

III SIMPOSIUM. LA GUARDIA Y CUSTODIA DE LOS HIJOS

(Guión base de trabajo para la exposición oral)

DE LA GUARDA Y CUSTODIA (“PROPIEDAD SOBRE LOS HIJOS”)
A LA COPARENTALIDAD EJERCIDA CONJUNTAMENTE.
Conceptos jurídicos

I

CUESTION PREVIA.-

La institución de la guarda y custodia de los hijos menores debe de enmarcarse en el ámbito de una situación dinámica, es decir, en clara evolución por los cambios sociales que en ella inciden, y que no sólo no se ha detenido en su progreso, sino que las nuevas facetas que puede mostrar -si bien en algún punto previsibles- son, en gran parte, desconocidas. Por ello, en este aspecto, debe de apreciarse del mayor interés la perspectiva jurídica, entendida ésta como método que partiendo de los datos conocidos nos permite una aproximación a situaciones futuras, al completarse con los aportes que resultan del conjunto de influencias procedentes de diversos sectores con clara incidencia social, como son las derivadas, y por tanto consecuencia, de la actividad política, la gestión económica, o los avances científicos.

Todo ello nos lleva a considerar de la mayor importancia el conocer los antecedentes, es decir, la evolución a través del tiempo de tal figura, ya que nos va a permitir el comprender, más adecuadamente, la trayectoria que se ha seguido y la dirección posible de sus circunstancias determinantes; por lo que, no debe de olvidarse la importancia de la interpretación histórica en el campo jurídico y, que, en este caso, nos va a aportar, además, el conocimiento del cambio drástico de situación que se ha producido en los últimos treinta años en el plano legislativo, sin duda impuesto por el determinante concreto del cambio social en el ámbito familiar, incluso, en algunos aspectos, con inversión de los roles de los miembros que lo integran.

En este sentido es claro el artículo 3.1 del Código Civil, al disponer que: “Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas”. Estos criterios básicos para la interpretación de las normas se introducen en el Código Civil por la Ley de Bases de 17 de marzo de 1973, para la modificación del Título Preliminar del Código, Texto articulado que se completa por el Decreto de 31 de mayo de 1974. Y, son

criterios que suponen un efectivo apoyo en la labor interpretativa de las normas, ya que exigen la puesta en relación de la situación antecedente con la actual, y que en materia de derecho de familia adquieren especial relevancia por las hondas transformaciones sociales a que está sometida. Igualmente, no debe de olvidarse que, en el ámbito interpretativo: “toda inteligencia o interpretación que conduzca al absurdo debe rechazarse”, conforme al conocido principio de derecho recogido por la jurisprudencia.

Consecuentemente a todo ello para una comprensión adecuada de la figura de la guarda y custodia, se estima conveniente el hacer un somero examen del derecho de familia en la que se enmarca, atendiendo a los antecedentes históricos y legislativos y sus notas distintivas con la realidad social actual, como criterios básicos que el citado artículo 3 del Código Civil nos señala.

II

EFFECTOS DERIVADOS DE LAS CRISIS MATRIMONIALES

Cuando se judicializan las crisis matrimoniales, se producen unas situaciones jurídicas que surgen originadas como efecto de la sentencia que ha declarado la nulidad matrimonial, o la separación -como suspensión de la vida común de los casados, o el divorcio -como disolución del matrimonio-, y que conllevan, aunque no necesariamente en todos los casos, pero sí en la mayoría de los supuestos, unos efectos secundarios que se manifiestan en una doble vertiente:

- a) de una parte, los de claro contenido patrimonial, como son los relativos a la extinción y liquidación del régimen económico matrimonial (art. 95 Código Civil); el uso del domicilio familiar (art. 96 CC); la pensión compensatoria (art.97 CC), a la que se asimila la indemnización del cónyuge de buena fe en la nulidad si ha habido convivencia (art.98 CC), y la compensación económica por el trabajo en la casa en el régimen de separación de bienes (art. 1.438 CC).
- b) de otra parte, los efectos que resultan de la existencia de hijos y la relación con los mismos de sus ascendientes, siendo lo fundamental, determinar, en beneficio de los hijos, lo relativo al ejercicio de la patria potestad, la forma en que el cónyuge que no ejerza la guarda y custodia de los hijos pueda cumplir el deber de velar por ellos y el tiempo, modo y lugar en que podrá comunicar con ellos y tenerlos en su compañía -derecho de visita- (arts. 92, 94, 103 y concordantes del CC), y el determinar la contribución de cada progenitor para

satisfacer los alimentos acomodados a las circunstancias económicas y necesidades de los hijos en cada momento (art 93 cc)

Así, pues, en la posición tradicional, lo relevante es la ruptura matrimonial considerada en si misma, en tanto que las consecuencias de tal situación que van a dar lugar a las distintas medidas, que como efecto de la separación, nulidad o divorcio, establecen los artículos 90 y siguientes del Código Civil, se desenvuelven en un segundo plano; de ahí que la doctrina hable de los efectos secundarios de la ruptura matrimonial.

La entrada en vigor de la Constitución de 1978 va a dar lugar a una nueva situación en el plano de las relaciones del ámbito familiar, por cuanto la nulidad y la separación matrimonial se desenvuelven en el ámbito de los Tribunales Eclesiásticos, y los nuevos Acuerdos con la Santa Sede del año 1979 afectan a los procesos matrimoniales, ya que si bien “facultan a las partes para acudir a los Tribunales Eclesiásticos solicitando declaración de nulidad o decisión pontificia sobre matrimonio rato y no consumado”, pero “no prevén los supuestos de demanda de separación y las medidas que por tal causa pueden ser adoptadas por los Tribunales civiles”, lo que lleva a su regulación por el Real Decreto-ley 22/1979 -en vigor desde enero de 1980-, que se justifica “por estimarse de urgente necesidad regular los aspectos procesales que puedan derivarse de las demandas de separación en las que, por virtud de los acuerdos, desaparece la competencia hasta hoy atribuida a los Tribunales Eclesiásticos”. Y establece como vía procesal el trámite de incidentes y las medidas en pieza separada. Normativa que esencialmente mantiene la Ley 78/1980 que entró en vigor el 11 de enero de 1981. Pocos meses más tarde, es derogada por la entrada en vigor de una nueva ley, la Ley 30/81 de 7 de julio de 1981, la llamada Ley del Divorcio, que modifica la regulación del matrimonio y determina el nuevo procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio, cumpliéndose así el mandato constitucional que resultaba de su artículo 32. 2, al disponer que: “la ley regulará...las causas de separación y disolución y sus efectos”.

Ahora bien, toda esta normativa da importancia absolutamente relevante a la ruptura del vínculo, relegando a los otros efectos derivados de la crisis matrimonial a un plano secundario, que en la práctica va tener un reflejo en la propia resolución judicial.

La propia Ley de Divorcio de 1981, si bien supone un cambio drástico respecto del sistema anterior con la introducción del divorcio, si embargo aborda la cuestión dando especial relieve a la separación como punto determinante de la ruptura, estimando, además, que la suspensión de vida común que supone la separación, debe de favorecerse su mantenimiento en el tiempo y posibilitar, así, una posible futura reconciliación de los cónyuges, para lo que establece una especial vía que la facilita, al disponer que “la reconciliación pone término al procedimiento y deja sin efecto lo ulterior resuelto”, que, puede ser, incluso, la sentencia firme de separación. De otra parte, fuera de la separación por acuerdo de los cónyuges que debían de formular la petición transcurrido un año de matrimonio, la petición de uno de los cónyuges exigía que el otro estuviera incurso en causa de separación, por

lo que se requería la acreditación de al menos una de las causas que expresamente recoge el precepto, y que conlleva necesariamente la culpabilidad de uno de los cónyuges. Consecuentemente, el divorcio, también debía cumplir la exigencia causal, y con ceses de convivencia por periodos más dilatados en el tiempo.

La sociedad identificaba en esos momentos la crisis matrimonial con la culpabilidad y los primeros abogados matrimonialistas están en cierto modo influenciados por el sistema eclesiástico vigente hasta un año antes, de ahí que en la esfera civil sea importante también el acreditar la culpabilidad del otro cónyuge. Ello hace que se vuelque en ese aspecto el conflicto jurídico, abandonando para un breve trámite la fijación de medidas, e incluso, en la ejecutoria.

Ahora bien, unos años más tarde, si bien la ley se mantiene en iguales términos culpabilísticos, se inicia una corriente jurisprudencial con el resultado de que la culpabilidad pierde valor y el disenso de uno de los cónyuges supone circunstancia suficiente para la ruptura de la convivencia que da lugar a la separación. Y, así, se parte de que la interpretación que se hace del artículo 81 en relación al artículo 82, ambos del Código Civil como fundamento de la separación conyugal, además de los supuestos que refiere de acusado matiz culpabilista, comprende igualmente la desaparición del afecto conyugal que hace imposible la vida en común y que, como dato objetivo, revela la situación de crisis matrimonial, justificadora de su apreciación como causa de separación. Doctrina que ya se recoge en la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de febrero de 1985, que casa y anula la sentencia de apelación de la Audiencia que declaraba no haber lugar a la separación matrimonial.

Tal posición jurisprudencial, de extraordinaria importancia en la práctica, va a ser asumida con carácter de generalidad por todos los Tribunales, y aceptada por la sociedad como algo plausible, por lo que después de un tiempo ya no se hace cuestión de ello.

Evidentemente, en dicha doctrina jurisprudencial se hace aplicación de los criterios básicos que establece el citado artículo 3.2 del Código Civil, al disponer: "Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas", que se complementa con el principio de derecho recogido por la jurisprudencia de que "toda interpretación que conduzca al absurdo debe rechazarse". Consiguientemente, el no dar lugar a la separación en un matrimonio en el que se ha producido "la desaparición del afecto conyugal que hace imposible la vida en común" es una situación absurda que se opone "al espíritu y finalidad" del propio matrimonio en el que los cónyuges deben de respetarse y ayudarse mutuamente, están obligados a vivir juntos, guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente.

Consecuentemente, el abandono de la culpabilidad va a mostrar una realidad social distinta, de la que resulta que la separación o divorcio dejan de ser traumáticas en sí mismas, independientemente de circunstancias

personales concretas que no son del caso, lo que supone que la situación de divorciado o separado se asuma como un factor de incidencia más en la normalidad, lo que ha permitido que el legislador pueda abordar tales rupturas desde parámetros impensables hace pocos años.

Así, la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, en su artículo 774.5, dispone: “Los recursos que, conforme a la ley, se interpongan contra la sentencia no suspenderán la eficacia de las medidas que se hubieren acordado en ésta. Si la impugnación afectara únicamente a los pronunciamientos sobre medidas, se declarará la firmeza del pronunciamiento sobre la nulidad, separación o divorcio”.

Evidentemente, lo que recoge este artículo es la realidad social que supone que, ya no se apela de modo habitual el pronunciamiento sobre el “Divorcio” o la “Separación”, sino que las partes apelan lo que realmente les afecta e interesa que son precisamente “las medidas”; y, así, el supuesto normal es que la parte demandada no haga cuestión sobre el divorcio o la separación que solicita el actor.

Tal realidad social es la que va a permitir al legislador que al modificar por medio de la Ley 15/2005, 8 de julio la separación y el divorcio (arts. 81 y 86 CC) en cuanto a que se decretaran judicialmente una “vez transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio”. Tiempo mínimo de tres meses que no será exigible para la interposición de la demanda cuando se acredite la existencia de un riesgo para la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o libertad e indemnidad sexual del cónyuge demandante o de los hijos de ambos o de cualquiera de los miembros del matrimonio.

Como se ve, en la reforma operada por la Ley 15/2005, se establece idéntico plazo del transcurso de los tres meses de matrimonio tanto se trate de divorcio como de separación, y, ello así, porque la realidad social muestra que la separación ha perdido la relevancia que le venía siendo reconocida, lo que ha llevado a que se mantenga en la legislación como algo residual; es decir, se mantiene la separación judicial como figura autónoma, para aquellos casos en los que los cónyuges, por las razones que estimen oportunas, decidan no optar por la disolución de su matrimonio.

Dentro de esta línea de reconocer a los cónyuges más discrecionalidad y menos exigencias formales para la ruptura matrimonial, debe igualmente señalarse que en diversos países ya se admite y regula el divorcio de mutuo acuerdo ante Notario. En la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (Sección 1ª) ya se han resuelto dos casos de exequator respecto de divorcios de mutuo acuerdo autorizados por Notarios de Cuba, dándose curso a las peticiones en aplicación de la doctrina establecida en tal sentido por el Tribunal Supremo, que se recoge, entre otros, en el Auto de la Sala 1ª, de fecha 20/1/1998, que refiere: “Se hace necesario precisar, llegado este punto, la posible vulneración que del orden público puede suponer la existencia de un divorcio acordado por ambos cónyuges y autorizado ante notario. Esta Sala mediante Autos de 1 octubre y 19 noviembre 1996, despejaba de cualquier duda que dicho tipo de divorcio pudiera plantear, por cuanto del tenor del

derecho cubano parece desprenderse que la intervención del Notario no se limita a funciones fedatarias, autorizando un mutuo disenso sobre el vínculo matrimonial, sino que se le atribuyen competencias en orden a la comprobación de determinadas condiciones a las que quedan sujetos la ruptura del vínculo y los efectos derivados de él en orden a los hijos menores comunes, ello dentro de un determinado procedimiento al que de modo preceptivo deberán acomodarse las solicitudes de divorcio de mutuo acuerdo. De esta suerte, no cabe desconocer en la intervención notarial la existencia de un cierto ejercicio de funciones de homologación de la voluntad de las partes traídas del ordenamiento de origen, que atribuye a los fedatarios competencias en tal materia, al parecer, de manera exclusiva, de modo que no puede decirse que el divorcio así obtenido repugne al orden público interno”. Otra referencia que puede señalarse, si bien sin consagración legislativa todavía, es el caso de Francia, en el que su Ministerio de Justicia está estudiando igualmente la adopción de medidas similares, de intervención del Notario, para el caso de las rupturas matrimoniales en las que se haya alcanzado una solución amistosa por parte de los cónyuges.

Consiguientemente, tal pérdida de complejidad jurídica de la ruptura matrimonial al fundarse únicamente en los datos objetivos fácilmente acreditables, como es el transcurso de tres meses desde la celebración del matrimonio, e incluso sin ese plazo para el caso de las circunstancias excepcionales de violencia doméstica, va hacer que los efectos a que se contraen las medidas adquieran un mayor relieve, y pasen a constituir el punto determinante en el conflicto matrimonial, al evidenciar en muchos casos su clara complejidad jurídica, en atención al conflicto concreto que se plantea.

Y, así, en este punto vamos a retomar lo que antes decíamos al distinguir las medidas de claro contenido patrimonial, como son las relativas a la extinción y liquidación del régimen económico matrimonial, el uso del domicilio familiar, y la pensión compensatoria, a la que se asimila la indemnización del cónyuge de buena fe en la nulidad si ha habido convivencia, y la compensación económica por el trabajo en la casa en el régimen de separación de bienes.

Y, de otra parte, las medidas de índole personal que, como efectos de la crisis matrimonial, se originan por la existencia de hijos y consecuentes cuestiones relativas al ejercicio de la patria potestad, la forma en que el cónyuge que no ejerza la guarda y custodia de los hijos pueda cumplir el deber de velar por ellos y el tiempo, modo y lugar en que podrá comunicar y tenerlos en su compañía -derecho de visita-, además de la contribución de cada progenitor a los alimentos atendiendo a las circunstancias económicas y necesidades de los hijos en cada momento.

Todos ellos supuestos que adquieren ahora la mayor relevancia, pasando a un primer plano como conflictos vinculados a las crisis matrimoniales con relevancia propia.

III

LA PATRIA POTESTAD Y LA GUARDA Y CUSTODIA

La relación entre padres e hijos menores se desenvuelve desde los tiempos históricos a través del instituto de la patria potestad.

En las fuentes clásicas se identifica con el poder jurídico que el paterfamilias tiene sobre sus hijos, originariamente considerado como un poder absoluto a favor del padre, que evolucionará progresivamente en un sentido tuitivo sin perder el carácter de potestad.

Siguiendo el método que hemos utilizado anteriormente, haremos una breve y puntual referencia histórico-legislativa de la institución para destacar puntos que evidencian un claro contraste con la situación actual, y en el avance que se ha logrado en la materia.

Y, así, no está de más recordar que hace menos de cincuenta años, a pesar de que la mayoría de edad no se alcanzaba hasta los 21 años, las hijas de familia mayores de edad pero menores de veinticinco años no podían dejar la casa paterna sin licencia del padre como no fuera para tomar estado. Lo que implicaba necesariamente el casarse, ya que en el orden civil, precisaba la jurisprudencia que “no puede equipararse el estado de matrimonio al profesión religiosa, y menos a situaciones interinas como la de novicia del caso enjuiciado”.

Igualmente, el padre, y en su defecto la madre podían reclamar la intervención del Juez para imponer a sus hijos hasta un mes de detención en el establecimiento correccional destinado al efecto, bastando la orden del padre o madre con el Visto Bueno del Juez para que detención se realizara; el padre y la madre debían de satisfacer los alimentos del hijo detenido, pero no podían intervenir en régimen del establecimiento donde estaba detenido, si bien podían levantar la detención cuando lo estime oportuno.

Se trataba sin duda de una reminiscencia del derecho que correspondía al padre en la antigüedad de juzgar con carácter de autoridad pública a sus hijos sobre toda clase de hechos y de ejecutar lo juzgado.

A favor de la medida se argumentaba que no se trataba de ejecutar una pena, sino suministrar educación. A ello se oponía por los críticos, que si lo que se trataba era de educar a los hijos díscolos o de carácter rebelde, se producía una discriminación respecto de las familias más pobres, ya que al contar con

escasos medios no podían hacerse cargo de la alimentación del hijo que estaba a su cargo.

Y, así, hasta fecha muy reciente estaba en vigor el párrafo último del artículo 154 CC cuyo texto establecía: "Los padres podrán en el ejercicio de su potestad recabar el auxilio de la autoridad. Podrán también corregir razonablemente y moderadamente a los hijos". Se entendía que este último párrafo posibilitaba la bofetada, es decir, un coscorrón o una agresión física mínima, como vehículo de corrección

Para eliminar cualquier tipo de dudas en cuanto a la posibilidad de violencia física, este último párrafo fue suprimido por la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional. Pero, además, el propio artículo 154 CC, introduce de modo explícito el respeto de los padres a la integridad física al disponer: que la "patria potestad se ejercerá siempre en beneficio de los hijos, de acuerdo con su personalidad, y con respeto a su integridad física y psicológica"..

El cambio en la posición del legislador en atención a la nueva realidad social es evidente. Y, así dispone el citado artículo 154 del CC ahora referido *in extenso*: "Los hijos no emancipados están bajo la potestad de los padres. La patria potestad se ejercerá siempre en beneficio de los hijos, de acuerdo con su personalidad, y con respeto a su integridad física y psicológica. Esta potestad comprende los siguientes deberes y facultades: 1º Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral. 2º Representarlos y administrar sus bienes. Si los hijos tuvieren suficiente juicio deberán ser oídos siempre antes de adoptar decisiones que les afecten. Los padres podrán, en el ejercicio de su potestad, recabar el auxilio de la autoridad". Por su parte el artículo 155 establece el correlativo deber de los hijos en el ámbito de la patria potestad., al disponer: "Los hijos deben: 1º) Obedecer a sus padres mientras permanezcan bajo su potestad, y respetarles siempre. 2º) Contribuir equitativamente, según sus posibilidades, al levantamiento de las cargas de la familia mientras convivan con ella".

Ahora bien, cuando se produce la crisis matrimonial de los progenitores el Código es claro al disponer una normativa específica adecuada a la nueva situación y, por tanto con algunos matices distintivos respecto de los supuestos en los que, por no existir ruptura matrimonial ya que no hay matrimonio anterior, si hay una separación de hecho de los progenitores. Para este último caso, deben de recordarse, entre otros, los preceptos que seguidamente se mencionan: "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" (art. 156, párrafo último, 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 tuvieren suficiente juicio y, en todo caso, a los que fueran mayores de doce años." (art. 159 CC); y el artículo 160 CC que establece que:

“Los progenitores, aunque no ejerzan la patria potestad, tienen el derecho de relacionarse con sus hijos menores, excepto con los adoptados por otro o conforme a lo dispuesto en resolución judicial. No podrán impedirse sin justa causa las relaciones personales del hijo con sus abuelos y otros parientes y allegados. En caso de oposición, el juez, a petición del menor, abuelos, parientes o allegados, resolverá atendidas las circunstancias. Especialmente deberá asegurar que las medidas que se puedan fijar para favorecer las relaciones entre abuelos y nietos, no faculten la infracción de las resoluciones judiciales que restrinjan o suspendan las relaciones de los menores con alguno de sus progenitores”.

Como se indicaba anteriormente, para el caso de ruptura matrimonial, contiene el Código preceptos específicos dentro del contexto general de la patria potestad, partiendo del principio de que la crisis matrimonial no elimina las obligaciones de los padres con respecto a los hijos. Y, así, dispone el artículo 92 CC: “1. La separación, la nulidad y el divorcio no eximen a los padres de sus obligaciones para con los hijos”.

Continúa dicho precepto en su número 2: “El Juez, cuando deba adoptar cualquier medida sobre la custodia, el cuidado y la educación de los hijos menores, velará por el cumplimiento de su derecho a ser oídos”. Este derecho a ser oídos tiene expreso refrendo en la doctrina constitucional, que invocando “el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de protección jurídica del menor, de 15 de enero, reconoce el efectivo derecho a ser oído el menor en cualquier procedimiento judicial en el que esté directamente implicado, y que conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social (derecho reconocido, además, por el art. 12 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño de 20 de noviembre de 1989, ratificada por Instrumento de 30 de noviembre de 1990, expresamente citada en el art. 3 de la citada Ley Orgánica de protección jurídica del menor”, dando en otro caso lugar al amparo por vulneración de la tutela judicial efectiva. STC 25/11/02; 6/7/2005).

El artículo 92. 3 dispone que: “En la sentencia se acordará la privación de la patria potestad cuando en el proceso se revele causa para ello”. Precepto que debe ser puesto en relación con el artículo 170 CC, del que resulta en cuanto a la privación de la patria potestad que: “El padre o la madre podrán ser privados total o parcialmente de su potestad por sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma o dictada en causa criminal o matrimonial. Los Tribunales podrán, en beneficio e interés del hijo, acordar la recuperación de la patria potestad cuando hubiere cesado la causa que motivó la privación”. Y, en tal sentido es posición de la jurisprudencia que este artículo más que una “sanción al progenitor incumplidor implica una medida de protección del niño, y, que, por ende, debe de ser adoptada en beneficio del menor, en cuanto la conducta de aquel, gravemente lesiva de los intereses prioritarios del menor, no se revele precisamente como la más adecuada para la futura formación y educación de dicho sujeto infantil” (STS 31/12/96)

Por su parte el artículo 92- 4, establece: “Los padres podrán acordar en el convenio regulador o el Juez podrá decidir, en beneficio de los hijos, que la patria potestad sea ejercida total o parcialmente por unos de los cónyuges”. En este sentido debe de recordarse que distinta de la privación de la patria potestad es la atribución de su ejercicio a uno de los progenitores, como permite este artículo. Se pretende con este precepto un reforzamiento de la libertad de decisión de los padres respecto del ejercicio de la patria potestad, y se prevé expresamente que puedan acordar en el convenio regulador que el ejercicio se atribuya exclusivamente a uno de ellos, o bien a ambos de forma compartida; y también al Juez, en los procesos incoados a instancia de uno solo de los cónyuges, y en atención a lo solicitado por las partes, puede adoptar una decisión con ese contenido.

Esta libertad que ahora se establece para acordar sobre el ejercicio de la patria potestad y atribución de la guarda y custodia, cumplido el requisito de audiencia del menor y que se establezca en su beneficio, contrasta con lo establecido hasta épocas recientes en las que, la concurrencia de causa de separación matrimonial respecto de uno de los cónyuges, tal culpabilidad declarada respecto del mismo era determinante para su exclusión de la custodia del menor. Así, una sentencia del Tribunal Supremo de fecha 30 de abril de 1985, contempla el supuesto que seguidamente resumiremos, por estimarla ilustrativa. Se trata de un proceso seguido por los trámites de incidentes que establecía la Ley de 26 de diciembre de 1980, reguladora de la situación transitoria en la materia, y que sería sustituida pocos meses después por Ley de Divorcio 30/81, de 7 de julio, en el que “aplicando el Juzgador de Instancia la normativa contenida en el número segundo del artículo ciento cinco del Código Civil, y ante el abandono comprobado de la esposa interpelada, cuya culpabilidad expresamente declara, acordó la separación conyugal, y aplicando el artículo setenta y tres del propio Código, y aludiendo a razones de economía procesal, en la misma sentencia, acuerda que, no obstante la culpabilidad de la esposa, queden los hijos en su poder, en razón a su edad y no alegarse incumplimiento por su parte de los deberes de cuidado y educación, determinando un régimen de visitas para el padre, a quien se atribuye el uso de la vivienda conyugal, exonerándole de la obligación de pagar alimentos a la demandada”. El esposo apela la sentencia en el exclusivo extremo de la custodia de los hijos, y por la Audiencia Provincial se dicta sentencia en la apelación revocando la de primera instancia con atribución de la custodia de los hijos al esposo apelante, en base a lo establecido en el artículo setenta y tres del Código Civil. Se interpone recurso de casación por la esposa -madre que es rechazado con fundamento en que había procedido “correctamente la Sala <a quo>, al atribuir la custodia de los hijos habidos del matrimonio al esposo, vista la declaración de culpabilidad de la aquí recurrente, tal como previene el párrafo primero del número primero del citado artículo setenta y tres, que tiene carácter imperativo, quedando relegada la discrecionalidad al caso de culpabilidad atribuida a ambos cónyuges”. El artículo 73.2º del Código Civil vigente en ese momento establecía, como efecto de la separación, “quedar o ser puestos los hijos bajo la potestad y protección del cónyuge inocente”.

Otro punto a recordar en este sentido de atribución de la guarda y custodia impuesta con preferencia a un progenitor por la propia ley, se encontraba en el artículo 159 del Código Civil que disponía que “si los padres viven separados y no decidieran de común acuerdo, los hijos e hijas menores de siete años quedarán al cuidado de la madre, salvo que el Juez, por motivos especiales, proveyere de otro modo”. Referencia que será suprimida por Ley 11/1990, 15 de octubre, sobre reforma del Código Civil, en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo.

Llegados a este punto pasaremos al examen de la última cuestión relativa a la guarda y custodia en la faceta concreta de la atribución de la custodia compartida conforme a la Ley 15/2005.

IV

DE LA GUARDA Y CUSTODIA (“PROPIEDAD SOBRE LOS HIJOS”) A LA COPARENTALIDAD EJERCIDA CONJUNTAMENTE.- Conceptos jurídicos.

Es claro el objetivo del legislador con la reforma operada en el artículo 92 CC y concordantes por la Ley 15/2005, 8 de julio, por lo que afecta al ejercicio de la patria potestad y la guarda y custodia de los hijos menores, de procurar su mayor beneficio e interés, y hacer que ambos progenitores perciban que su responsabilidad para con ellos continúa, a pesar de la separación o el divorcio, y que la nueva situación les exige, incluso, un mayor grado de diligencia en el ejercicio de la potestad de procurar el ejercicio de la patria potestad en beneficio e interés de los menores, y que, además, la modalidad de guarda y custodia compartida da lugar a una nueva situación que les exige, incluso, un mayor grado de diligencia y exigencia en el ejercicio de la potestad parental.

Y, así, continuando con el examen del artículo **92** del Código Civil, fundamental en este tema, de los números que restan por mencionar resulta: “

5. Se acordará el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador o cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento. El Juez, al acordar la guarda conjunta y tras fundamentar su resolución, adoptará las cautelas procedentes para el eficaz cumplimiento del régimen de guarda establecido, procurando no separar a los hermanos.-

6. En todo caso, antes de acordar el régimen de guarda y custodia, el Juez deberá recabar informe del Ministerio Fiscal, y oír a los

menores que tengan suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, partes o miembros del Equipo Técnico Judicial, o del propio menor, valorar las alegaciones de las partes vertidas en la comparecencia y la prueba practicada en ella, y la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos para determinar su idoneidad con el régimen de guarda.-

7. No procederá la guarda conjunta cuando cualquiera de los padres esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos. Tampoco procederá cuando el Juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica.-

8. Excepcionalmente, aun cuando no se den los supuestos del apartado cinco de este artículo, el Juez, a instancia de una de las partes, con informe favorable del Ministerio Fiscal, podrá acordar la guarda y custodia compartida fundamentándola en que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor.-

9. El Juez, antes de adoptar alguna de las decisiones a que se refieren los apartados anteriores, de oficio o a instancia de parte, podrá recabar dictamen de especialistas debidamente cualificados, relativo a la idoneidad del modo de ejercicio de la patria potestad y del régimen de custodia de los menores”.

Una clave interpretativa para conocer el alcance de los conceptos de “siempre en beneficio de los hijos” o “en interés de los hijos nos la da el artículo 94 CC, que si bien referido a la fijación de alimentos, para la adecuada valoración, cuantificación y fijación de los mismos no hace referencia, como si hace el artículo 146 CC a que “La cuantía de los alimentos será proporcionada al caudal o medios de quien los da y a las necesidades de quien los recibe.”, sino que “El Juez, en todo caso, determinará la contribución de cada progenitor para satisfacer los alimentos y adoptará las medidas convenientes para asegurar la efectividad y acomodación de las prestaciones a las circunstancias económicas y necesidades de los hijos en cada momento”; es decir, las necesidades .determinantes para la fijación de los alimentos son únicamente “las de los hijos en cada momento”, es decir, las circunstancias de los hijos son excluyentes para la valoración, independientemente de la posición de los padres. De igual modo, cuando se trata del supuesto excepcional de custodia compartida por no existir acuerdo de los padres y solicitarse por uno de ellos con informe favorable del Ministerio Fiscal, el Juez podrá acordar la guarda y custodia compartida fundamentándola en que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor, es decir, que se trata de otro supuesto en el que la protección adecuada del interés del menor que únicamente así, con custodia compartida, está protegido, excluye otra valoración que pueda afectar al progenitor que se opone.

De este último punto que se corresponde con lo dispuesto en el número 8 del artículo 92 del CC, se evidencia con claridad que la posición del legislador

va dirigida a favorecer la custodia compartida, como medida idónea en interés del menor, al permitir que el Juez, en los procesos incoados a instancia de uno solo de los cónyuges, y en atención a lo solicitado por las partes, pueda adoptar una decisión con ese contenido.

El modelo coparental comporta el ejercicio conjunto de la patria potestad por ambos progenitores con guarda y custodia compartida, pero no simultánea al estar distribuida por periodos de tiempo establecidos en la resolución judicial. Las modalidades de prestación de que he tenido conocimiento directo se han desenvuelto en un doble aspecto: a) que sea el hijo en el que se mantiene en domicilio y los padres los que se turnan sucesivamente por semanas, meses, etc., y b) que el hijo sea el que se desplaza sucesivamente por esos periodos de tiempo establecidos al domicilio cada progenitor.

Como última nota, creo conveniente el recordar que, de todos modos, no hay que olvidar que el deber de guarda y dirección que corresponde a los padres lleva consigo un deber de vigilancia sobre los hijos menores; y, así, el artículo 1.903, párrafo segundo, del Código Civil establece que “los padres son responsables de los daños causados por los hijos que se encuentren bajo su guarda” -culpa *in vigilando*-. Responsabilidad que sólo cesará siempre que prueben que “emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño”.

Santa Cruz de Tenerife 18 de octubre de 2008

Eugenio S. Dobarro Ramos.