de enfoque autónomo en su toma de decisiones (88).

Suelen repetir los tribunales que la voluntad del hijo, al manifestar el deseo de vivir con uno de los progenitores, es un factor importante, pero no decisivo o excluyente de todos los demás factores que puedan confluír (89). Es trascendente que el hijo conviva con aquel progenitor

(86) Sin embargo, la sentencia de la A.P. de Orense de 20 marzo 2000 estimó que la conducta delictiva de la madre no suponía manipulación de los hijos o desprecio por su formación y hábitos, por lo que acordó restituir a aquélla la guarda y custodia que había quedado suspendida durante la estancia en prisión.

(87) Factor decisivo en el caso enjuiciado por la sentencia de la A.P. de Girona de 9 febrero 2000. Sin embargo, estamos de acuerdo con ZANÓN MASDEU (*ob. cit.*, p. 41), cuando afirma que el interés moral del hijo prevalece sobre el interés material, aunque puede darse un caso excepcional (*vgr.*, grave enfermedad) en que necesite más atenciones materiales.

(88) En análogo sentido, la sentencia de la A.P. de Almería de 9 marzo 1998 consideró que, llegada la adolescencia, dada la independencia y movilidad propia de dicha edad, el régimen debe volver a flexibilizarse atendiendo de manera muy especial a los deseos del hijo. Del mismo modo, la sentencia de la A.P. de Valladolid de 7 julio 1999 puso de relieve que la edad de quince años que tenía el hijo, superior a la que se requiere para realizar otros actos trascendentes como contraer matrimonio o consentir la adopción, justificaba que se diera especial relevancia a su opinión. En la misma dirección se decantan las sentencias de la A.P. de Murcia de 21 septiembre 1999 y de la A.P. de Córdoba de 26 junio 2000.

(89) Piensa RIVERO HERNÁNDEZ (*La guarda y custodia... cit.*, p. 73) que es al interés del hijo, como expresión de una personalidad e intereses, al que debe dispensarse particular atención y darle la oportuna relevancia, más que a la propia voluntad *per se*. Observa CARBONNIER (*ob. cit.*, p. 237) que el interés del hijo no se confunde con sus inclinaciones personales. Para BONNARD (*ob. cit.*, p. 57), la voluntad del menor es sólo un elemento subsidiario. El art. 286 del *Code civil* permite a los jueces tenerlo en cuenta, pero no les obliga a ello.

con el que se sienta más a gusto, pero aún tiene *más relevancia que el progenitor elegido garantiza mejor que el otro el desarrollo físico y mental del hijo* (90). Como contrapeso de esta última consideración, debe tenerse en cuenta que un hijo que no quiere vivir con el progenitor designado por el juez, además de sufrir y hacer padecer al que le cuida, puede llegar a crear problemas importantes a la hora del cumplimiento de la resolución judicial (91).

La moderna psicología es contraria a que se ponga al hijo en el gravísimo dilema de tener que elegir entre su padre o su madre, pues ello puede ser el origen de serios problemas futuros (92). Incluso hay juristas muy versados en sociología que sugieren que el primer movimiento de la ley debería ser descartar a los hijos del procedimiento, cualquiera que fuera su edad, dejándoles en la ignorancia de las circunstancias de la desunión (93). Bastante tienen los hijos con que sus padres se separen y quiebren su proyecto de vida sin culpa alguna por su parte, para que además, se les haga decidir, sin estar preparados, en una lucha que no es la suya.

En nuestra opinión, el juez no debería jamás preguntar directamente al hijo sobre su preferencia por el padre o la madre, por dos razones de peso muy considerable. La primera es que no debe hacer recaer sobre el hijo toda la responsabilidad de la decisión (94), pues eso le perjudica gravemente (95). La segunda es que ese hijo puede manifestar su opinión encontrándose altamente influenciado por el progenitor con el que está conviviendo en ese momento, que le habrá acompañado hasta la puerta del gabinete del psicólogo o el despacho

(90) Sentencia de la A.P. de Toledo de 17 septiembre 1998. Igualmente, sentencias de la A.P. de Madrid de 3 marzo 1998, de la A.P. de Baleares de 29 junio 1998, de la A.P. de Toledo de 11 noviembre 1999 y de la A.P. de Córdoba de 26 junio 2000.

(91) En el mismo sentido, cf. CARBONNIER, *ob. cit.*, p. 232.

(92) Para la sentencia de la A.P. de Barcelona de 2 abril 1998, el colocar al hijo en la tesitura de decidir a favor de un progenitor supone un nivel de exigencia que la psiquiatría infantil especializada califica de traumatismo psíquico de carácter muy grave.

(93) CARBONNIER, *ob. cit.*, p. 230.

(94) La sentencia de la A.P. de Valladolid de 7 julio 1999 expresó que el conflicto de lealtades es un caso típico y frecuente en los procesos de crisis matrimonial.

(95) Cf. CARBONNIER, *ob. cit.*, p. 230: "De hecho, los hijos son mezclados en el divorcio, y son a menudo las víctimas". Del mismo modo, escribe CARRETERO SÁNCHEZ, *ob. cit.*, p. 1020: "El hijo es la verdadera víctima de las separaciones y divorcios y por ello deber ser protegido por encima de todo". La sentencia de la A.P. de Guipúzcoa de 30 mayo 1998 se mostró partidaria de cortar de raíz la indeseable práctica de tratar de descargar en los menores la responsabilidad de que opten por vivir con su padre o con su madre. En parecidos términos se pronunció la sentencia de la A.P. de Barcelona de 3 mayo 1999.

del juez (96). Estas dos razones son tan poderosas, de una evidencia tan extrema, que hasta nos parece que se adoptan de mala fe las decisiones judiciales con base en esta "voluntad" del hijo (97). Está al alcance del ciudadano medio darse cuenta de que una declaración emitida en tales circunstancias, además de atentar contra la integridad moral del hijo, está claramente viciada y no debe practicarse y, mucho menos aún, ser tenida en cuenta por el juez (98).

La sentencia de la A.P. de Barcelona de 3 mayo 1999 declaró que los sentimientos de los menores son fluctuantes, tal como se desprende de las exploraciones judiciales. Tanto por su corta edad, como por su falta de experiencias vitales, tienen una personalidad todavía inmadura y fácilmente influenciada por circunstancias subjetivas externas y por impulsos egoístas de bienestar o comodidad a corto plazo.

En todos estos supuestos, que son la mayoría, el interés superior de los hijos menores e incapacitados *arrastra* consigo al interés del progenitor que ejerce la guarda y custodia, que sale patrimonialmente beneficiado con la medida. Todo ello se produce en *detrimento económico del progenitor no guardador* (99), que tendrá que buscar otro hogar en el que radicarse, muy probablemente en un entorno social más bajo,

(96) Es curioso lo sensibles que son algunos jueces con la influencia que tienen los padres con los hijos que conviven con ellos (auto de la A.P. de Barcelona de 8 septiembre 1998, sentencia de la A.P. de Barcelona de 3 mayo 1999 y de la A.P. de Toledo de 11 noviembre 1999) y no reprochan el mismo ascendiente a la madre, que es la guardadora en la mayoría de los casos.

(97) La sentencia del T.S. de 17 septiembre 1996 y el auto del T.S. de 3 mayo 2000 declararon que el juez debe *evitar siempre que el menor pueda ser manipulado*. Del mismo modo, opina ORTEGA LLORCA ("La protección de los hijos menores en el proceso matrimonial", RGD-1996, pp. 5023 ss.; en concreto, p. 5036) que "la audiencia debe practicarse con eliminación de todo formalismo y acomodo del juez a la personalidad y a las necesidades del menor, para que éste se manifieste con libertad y la experiencia vivida no le afecte negativamente". Lo que no expresan estas resoluciones y opiniones es la fórmula mágica por la que el juez puede conseguir lo que tan fácilmente puede escribirse.

(98) Opina RIVERO HERNÁNDEZ (*La guarda y custodia... cit.*, p. 71) que huelga casi decir que en la audiencia correspondiente deberá prestarse particular atención al grado de independencia y criterio propio con que pueda hablar el menor, y a la influencia que pueda acusar (a veces de forma muy sutil y disfrazada, o aún por conductos indirectos) de parte de alguno de sus progenitores o de terceros.

(99) La resolución de la D.G.R.N. de 10 noviembre 1995 hizo hincapié en que las disposiciones adicionales de la Ley de 7 julio 1981 sólo se referían a que el juez podía rechazar las medidas propuestas cuando perjudicaran a los hijos, aunque se añadió que la frase "gravemente perjudicial para uno de los cónyuges" mantiene pleno sentido aun cuando la aprobación judicial se contraiga a los acuerdos relativos a los hijos, "pues no cabe asegurar los intereses de los hijos con grave detrimento de sólo uno de los cónyuges", frase esta última que a muchos les parecerá un sarcasmo.

pues habrá de sufragar íntegramente los gastos de su nueva vida y una parte considerable o todos los gastos de su vida pretérita (100).

Estas consecuencias jurídicas patrimoniales, e incluso morales (101), se producen todos los días, en todos los juzgados de nuestro país. El interés superior del hijo, legítimo desde todo punto de vista, afecta muy desigualmente a sus progenitores, según se les atribuya o no la guarda y custodia. El interés del progenitor no guardador ha de quedar desplazado por el interés superior del hijo, pero *ese desplazamiento no debe ir ni una pulgada más allá de lo estrictamente necesario* (102). Sin embargo, mucho nos tememos que, en la práctica, no se observe esta consideración de justicia (103).

Aunque la ley emplea la palabra neutra "progenitor", no debe olvidarse un dato estadístico de enorme importancia. En casi el noventa por ciento de los casos, *es la madre la que tiene la guarda y custodia* de los hijos (104). En muchas ocasiones, los tribunales suelen manifestar que ambos progenitores están plenamente capacitados para atender a sus hijos menores, pero que, al igual que sucede con la solución salomó-

(100) Circunstancias que tuvieron en cuenta las sentencias de la A.P. de Castellón de 14 julio 1998 y de la A.P. de La Coruña de 19 febrero 1999 para rebajar la pensión alimenticia de los hijos de los alimentantes.

(101) Afirma CARRETERO SÁNCHEZ (*ob. cit.*, p. 1022) que "no se puede olvidar que la situación anímica del cónyuge visitante es mucho más débil".

(102) Escribe con toda claridad CARRETERO SÁNCHEZ, *ob. cit.*, p. 1020: "Nos encontramos una y otra vez ante la auténtica esencia del llamado derecho de visita: una limitación de un derecho individual de un progenitor".

(103) Precisamente por ser una excepción a la práctica que nos tememos, merece nuestro aplauso la sentencia de la A.P. de Barcelona de 2 abril 1998, que impuso a la madre la obligación de colaborar activamente para facilitar los desplazamientos del niño de Barcelona a Madrid, que, por otra parte, deberían ser organizados y pagados por el padre, incluyendo estos gastos dentro de los que atañen al menor, junto con los que éste genera cuando está en compañía de uno u otro progenitor.

(104) El dato lo hemos tomado de un artículo de Lourdes SEGADÉ, titulado "Ex padres", publicado en la revista Magazine, dominical de La Razón. En el reportaje de Asunción FERNÁNDEZ DE CASTILLEJO, publicado en el ABC Andalucía el 3 junio 2000, p. 58, se expresa: "En un 90 por ciento de los casos la guarda y custodia de los niños usuarios del piso la tienen sus madres, y sólo en un 10 por ciento de los casos los niños conviven habitualmente con el padre". También ofrece el dato de rondar el noventa por ciento GARCÍA PASTOR, *La situación jurídica... cit.*, p. 149. Lo mismo sucede en Francia (cf. CARBONNIER, *ob. cit.*, p. 231) y en Italia (cf. M.R. GRIMALDI, "Affidamento congiunto e alternato della prole tra psicologia e diritto", DFP-1989, pp. 301 ss., en concreto, p. 320; y DELL'ANTONIO, "Criteri per l'affidamento dei figli nelle separazioni giudiziali", DFP-1990, pp. 226 ss., en concreto, p. 236, que ofrece una estadística según la cual se concedió la custodia a la madre en un 86,96 % de los casos). También en el Reino Unido se concede la custodia a la madre en casi todos los casos (cf. ZAMBRANO, *ob. cit.*, p. 1395).

nica, es imposible que la guarda y custodia sea común (105), por lo que se atribuye a la madre, generalmente por razones de la corta edad de los pequeños (106) o por tener aquélla más tiempo disponible (107).

En algunas ocasiones se ha aludido por la defensa del padre la vulneración del principio constitucional de igualdad ante la ley (108), pues resulta discriminatorio que, teniendo parecidas aptitudes para desempeñar la función ambos progenitores (109), se prefiera casi siempre a la madre (110).

A nuestro juicio, la razón de que la corta edad de los hijos aconseja que se queden al cuidado de la madre no es otra cosa que la *resurrección de la antigua redacción del art. 159 del Cc.*, precepto derogado por la Ley de 15 octubre 1990, que concedía la guarda y custodia de los hijos menores de siete años a la madre, a falta de acuerdo entre los padres (111). Si el legislador consideró en su momento que ese criterio de atribución en favor de la madre iba contra el principio de igualdad, esa misma razón debe impedir que sea adoptado por un juez. Por otra parte, causa perplejidad que se decida que una madre tiene más cualidades que el padre para atender al hijo pequeño y que en la misma sentencia se concedan al padre largas temporadas de estancia con esos mismos hijos, precisamente en las etapas en que necesitan más cuidados directos, los fines de semanas alternos y la mitad de las vacacio-

(105) Sentencia de la A.P. de Castellón de 14 julio 1998.

(106) Sentencia de la A.P. de Orense de 3 mayo 1999.

(107) Elemento decisorio para las sentencias de la A.P. de Madrid de 3 marzo 1998, de la A.P. de Toledo de 17 septiembre 1998 y de la A.P. de Guipúzcoa de 14 diciembre 1998, 23 abril 1999, 20 mayo 1999 y 29 julio 1999.

(108) Así sucedió en los casos enjuiciados por las sentencias del T.S. de 23 junio 1994 y 22 mayo 1999, de la A.P. de Palencia de 1 julio 1998, de la A.P. de Barcelona de 3 mayo 1999 y de la A.P. de Toledo de 8 mayo 2000.

(109) Opinión contraria tenía GARCÍA GOYENA, *ob. cit.*, p. 53: "En caso de duda deberá ser preferido el padre, porque goza de hecho y de derecho de la patria potestad". En cuanto al precepto que contemplaba los efectos del divorcio (art. 82.III del Proyecto de 1851) y que disponía que "los hijos menores de tres años se mantendrán, hasta que cumplan esta edad, al cuidado de la madre, si el tribunal no dispusiere otra cosa", GARCÍA GOYENA lo justificaba porque "hasta esta edad se reputa ser el tiempo de la lactancia" (*ob. cit.*, p. 54).

(110) En Alemania, cuando los padres no están casados, la custodia de los hijos puede ser común si así lo declaran en forma fehaciente o si contraen matrimonio posteriormente; en los demás casos, la custodia corresponderá a la madre (§ 1626a del BGB). COESTER-WALTJEN ("Comentario a la reforma del Derecho de la infancia", en EIRANOVA ENCINAS, *Código civil alemán comentado*, Madrid, 1998, p. 400) piensa que semejante norma es, como mínimo, cuestionable desde el marco constitucional.

(111) Sobre este tema, véase LINACERO DE LA FUENTE, "Acerca de la posible inconstitucionalidad del artículo 159 del Código civil", RDP-1990, pp. 561 ss.

nes, lo cual demuestra con claridad lo poco consistente del argumento. Si un juez piensa seriamente que un hijo pequeño está mucho mejor atendido por la madre, lo coherente sería que estableciera un régimen de estancias muy corto de ese hijo con su padre, pues se presupone que éste no lo sabe atender bien, y ir ampliando el plazo de estancia a medida de que el hijo vaya creciendo.

El argumento del mayor tiempo disponible por parte de la madre tampoco tiene consistencia suficiente. Ciertamente, las estadísticas demuestran que la mujer suele dedicar más horas que el hombre a las tareas domésticas; pero también es cierto que muchos niños pasan fuera de su casa la mayor parte de las horas que no dedican al descanso, entre el colegio o la guardería, las actividades complementarias y las horas dedicadas al juego; y cuando están en su casa, pasan mucho tiempo en compañía de cuidadores, "canguros", asistentes o familiares. Tener la guarda y custodia del hijo no implica necesariamente la obligación de estar en su presencia a todas horas. Por lo tanto, que el hombre tenga menos tiempo disponible que la mujer para estar con su hijo tampoco debe ser un argumento decisivo para otorgar la guarda y custodia (112). Como indica la sentencia de la A.P. de Vizcaya de 2 julio 1998, "hoy en día son muchas las parejas en que ambos progenitores, sean o no cónyuges, trabajan y no pueden disponer de mucho tiempo para estar en compañía de los hijos, dejando su cuidado a terceras personas que no siempre son familiares y, sin embargo, nadie pone por ello en duda el ejercicio por dichos progenitores de las funciones propias a la guarda y custodia" (113).

Sólo en una minoría de casos se atribuye al padre la guarda y custodia de los hijos (114). Y es muy llamativo observar que, en estos supuestos tan poco frecuentes, no se impone a la madre el pago de

(112) GARCÍA PASTOR (*La situación jurídica... cit.*, p. 150) también considera discriminatorio decidir la cuestión utilizando el criterio de tener más tiempo para ocuparse del menor.

(113) Las sentencias de la A.P. de Castellón de 20 diciembre 1999 y de la A.P. de Badajoz de 18 mayo 2000 mantuvieron la guarda y custodia en favor del padre, a pesar de demostrarse que la madre disponía de mejor horario para atender a sus hijos.

(114) Como sucedió en los supuestos enjuiciados por las sentencias de la A.P. de Zamora de 9 julio 1998 y de la A.P. de Cuenca de 17 diciembre 1998, en los que se demostró que la madre tenía una incapacidad manifiesta para la educación de sus hijos. Por el contrario, la sentencia de la A.P. de Castellón de 20 septiembre 2000 no consideró que la neurosis depresiva que padecía la madre guardadora le incapacitara para el desempeño de las funciones inherentes a la guarda y custodia. La sentencia de la A.P. de Almería de 14 junio 1999 declaró que no era motivo para cambiar la titularidad de la guarda y custodia de las hijas el hecho de que la madre guardadora tuviera la creencia religiosa de los Testigos de Jehová.

pensión alimenticia (115) o ésta es prácticamente simbólica (116). Suele emplearse el pretexto de que la madre carece de ingresos para justificar la medida, pero, si eso fuera así, lo lógico sería imponerle un pago proporcional a los ingresos que obtenga, no la exención del cumplimiento de una obligación legal.

En muchas ocasiones, las pretensiones de los padres por conseguir la guarda y custodia aconsejan tener la prudencia de no reclamar el pago de una pensión alimenticia a la madre, para que ésta no se opongá férreamente (117), pero los jueces deben velar por garantizar al hijo la mejor situación posible y pueden acordar de oficio la imposición de la obligación legal de alimentos (118). Por esa razón, merece nuestro elogio la sentencia de la A.P. de Guipúzcoa de 29 julio 1999, que dio a la madre no guardadora un trato similar al que generalmente suele otorgarse a los padres que se encuentran en esa circunstancia.

IX. ATRIBUCIÓN DE LA GUARDA Y CUSTODIA POR LA LEY

En todos estos casos, no es preciso que el juez se pronuncie necesariamente sobre la atribución de la guarda y custodia, pues existe una situación de convivencia entre el progenitor y el hijo, en la que aquél está ejerciendo las facultades inherentes a esta institución.

En defecto o por ausencia, incapacidad o imposibilidad de uno de los padres, la ley concede directamente el ejercicio de la patria potestad y, por lo tanto, también la guarda y custodia comprendida en ella, al progenitor que no esté en esas situaciones y conviva con los hijos (art. 156.IV del Cc.) (119).

(115) Sentencias de la A.P. de Castellón de 12 febrero 1998 y 17 marzo 1999, de la A.P. de Baleares de 29 junio 1998, de la A.P. de Toledo de 17 septiembre 1998, de la A.P. de Guipúzcoa de 30 abril 1999, de la A.P. de Barcelona de 13 septiembre 1999 y de la A.P. de Girona de 9 febrero 2000.

(116) Sentencia de la A.P. de Barcelona de 2 junio 1998.

(117) Pone de relieve RIVERO HERNÁNDEZ (*La guarda y custodia... cit.*, p. 74) que "en no pocos casos, el precio del divorcio o de la separación por mutuo consentimiento va a ser la renuncia a la guarda de los hijos o ciertas limitaciones en el ejercicio de la patria potestad, o un régimen de visitas muy restrictivo, u otros pactos de semejante tenor".

(118) Sentencias de la A.P. de Toledo de 11 noviembre 1999 y de la A.P. de Cáceres de 1 febrero 2000.

(119) La sentencia del T.S. de 24 mayo 2000 declaró que en los dos últimos párrafos del art. 156 del Cc., casos de imposibilidad de ejercicio o cuando los padres viven separados, la patria potestad es ejercida por el progenitor con el que los menores convivan, ejercicio total de la patria potestad que *deja reducido a un mero rótulo la titularidad de la misma*.

Por su parte, el art. 156.V del Cc. establece: "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" (120).

Este párrafo es aplicable a situaciones de *separación de hecho* de los progenitores (121). En espera de que esta situación se canalice finalmente hacia la ruptura por vía judicial o la reanudación de la convivencia, la norma atribuye temporalmente la patria potestad al progenitor que convive con los hijos menores. Cuando los progenitores no estaban casados entre sí, la separación de hecho durante cierto tiempo pone fin a la pareja en aquellas regiones donde existe normativa aplicable sobre estas alternativas al matrimonio. En tales casos, como la filiación extramatrimonial surte los mismos efectos que la matrimonial (art. 108.II del Cc.), parece lógico que se aplique la misma solución que la prevista para la separación, judicial o de hecho, de los progenitores casados (122).

Esta situación transitoria prevista por el art. 156.V del Cc. puede estabilizarse a través de una declaración judicial, con lo que estaríamos en el supuesto estudiado en el epígrafe anterior. Expresa el art. 159 del Cc.: "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 oirá, antes de tomar esta medida, a los hijos que tuvieran suficiente juicio y, en todo caso, a los que fueran mayores de doce años" (123).

También es aplicable el art. 156.V del Cc. al progenitor que vive con su hijo extramatrimonial y nunca ha convivido con el otro progenitor. La titularidad de la patria potestad, por regla general, corresponde conjuntamente a ambos progenitores, si la filiación está deter-

(120) En el Derecho catalán, si los padres viven separados, pueden llegar a un acuerdo, formalizado en escritura pública, para conferir el ejercicio de la patria potestad a aquel que viva con los hijos, acordar que este ejercicio corresponda a ambos conjuntamente o la distribución de funciones entre ellos. En caso de desacuerdo, decide la autoridad judicial sobre el modo de ejercicio de la patria potestad (art. 139 del *Codi de família*).

(121) En el mismo sentido se pronuncia LÓPEZ LÓPEZ (*Matrimonio y divorcio. Comentarios al Título IV del Libro Primero del Código civil*, coordinado por Lacruz Berdejo, Madrid, 1994, p. 978).

(122) En parecidos términos, cf. BAYOD LÓPEZ, *ob. cit.*, p. 941.

(123) La sentencia de la A.P. de Palencia de 1 julio 1998 aplicó el art. 159 del Cc. a una ruptura de la convivencia de una pareja no casada.

minada respecto de ellos. Para la sentencia del T.S. de 17 junio 1995, “una vez que, por alguno de los medios legalmente establecidos, queda determinada la filiación, la patria potestad (salvo el supuesto excepcional al que se refiere el art. 111 del Cc., que no es el aquí contemplado) corresponde automáticamente, *ex lege*, al progenitor respecto del cual quedó determinada la filiación” (124). Sin embargo, en este supuesto, la guarda y custodia corresponde, también *ex lege* (art. 156.V del Cc.), al progenitor que tiene al hijo en su compañía (125), aunque el otro progenitor, cotitular de la patria potestad, podría solicitar por la vía del art. 159 del Cc. que el juez le atribuyera la guarda y custodia en caso de que consiguiera demostrar que ese cambio fuera beneficioso para el hijo.

Por el contrario, en los supuestos previstos en el art. 111.I del Cc. (sentencia penal condenatoria a causa de las relaciones a que obedezca la generación y oposición a la determinación judicial de la filiación), el progenitor afectado no tiene la patria potestad y, por lo tanto, no podría solicitar la guarda y custodia sobre el hijo. La sentencia del T.S. de 2 febrero 1999 denominó *exclusión* del ejercicio a esta vicisitud de la patria potestad, que se impone por ministerio de la ley, no por sentencia.

X. GUARDA Y CUSTODIA ALTERNA, COMPARTIDA Y CONJUNTA

En la mayoría de los casos, el progenitor no guardador tiene el derecho de estancia con los hijos menores durante determinadas épocas del año; más concretamente, los fines de semanas alternos y una parte de los períodos vacacionales de los hijos. En algunos casos, estos períodos suponen la cuarta parte e incluso la mitad del tiempo total (126).

(124) Es muy curioso que BAYOD LÓPEZ (*ob. cit.*, pp. 944 a 949) estudie la patria potestad en caso de que reconozca al hijo uno de los progenitores, de que no lo reconozca ninguno de los progenitores y en caso de adopción, pero no se refiera al caso en que reconozcan ambos progenitores, que es el más difícil de solucionar, dada la letra de los arts. 156.V y 159 del Cc.

(125) Para la sentencia de la A.P. de Barcelona, de 2 abril 1998, “el ejercicio conjunto de la patria potestad que establece el art. 156 del Cc. no puede ser mantenido en la práctica, en lo que se refiere al deber/derecho de mantenerse en la compañía del niño, tras la separación matrimonial de los progenitores”.

(126) Un progenitor puede tener consigo a sus hijos la mitad de las vacaciones (cincuenta días al año) y veinte fines de semana (cuarenta días al año), lo que hace un total de noventa días, la cuarta parte del año.

Cuando existe convenio regulador de la nulidad, separación o divorcio, puede prever un régimen de estancia de los hijos con el progenitor no guardador (127). El art. 90.I.A del Cc. obliga a regular “la determinación de la persona a cuyo cuidado hayan de quedar los hijos sujetos a la patria potestad de ambos, el ejercicio de ésta y el régimen de visitas, comunicación y estancia de los hijos con el progenitor *que no viva con ellos*”. Esta última expresión, análoga a la empleada en el art. 76.a del *Codi de família*, es poco afortunada, pues el progenitor que tenga una estancia con sus hijos *convive con ellos* durante la duración de la misma. Hubiera sido preferible que el Código civil indicase “que no viva habitualmente con ellos”.

En caso de que no exista convenio y el procedimiento se haya seguido por vía contenciosa, podrá el juez conceder al progenitor no guardador un régimen de estancia con sus hijos menores, en los términos que se establezcan en la resolución judicial (128). “Las *medidas judiciales sobre el cuidado y educación* de los hijos serán adoptadas en beneficio de ellos, tras oírles si tuvieran suficiente juicio y siempre a los mayores de doce años” (art. 92.II del Cc.). “El juez, de oficio o a petición de los interesados, podrá recabar el dictamen de especialistas” (art. 92.V del Cc.). Del mismo modo, en las medidas provisionales por demanda de nulidad, separación o divorcio, el juez determinará el tiempo, modo y lugar en que el cónyuge apartado de los hijos podrá comunicar con ellos y *tenerlos en su compañía* (art. 103.1ª del Cc.).

Cuando los hijos son extramatrimoniales, no habrá posibilidad de regular el régimen de estancia como una de las medidas derivadas del procedimiento de nulidad, separación o divorcio, pero no existen obstáculos legales para que, a través del acuerdo entre los progenitores o, a falta de tal acuerdo, por medio de resolución judicial, el progenitor no guardador podrá disfrutar de un régimen de estancia con sus hijos menores o incapacitados. El art. 160.I del Cc. concede al padre y a la madre, aunque no ejerzan la patria potestad, el derecho de relacionarse con sus hijos menores, excepto con los adoptados por otro o conforme a lo dispuesto en resolución judicial. Y, por su parte, el art. 160.III del Cc. faculta al juez para decidir sobre la materialización de este derecho, en caso de oposición por parte del progenitor guardador.

(127) Esa misma conclusión obtiene CARBONNIER (*ob. cit.*, pp. 237 y 238) para el Derecho francés.

(128) Del mismo modo lo puede hacer el juez en el Derecho francés, en cuyo caso, el interés del hijo quedará asegurado por hipótesis, como afirma CARBONNIER, *ob. cit.*, p. 237.

En todos estos casos, se origina una situación de *guarda y custodia alterna* (129), pues las funciones de cuidado, educación y formación integral corresponden al progenitor que no tiene la custodia habitual (130), mientras perdure la estancia de los hijos con él (131). Como en la mayoría de los casos los períodos de estancia coincidirán con los fines de semanas o las vacaciones de los hijos, la modalidad de ocupaciones será distinta a la que habrá de observarse en tiempo de asistencia al colegio (132). La sentencia del T.S. de 11 octubre 1990 se mostró partidaria de flexibilizar el concepto de guarda empleado en el art. 1903.II del Cc., pues en el caso enjuiciado se demostró que el menor que causó el daño estaba temporalmente bajo la custodia de su padre, razón por la cual éste debería responder también por el daño causado.

En los casos en que los períodos alternos de convivencia con uno u otro progenitor sean cuantitativamente similares, suele hablarse de *guarda y custodia compartida*. Esta modalidad de guarda no está expresamente prevista en nuestro Código civil (133), pero tampoco prohibida, razón por la cual es perfectamente viable, ya que nuestra Constitución propende a la permisividad, con todo su régimen de derechos y libertades.

(129) Según M.R. GRIMALDI (*ob. cit.*, p. 303), la custodia alternada es aquella en la que el menor viene guardado alternativamente y por períodos prefijados por cada uno de los progenitores que, por ese período, ejercita exclusiva e independientemente del otro la potestad paterna. Para CANOVA y GRASSO ("*Ancora sull'affidamento congiunto od alternato: interesse del minore o finzione giuridica?*", DFP-1991, pp. 723 ss., en concreto, p. 728), en la custodia alternada, cada progenitor alternativamente cuida y gestiona de modo independiente entre sí las relaciones con la prole.

(130) Del mismo modo opina ZANÓN MASDEU, *ob. cit.*, p. 71.

(131) En parecidos términos, para la regulación francesa anterior a la reforma de 1987, expresaba CARBONNIER (*ob. cit.*, p. 232) que "el derecho de guarda queda como desmembrado en el tiempo por los derechos de visita y estancia".

(132) Pone de relieve GARCÍA PASTOR (*La situación jurídica... cit.*, p. 97) que la relación que se instaura con el padre, habitualmente limitada a los fines de semana, se ve inevitablemente afectada por los rasgos de superficialidad y convencionalismo, provocando un cuadro típico que ha sido gráficamente bautizado por los psicólogos americanos como "síndrome de Disneylandia".

(133) En Italia, el art. 11 de la Ley de 6 marzo 1987 permite que el tribunal pueda disponer la custodia conjunta o alternada, pero CANOVA y GRASSO (*ob. cit.*, pp. 727 y 728) ponen de relieve la tendencia anterior contraria a esta figura por parte de la *Corte de cassazione* (sentencia de 22 junio 1980) y la doctrina (PAJARDI y MENGONI), que era poco estudiada y aún menos utilizada. Explica GARCÍA PASTOR (*ob. cit.*, p. 98) que, en Francia, la guarda alternada fue aceptada por algunos tribunales y rechazada por otros; que la doctrina y la *Cour de Cassation* (sentencias de 2 mayo 1984 y 20 noviembre 1985) se mostraron en contra; y que esa misma posición fue recogida por la Ley de 22 julio 1987, que substituyó el concepto de guarda por el de ejercicio de la autoridad parental.

La jurisprudencia menor no se muestra partidaria de la adopción de la guarda y custodia compartida (134) y, aunque no se prohíbe esta figura, se subraya que en la mente del legislador no estuvo la concesión de esta modalidad, sin duda ante la problemática que probablemente suscitaría en una situación de crisis matrimonial (135).

De todos modos, la posibilidad de acordar una guarda y custodia alterna está claramente admitida en el Código civil, que contempla la concesión de un régimen de guarda y custodia a cargo de uno de los progenitores, compatible con la estancia de los hijos comunes con el otro progenitor. En la medida en que los períodos de convivencia con uno y otro se aproximen estaremos hablando de guarda y custodia compartida (136).

Precisamente sobre esta interesante cuestión ha tenido oportunidad de pronunciarse recientemente nuestro Tribunal Constitucional. La sentencia del T.C. 4/2001, de 15 enero 2001, desestimó el recurso de amparo formulado por la madre del menor contra la sentencia de la A.P. de Valencia de 1 septiembre 1997, que decretó la guarda y custodia compartida por ambos progenitores, de forma que el menor "habitará con cada uno de sus progenitores en meses alternos". La madre había solicitado en la primera instancia la guarda y custodia exclusiva y el padre había pedido que ésta fuera compartida. El juez concedió a la madre la guarda y custodia solicitada y estableció un régimen de visitas para el padre, que impugnó la sentencia únicamente en lo referente a la cuantía de la pensión alimenticia y al contenido del régimen de visitas, cuya ampliación solicitó.

La sentencia de la Audiencia Provincial, recurrida en amparo, declaraba probado que ambos progenitores se encontraban en una

(134) La sentencia de la A.T. de Bilbao de 23 abril 1985 consideró que la guarda y custodia alternativa, por años, por parte del padre y de la madre, "vendría a representar un continuo cambio no sólo respecto al ámbito familiar, sino también en sus hábitos, costumbres, relaciones sociales, etc., con repercusiones en su formación integral". La sentencia de la A.P. de Barcelona de 2 junio 1998 consideró que era una forma encubierta de guarda compartida establecer períodos semanales de estancia, de lunes a miércoles, de jueves a domingo, con la madre y el padre respectivamente, y si bien sustituyó este régimen por otro más normalizado de estancia en fines de semana alternos y mitad de las vacaciones, no negó su viabilidad.

(135) Así se pronunció la sentencia de la A.P. de Palencia de 10 febrero 1999.

(136) Reconoce RIVERO HERNÁNDEZ (*La guarda y custodia... cit.*, p. 81) que a veces, aunque con notable excepcionalidad, ha habido lugar a una distribución temporal de los hijos, de forma que pasan cierto tiempo con uno de los progenitores y luego con el otro, por turno: en el caso que conoció la sentencia de la A.T. de Granada de 17 junio 1985, se consideró prudente y menos perjudicial para todos que los hijos convivieran con el padre durante los períodos de escolaridad, en beneficio de su educación y estudios, y con la madre en los de vacaciones.

situación laboral inestable y entendió que el mejor modo de que el menor tuviera cubiertas sus prioritarias necesidades y pudiera tener un buen desarrollo personal y social era fijar una guarda y custodia compartida, con supresión de la pensión de alimentos fijada a cargo del apelante. La Audiencia Provincial de Valencia manifestó que no se conculcaba el principio de congruencia, puesto que su decisión venía justificada por el interés público y fundamentalmente por el del menor, de forma que el niño "sienta que tanto la casa de su padre como la de su madre son su propia casa, y que cada uno de sus progenitores interviene en todos y cada uno de los momentos de su vida".

Para el Tribunal Constitucional, este razonamiento puede ser discutido, pero tal disensión no justifica la demanda de amparo. Se declaró que la sentencia recurrida era congruente porque, en los procesos matrimoniales, la ley atribuye al juez potestades de tutela relacionadas con determinados efectos de la crisis matrimonial que han de ejercitarse *en defecto e, incluso, en lugar de las propuestas por los litigantes*. Esto es lo que hizo la Audiencia Provincial, ante la pretensión del padre de aumentar el régimen de visitas en su recurso de apelación, pero sin olvidar que este progenitor ya había solicitado en primera instancia la guarda y custodia compartida.

La guarda y custodia compartida es el régimen más equitativo desde el punto de vista de los progenitores, e incluso la recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa de 4 febrero 1986 propuso a todos los países miembros la adopción de esta fórmula, que posibilitaba que los hijos pudieran continuar disfrutando del clima pedagógico paterno y materno, y con lo mejor de cada uno de sus progenitores.

Sin embargo, en nuestra opinión, esta modalidad es un régimen que *sólo puede ser eficaz durante una primera etapa en la vida* de un niño, hasta el comienzo de la enseñanza primaria aproximadamente, en la que el protagonismo de los padres es casi total.

Pasada la primera parte de la infancia, a partir del momento en que el niño comienza a tener amigos, en virtud de relaciones nacidas en el colegio o en el entorno residencial en el que habita, empieza a ser para aquél un trastorno importante el tener que suspender ese modo de vida para irse a vivir una larga temporada con el otro progenitor (137). La sentencia de la A.P. de Girona de 9 febrero puso de relieve

(137) Mucho sentido común desprende la sentencia de la A.P. de Guipúzcoa de 30 mayo 1998, partidaria de no complicar la vida del hijo de once años: "cuando sale del colegio bien juega con sus amigos, o hace sus deberes o tiene actividades extraescolares

que la guarda y custodia compartida de dos hijos, de nueve y once años de edad respectivamente, provocó en los menores una situación de confusión y desorden que hasta ellos mismos reprobaron, lo que inclinó al tribunal a establecer una guarda y custodia individual, que otorga a los hijos un referente tranquilizador y una identificación del hogar familiar (138).

Esa situación de guarda y custodia compartida será intolerable una vez que el hijo alcance la edad de la adolescencia, período en el que el menor concede un valor enorme a las amistades, localizadas en un entorno geográfico concreto, lo que produce el rechazo de cualquier medida que perjudique esas relaciones, que se consideran imprescindibles en esa etapa de la vida (139). Incluso en el caso de que el adolescente tenga libertad para residir con uno u otro de sus progenitores, es

y todo ello tiene mal encaje con la posibilidad nada precisa contenida en la sentencia en el sentido de que "el padre podrá relacionarse con su hijo entre semana". Por eso, a la postre, resulta "más operativo el que el progenitor se vuelque realmente los fines de semana que esté en compañía de su hijo y le deje durante la misma crecer y desarrollarse con la mayor normalidad". En el mismo sentido, por resultar demasiado complicado para los hijos, la sentencia de la A.P. de Badajoz de 19 abril 1999 rechazó un sistema de guarda en el que los hijos pernoctarían con el padre, la madre los recogería del colegio por la tarde, teniéndolos en su compañía hasta la noche, porque movilizaba excesivamente a los hijos, impidiéndoles la permanencia estable en su hogar y alteraba cualquier plan de estudios o actividades extraescolares.

(138) Recogiendo el sentir de la doctrina francesa e italiana, GARCÍA PASTOR (*ob. cit.*, pp. 98 y 99) considera que la guarda alternada es siempre contraria al interés del menor, porque no satisface una de las principales necesidades del niño, que es la estabilidad. CANOVA y GRASSO (*ob. cit.*, pp. 731 y 732) señalan que la edad del hijo debe ser una edad -no cuantificada por el legislador- que le consienta realizar efectivamente la custodia en su propio interés, que implica, en los casos de la custodia alternada, la discontinuidad educativa de las figuras parentales.

(139) En el supuesto enjuiciado por la sentencia de la A.P. de Toledo de 11 noviembre 1999, la hija, que tenía catorce años, mostró su preferencia por vivir con su padre, alegando como único motivo que éste confía más en ella y le da más libertad, mientras que la madre no la deja salir apenas con sus amigas. En el caso resuelto por la sentencia de la A.P. de Castellón de 20 abril 2000, se mantuvo la guarda y custodia del padre sobre la hija de once años, que había manifestado no querer irse a vivir con su madre en Alemania y prefería quedarse con su padre, "pues es aquí donde tiene sus amigos". En el Derecho italiano, piensa M.R. GRIMALDI (*ob. cit.*, p. 304) que el crecimiento del niño, resultado de sucesivos reequilibrios entre individualización y reaceramiento, puede estar seriamente comprometido por la inestabilidad derivada de la alternancia, que puede culminar en una patología esquizofrénica; de ahí que las estadísticas indiquen que casi siempre se establece una custodia exclusiva del hijo a cargo de la madre, en neta prevalencia, y, a veces, a cargo del padre. Claramente en contra de la custodia alternada se mostró la sentencia del Tribunal de Napoli de 22 diciembre 1995.

probable que utilice esa facultad como arma de coacción frente al progenitor que le deniegue alguna petición (140).

Aunque existe cierto confusiónismo terminológico (141), distinta de la guarda y custodia alterna o compartida es la guarda y custodia *común o conjunta*, que es la ejercida simultáneamente por los progenitores, que mantienen por ese motivo una *idéntica relación* con el hijo (142).

Este modelo de la guarda y custodia conjunta se quiere imponer en algunos países próximos al nuestro, por estimarse que se trata del más beneficioso para el interés del hijo y que sólo requiere para llevarse a cabo con éxito que los padres tengan un espíritu de concordia (143). La figura está inspirada claramente en la práctica judicial de algunos Estados norteamericanos, que han convertido en regla general la custodia conjunta (*Joint custody*) y en excepción la custodia individual (144).

A nuestro juicio, esta modalidad sólo resulta viable en caso de que convivan los padres, en lo que hemos denominado situación normal de convivencia. En todos los demás supuestos, no será operativa (145), pues la figura que estamos estudiando requiere la convivencia entre guardador y guardado, y siempre faltará esa relación con alguno de los progenitores (146). Y, por otra parte, no deja de ser ilusorio que se piense que la concordia de los progenitores es la base de esta modalidad de guarda y custodia. Si los padres tuvieran entre ellos ese espíritu abierto y propenso al buen entendimiento, lo más probable es que vivieran juntos y no cupiera discutir sobre modalidades de guarda.

(140) Cf. GARCÍA PASTOR, *La situación jurídica... cit.*, p. 99: "se corre el riesgo de que el adolescente no aprenda a tolerar las frustraciones, cambiando de residencia ante cualquier contrariedad".

(141) La sentencia de la A.P. de Palencia de 10 febrero 1999 se refiere a la guarda y custodia compartida cuando, en realidad, se está refiriendo a la conjunta.

(142) Para M.R. GRIMALDI (*ob. cit.*, p. 306), la custodia conjunta significa que los hijos mantienen la misma relación con ambos progenitores, pero esta definición se ve posteriormente contradicha, pues esta autora distingue entre la custodia conjunta con residencia privilegiada (con el progenitor más adaptado) y la custodia conjunta con residencia alternada, siendo el primero de estos supuestos un claro ejemplo de relaciones diferentes. También piensan CANOVA y GRASSO (*ob. cit.*, p. 728) que la custodia conjunta supone una idéntica relación del menor con cada uno de los progenitores.

(143) Ésa es la finalidad perseguida por la Ley francesa de 8 enero 1993, que trató de instaurar un sistema de guarda conjunta en los casos de separación y divorcio.

(144) Así, por ejemplo, en los casos *Beck v. Beck y Lord v. Lord*. Cf. ZAMBRANO, *ob. cit.*, p. 1397, n. 31.

(145) Del mismo modo, para el Derecho italiano, piensan CANOVA y GRASSO (*ob. cit.*, p. 740) que la custodia conjunta es a veces superflua y las demás veces ilusoria.

(146) En este sentido se pronuncian también GARCÍA PASTOR (*La situación jurídica... cit.*, p. 100), las sentencias de la A.P. de Castellón de 14 julio 1998 y de la A.P. de Cáceres de 1 febrero 2000.

Resulta más realista suponer que las relaciones entre los progenitores separados no son precisamente de concordia, lo que dará lugar frecuentemente a la adopción de directrices educativas contradictorias y, por lo tanto, perjudiciales para los hijos (147).

Tan importantes objeciones nos llevan a concluir que, cuando se hable de guarda y custodia conjunta, más bien se estará tratando de una patria potestad conjunta que se escinde en una guarda y custodia a cargo del progenitor conviviente y unos restos de patria potestad a cargo del progenitor no conviviente (148), que en algunos casos, cuando los restos se concretan en un derecho de estancia con los hijos, llegará a configurar una guarda y custodia alterna o compartida, según la duración de los periodos. El problema quedaría reducido a emplear modos distintos de referirse a la misma cosa.

XI. INCUMPLIMIENTOS EN EL DESEMPEÑO DE LA GUARDA Y CUSTODIA Y SUS POSIBLES SANCIONES

Puede suceder que el progenitor guardador no responda a las expectativas generadas, que fueron tenidas en cuenta para atribuirle la guarda y custodia, y *no dedique a sus hijos la atención requerida*. También puede ocurrir que *hayan cambiado sustancialmente las circunstancias* que se contemplaron en el momento de la atribución, como sucede, por ejemplo, cuando se produce una mutación importante en

(147) La sentencia de la A.P. de Valencia de 2 marzo 1991 apreció la inseguridad e inestabilidad que se deriva para el menor, obligado a seguir decisiones temporalmente coincidentes y previsiblemente contradictorias.

(148) Más realista es el Derecho inglés, donde la *Children Act* de 1989 no concibe el ejercicio conjunto de la custodia, término superado por el de custodia actual (*actual custody*), que se refiere al control de los aspectos físicos del menor. Sobre este tema, cf. ZAMBRANO, *ob. cit.*, pp. 1393 a 1396. En Alemania, el § 1671 del BGB prevé que, en caso de separación definitiva de los progenitores que tuvieran la custodia conjunta, uno de ellos pueda solicitar que el tribunal familiar le ceda la custodia paterna o una parte de la misma a título unilateral. La solicitud será atendida si el otro progenitor lo consiente, salvo que se oponga a la misma el hijo que haya cumplido los catorce años, y siempre que la medida se estime beneficiosa para el menor. De ello podemos inferir que, en caso de separación definitiva, la custodia paterna (semejante a nuestra patria potestad) puede ser conjunta o unilateral, y, en el primero de los casos, puede ejercerse individualmente la llamada custodia personal (semejante a nuestra guarda y custodia), pero también cabe la custodia personal conjunta, en caso de que no se solicite o no prospere la petición de custodia personal individual. De todos modos, aunque la custodia paterna sea conjunta, el padre con quien habitualmente resida el hijo estará facultado para tomar por sí solo las decisiones relativas a los asuntos cotidianos (§ 1687.1 del BGB).

el modo de vida de los hijos, como, por ejemplo, por traslado de la residencia al extranjero, introducción en el hogar de un nuevo cónyuge o conviviente con el que los hijos tienen malas y perjudiciales relaciones (149), grave enfermedad del guardador que le imposibilita el correcto ejercicio de su función, etc. En todos estos casos, cabe la posibilidad de que el progenitor no guardador solicite al juez la modificación del régimen de guarda y custodia, y consiga que se le atribuya, después de haber demostrado que puede *ofrecer una situación mejor para los hijos* (150).

También puede suceder que, aunque no se haya producido una grave alteración de las circunstancias o un error sobre aquellas que se tuvieron en cuenta a la hora de atribuir la guarda y custodia, el guardador la ejerce con incumplimiento grave o reiterado de los deberes impuestos por la resolución judicial o la ley para con el otro progenitor.

No cabe duda de que, en las difíciles relaciones entre los progenitores, surgirán numerosos motivos de disputa. Esa esencial diferencia que existió en algún momento histórico, y que originó en su día la desunión, renacerá con más o menos frecuencia, como es lógico.

Para los incumplimientos de una y otra parte, existe un nuevo precepto aplicable, el art. 776.3ª de la LEC, que establece: "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". Aunque aplaudamos el nacimiento de este precepto, a la misma solución se podía llegar con anterioridad, ya que todos los deberes y facultades de los padres son susceptibles de ser controlados por la autoridad judicial cuando, por cualquier medio, tenga conocimiento de posibles perjuicios que puedan estar ocasionándose a menores o incapacitados. El art. 158.3º del Cc. permite que el juez, de oficio, o a instancia del propio hijo, de cualquier pariente o del ministerio fiscal, dicte las disposiciones que considere oportunas, a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios. Todas estas medidas podrán adoptarse dentro

(149) Piensa acertadamente RIVERO HERNÁNDEZ (*La guarda y custodia... cit.*, p. 85) que el solo hecho de que el guardador pase a convivir con persona del otro sexo, casándose o no, es un acto lícito y libre de la persona, que nadie puede prohibir ni mediatizar, ni penalizar con la pérdida de la guarda de los hijos. Sí pudiera serlo, en cambio, el hecho de que la aparición de esa persona en la vida del guardador puede tener influencia negativa para el hijo. Obsérvese que este autor no se pronuncia sobre el caso en que la convivencia sea con persona del mismo sexo, cuestión que, a nuestro juicio, no ha de originar una respuesta distinta.

(150) Por no haberse acreditado esas circunstancias, se desestimaron las peticiones en las sentencias de la A.P. de León de 7 mayo 1998 y de la A.P. de Vizcaya de 23 junio 1998.

de cualquier proceso civil o penal o bien en un procedimiento de jurisdicción voluntaria (art. 158 *in fine* del Cc.).

En lo que respecta al incumplimiento por parte del guardador, la *modificación* del régimen de guarda no originará, en la mayoría de los casos, la sanción consistente en la *privación* de la guarda y custodia (151). Como indican los tribunales, en esta materia no se trata de premiar o castigar al progenitor por su conducta (152). Es el superior interés del hijo el que decide con cuál de los progenitores habrá de vivir y lo más probable es que el juez, una vez que conozca los hechos y que el progenitor no guardador no puede *ofrecer una situación mejor para los hijos*, decida mantener la guarda y custodia y con ello la estabilidad emocional y social del hijo (153). No se olvide que el art. 158.2º del Cc. faculta al juez para que, de oficio, o a instancia del propio hijo, de cualquier pariente o del ministerio fiscal, dicte las disposiciones apropiadas a fin de evitar a los hijos perturbaciones dañosas en los casos de cambio de titular de la potestad de guarda.

Lo mismo sucederá cuando el que incumple los deberes de visita, comunicación y estancia es el progenitor no guardador, cuando, por ejemplo, no recoge o devuelve a sus hijos en el momento fijado. Como regla general, no deberá privarse al progenitor de sus derechos, a pesar de haber incumplido el régimen de visitas, pues el interés superior del hijo aconseja que se relacione con ambos progenitores, también con el no guardador (154). Sólo cuando existan verdaderamente unas circunstancias que desaconsejen que los hijos se relacionen con sus progenitores (vgr., los deja sistemáticamente en manos de terceras personas, les inflige malos tratos, etc.) podrá suspenderse ese régimen de visitas, en bien del menor (155).

(151) Solución que propone CARRETERO SÁNCHEZ (*ob. cit.*, p. 1024), aunque *de lege ferenda*, para el caso de que el progenitor guardador incumpliere dos o más veces su obligación de respetar el derecho de visita del otro progenitor.

(152) Sentencia de la A.P. de Vizcaya de 2 julio 1998.

(153) Del mismo modo, piensa GARCÍA PASTOR (*La situación jurídica... cit.*, p. 153) que es preciso que la situación que nazca de la modificación de las medidas no sea más perjudicial para el menor que la situación existente.

(154) Señala acertadamente GARCÍA PASTOR (*El derecho de visita... cit.*, p. 766) que “no corresponde al juez encargado de establecer un derecho de visita juzgar sobre la conveniencia para el menor de ser educado absolutamente apartado de uno de sus progenitores: ese juicio ya lo ha realizado el legislador, y su conclusión es que para todo niño es conveniente la relación con sus dos progenitores”.

(155) En el mismo sentido se pronuncia CARRETERO SÁNCHEZ, *ob. cit.*, p. 1021. La sentencia de la A.P. de Castellón de 26 junio 2000 restringió el régimen de visitas a los hijos, ante la recaída en el alcoholismo del progenitor no conviviente.

Cuando el progenitor no guardador incumpla sus obligaciones, el guardador deberá notificar los posibles incumplimientos al juez, para que, después de conceder una audiencia al otro progenitor, decida en consecuencia (156). Eso es lo que ordena la ley y lo que se debe hacer.

Lo que no puede hacer el guardador será *denegar esos derechos por su cuenta*, tomándose la justicia por su mano, como frecuentemente sucede en la práctica, convirtiéndose en juez sin haber ganado la correspondiente oposición. Bajo ningún concepto, ni por impago de las pensiones alimenticias, ni por incumplimiento del régimen de visitas, puede el guardador suspender o limitar unilateralmente los derechos-deberes del otro progenitor (157).

Pero aún existen supuestos más graves que los que estamos describiendo (158). Es posible que el progenitor no guardador cumpla fiel, habitual y completamente sus obligaciones para con sus hijos, y que, a pesar de todo, el guardador le impida ejercitar los derechos de visita, comunicación y estancia, e incluso el de vigilancia, cuando no le comunica los acontecimientos más importantes de la vida del hijo. Esa injusta situación motiva el nacimiento de muchos litigios a instancias de los progenitores no guardadores (159).

En muchos casos, se trata de hacer de los hijos el *instrumento de castigo* a su antigua pareja, a causa de haber rehecho su vida, contrayendo un nuevo matrimonio o iniciando una convivencia *more uxorio*. Olvidando frecuentemente cuál es el interés protegible, los guardadores convierten entonces a los hijos en *proyectiles humanos*, que también se

(156) Sobre este tema, cf. PALACIOS GONZÁLEZ, "Limitación y suspensión del régimen de visitas por incumplimiento de las obligaciones alimenticias", La Ley-1992.1, pp. 942 ss.

(157) Del mismo modo, CARRETERO SÁNCHEZ (*ob. cit.*, p. 1023) rechaza tajantemente que el cónyuge titular de la custodia condicione el ejercicio del derecho de visita al pago de la pensión económica.

(158) Para CARRETERO SÁNCHEZ (*ob. cit.*, p. 1023), cuando el cónyuge visitante contribuye al sostenimiento de la familia y se le priva o dificulta el derecho de visita, "la injusticia es sangrante".

(159) Escribe CARRETERO SÁNCHEZ, *ob. cit.*, pp. 1022 y 1023: "La estadística judicial muestra que son muy numerosas las denuncias reiteradas por el incumplimiento del derecho de visita que se ventilan en un simple juicio de faltas". Para este autor, el supuesto encaja con mucha dificultad en la falta tipificada en el entonces vigente art. 570.1 del Código penal. Como expresó la sentencia de la A.P. de Barcelona de 5 enero 1998, "la solicitud de atribución de la guarda de las hijas no puede ser considerada sino como un instrumento dialéctico de profundización de la ruptura conyugal, y como una reacción a las trabas en el cumplimiento del régimen de visitas por parte de la demandada".

destruyen al destrozarse el objetivo (160). En otras ocasiones, es el guardador el que contrae matrimonio o inicia una relación convivencial con una nueva pareja, que se convierte en el progenitor "sustituto" de los hijos, aunque, por supuesto, sin asumir las obligaciones de mantenimiento, por lo que el verdadero progenitor no conviviente resulta molesto y se prescinde de él, lisa y llanamente (161).

Naturalmente, el guardador se guardará de manifestar fehacientemente los ruines motivos que le llevan a impedir el ejercicio de los derechos del otro progenitor (162). En numerosas ocasiones, el guardador aducirá que no impide esas relaciones, sino que *son los hijos menores los que no desean relacionarse* con el otro progenitor (163), y como el interés de estos hijos es preferente, deberá atenderse a sus deseos, sobre todos si se encuentran en la etapa de la adolescencia (164). Algunas bien intencionadas, y acaso ingenuas, opiniones doctrinales han dado esta importantísima pista a los guardadores que actúan de mala fe (165). En aras del bien del hijo, disfraz bajo el que se ocultan las

(160) Refiriéndose al derecho de visita, escribe CARRETERO SÁNCHEZ, *ob. cit.*, p. 1025: "muchas veces sirve para que los cónyuges cuyo matrimonio se ha roto transmitan su mutuo rencor a los hijos menores a quienes utilizan como arma arrojadiza contra el cónyuge contrario, de manera que quienes son verdaderamente las víctimas de su fracaso sufren todavía más las consecuencias del mismo como si fueran una mercancía de intercambio, con los consiguientes graves traumas que pueden hacerse irreversibles al llegar a la madurez".

(161) Caso resuelto por la sentencia del T.S. de 10 febrero 1999.

(162) Según CARRETERO SÁNCHEZ (*ob. cit.*, p. 1021), "tampoco puede permitirse que la comunicación y convivencia que precisa el necesario y normal desarrollo de las visitas sea entorpecido con excusas ficticias y comportamientos egoístas por parte del cónyuge que ostenta la custodia".

(163) Escribe CARRETERO SÁNCHEZ, *ob. cit.*, p. 1023: "En otras ocasiones se perturba el ejercicio del derecho de visita de una forma mucho más sutil y difícil de perseguir legalmente. Se influye negativamente en los hijos más pequeños para que éstos vean al progenitor visitante como un extraño y no quieran ir con él. La psicología enseña la enorme influencia que pueden tener los padres en los hijos menores".

(164) Para el Derecho francés, pone de relieve BONNARD (*ob. cit.*, p. 58) que los deseos de los menores próximos a la mayoría de edad son legítimamente considerados conformes a su interés, y los jueces reconocen que es imposible abligar a los hijos de esta edad a someterse a un derecho de guarda o de visita.

(165) Así, ORTEGA LLORCA (*ob. cit.*, p. 5034) piensa que "no deben los hijos ser obligados, contra su voluntad, a someterse a un régimen rigorista de convivencia con cualquiera de sus progenitores, porque ello produciría efectos contrarios a los pretendidos por la Ley"; y continúa: "Si verdaderamente se pretende obtener un mejor grado de compenetración y mejora en las relaciones afectivas, debe otorgarse más libertad a los hijos para que opten voluntariamente, con la mayor naturalidad posible, por los momentos y ocasiones en que deseen estar con uno u otro de sus progenitores, sin forzarlos nunca a cumplir un régimen rigorista y preestablecido".

aviesas intenciones del guardador, se desplaza todo el peso del problema hacia los menores e innecesariamente se les fuerza a comparecer en el juzgado, siguiendo el dictado del guardador, para manifestar sus críticas y reparos a la conducta del progenitor no conviviente (166).

Esto fue lo que pasó en el caso resuelto por la sentencia de la A.P. de Barcelona de 3 junio 1998, en el que, a pesar de que un informe del médico forense no detectó enfermedades mentales ni anomalías psicológicas significativas en el padre, ni incapacitación para ejercer las funciones de la patria potestad, consideró que el dictamen no era completo ni emitido por especialista. Aunque la sentencia manifestaba que faltaba base probatoria para poder determinar si la negativa de la hija a ver a su padre era decisión de personalidad inmadura o respondía a causas objetivas y graves, el tribunal decidió la suspensión del régimen de visitas con el argumento de que la medida “no es propiamente una sanción al derecho del progenitor no custodio, sino una cautela de intereses de la propia hija”.

En un caso en el que el hijo se negó a relacionarse con su padre, la sentencia de la A.P. de Albacete de 11 noviembre 1998 subrayó que el problema “supone un conflicto de difícil solución jurídica, pues *toda imposición coactiva ningún valor tiene*, si los interesados no se sienten ligados por vínculos de cariño, y así en el caso presente, es indudable el derecho moral y legal que tiene el padre divorciado a relacionarse con su hijo al que paga una pensión, pero si éste, que ya tiene una edad de quince años con una voluntad y un discernimiento dignos de tenerse en cuenta, se niega a tener una relación regular con su progenitor, tampoco es admisible que se le obligue forzosamente a ello, pues no puede olvidarse que supera la edad en la que su preferencia para estar con uno u otro de sus progenitores ha de tenerse en cuenta, y que le falta un año para poder conseguir la emancipación y no depender de ninguno”.

El resultado de dar esa primacía al deseo del hijo es que, de hecho, se perjudica su interés. Produce escalofríos conocer el dato de un estudio realizado en Francia en 1989, según el cual más de la mitad de los hijos de padres divorciados no mantienen ningún contacto con el pro-

(166) En este sentido, la sentencia de la A.P. de Almería de 9 marzo 1998 consideró que “el carácter traumático de la ruptura convivencial entre los esposos les lleva a posiciones poco comprensivas respecto del otro cónyuge, incidiendo frecuentemente en el correcto desarrollo del régimen de visitas que de ordinario concluye con un conflicto de intereses en el cual el progenitor que tiene la custodia del hijo o hijos tiende a descargar la decisión final sobre la estancia o comunicación con el otro progenitor en el propio hijo, colocando a éste en una situación incómoda”.

genitor no atributivo de la patria potestad (normalmente el padre) o sólo se relacionan con él de forma muy esporádica (menos de una vez al mes) (167). No creemos que las cifras de nuestro país difieran de las del vecino. Legisladores y jueces no se han parado a pensar en serio que este camino sólo conduce a que los hijos alcancen la edad adulta con una gravísimas deficiencias psíquicas.

Nuestras leyes prevén los remedios y garantías específicos, incluso de carácter penal, cuando se trata de combatir el incumplimiento de la obligación de satisfacer alimentos a cargo del progenitor no conviviente. Pero hasta hace muy poco tiempo, más concretamente, hasta principios de 2001, con la entrada en vigor de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, no se han establecido legalmente unas medidas judiciales que tiendan a evitar el incumplimiento de los deberes del progenitor guardador (168).

Esa diversidad de trato nos parece discriminatoria para el progenitor no guardador. Si es importante para los hijos que se garantice su subsistencia material, también lo es que existan medidas efectivas que remuevan los obstáculos para relacionarse con el progenitor no conviviente, aunque aquéllos no lo quieran, acaso influenciados por el progenitor con el que conviven habitualmente. El interés del hijo no coincide necesariamente con su deseo, y, salvo casos muy extremos, no es conveniente para su integridad psíquica que se prescindiera de la figura del padre (169). En este sentido, la sentencia del T.S. de 10 febrero 1999 declaró que es "imposible pretender su aislamiento total y permanente respecto a su comunicación con el padre".

A nuestro juicio, la minoría de edad de los hijos no sólo significa que tengan derechos protegibles y que todo conflicto de intereses haya de resolverse siempre en su preferente interés (*favor filii*). La minoría de edad también impone a los hijos la obligación de *obedecer* a sus

(167) Tomado de GARCÍA PASTOR, *La situación jurídica... cit.*, p. 97.

(168) También CARRETERO SÁNCHEZ (*ob. cit.*, p. 1024) pone de relieve esta diversidad de trato para uno y otro incumplimiento. Este autor (*ob. cit.*, pp. 1022 y 1023) consideraba hace siete años que el Código civil no contemplaba las consecuencias del incumplimiento del derecho de visita cuando es el cónyuge titular de la custodia el incumplidor.

(169) Cf. GARCÍA PASTOR, *El derecho de visita... cit.*, p. 764: "aunque exista un verdadero rechazo del niño hacia el progenitor, en cuya circunstancia el establecimiento de un derecho de visita puede tener consecuencias sobre el equilibrio psicológico del niño, hay que considerar que tales trastornos psicológicos han de ser superados por vías distintas a la suspensión del derecho de visita, porque para el interés global del niño, para su propio equilibrio psicológico futuro es necesario el mantenimiento de relaciones con sus dos progenitores".

padres, sin que deba tener relevancia su simple deseo de no relacionarse con su progenitor, pues tampoco los padres ceden, por ejemplo, ante los deseos del menor de no acudir al colegio. El progenitor guardador está *obligado a hacer todo lo posible*, que es mucho, para que el menor se relacione con el otro progenitor, porque está obligado a velar por el menor y procurarle una formación integral. Y si no lo hace, incurrirá en *responsabilidad patrimonial*.

Este deber del guardador, consistente en procurar que el hijo guardado se relacione con el otro progenitor, es una obligación de *hacer personalísimo*, y, por lo tanto, será aplicable el art. 709.1 de la LEC, que permite al ejecutado manifestar al tribunal los motivos por los que se niega a hacer lo que el título dispone. Transcurrido el plazo concedido por el juez sin que el ejecutado haya realizado la prestación, el ejecutante podrá optar entre pedir que la ejecución siga adelante para entregar a aquél un equivalente pecuniario de la prestación de hacer o solicitar que se apremie al ejecutado con una *multa por cada mes* que transcurra sin llevar a cabo la prestación.

El art. 776.2ª de la LEC regula la ejecución forzosa de los pronunciamientos sobre medidas derivadas de los procesos de nulidad, separación o divorcio, y elimina la posibilidad de la sustitución automática por el equivalente pecuniario en caso de incumplimiento de obligaciones no pecuniarias de carácter personalísimo, prevista en el artículo 709, pero añade que *“podrán mantenerse las multas coercitivas mensuales todo el tiempo que sea necesario más allá del plazo de un año establecido en dicho precepto”*.

La medida de imponer al progenitor guardador una multa o sanción pecuniaria por cada período que transcurra sin que lleve a cabo la prestación, ya era propuesta por la doctrina más autorizada con anterioridad a la vigencia de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil (170), pero los tribunales eran bastante reacios a ponerla en práctica. En la actualidad, está plenamente consagrada a nivel legal y no cabe dudar de su aplicación al supuesto que hemos venido estudiando.

(170) Cf. RIVERO HERNÁNDEZ, *Matrimonio y divorcio*, cit., p. 1109. Se oponía a esta medida patrimonial punitiva ZANÓN MASDEU (*ob. cit.*, p. 120), que negaba la aplicación del derogado art. 923 de la LEC de 1881 a las obligaciones nacidas en el ámbito familiar, si bien considera que el incumplimiento del derecho de visita por parte del guardador incide en la atipología del delito de quebrantamiento de los deberes de custodia del art. 223 del nuevo Código penal de 23 noviembre 1995.

