UNIVERSIDAD DE GRANADA

FACULTAD DE DERECHO

TESIS DOCTORAL

ASPECTOS PERSONALES DE LA SITUACION JURIDICA DE LOS HIJOS CUYOS PADRES NO CONVIVEN

Mª MILAGROS GARCIA PASTOR

UNIVERSIDAD DE GRANADA

FACULTAD DE DERECHO

ASPECTOS PERSONALES DE LA SITUACION JURIDICA DE LOS HIJOS CUYOS PADRES NO CONVIVEN

Tesis para la obtención del grado de doctor, presentada por la Licenciada Mª MILAGROS GARCIA PASTOR y realizada bajo la dirección del Prof. Dr. BERNARDO MORENO QUESADA, Catedrático de Derecho civil de la Universidad de Granada.

Granada, septiembre de 1992

Vº Bº
El Director

ASPECTOS PERSONALES DE LA SITUACION JURIDICA DE LOS HIJOS CUYOS PADRES NO CONVIVEN

ABREVIATURAS

INTRODUCCION 1

DELIMITACION DEL SUPUESTO 7
1. Individualización de supuestos 7
2. Limitación a los aspectos personales 9

EL ESTUDIO DE LOS ASPECTOS PERSONALES Y SUS CONDICIONANTES 10

PARTE PRIMERA: CUESTIONES GENERALES SOBRE LA SITUACION JUDIRICA DE LOS HIJOS CUYOS PADRES NO CONVIVEN

CAPITULO PRIMERO: CONDICIONANTES DERIVADOS DE LA NATURALEZA ESPECIAL DEL DERECHO DE FAMILIA 15

I. LA NATURALEZA ESPECIAL DEL DERECHO DE FAMILIA 17

II. LA COMPLEJIDAD DEL TEMA: SUS RAZONES . . . 18
1. La constante transformación de la familia en nuestra historia reciente . . 19
2. La existencia de distintos intereses en el Derecho de Familia 21

3. La evolución de la naturaleza del Derecho de Familia en una doble dirección 24
A. Las relaciones personales inter-conyugales 25
B. Las relaciones patrimoniales inter-conyugales 28
C. Las relaciones paterno-filiales . . 29

III. LAS RELACIONES PATERNO-FILIALES EN EL DERECHO ACTUAL 32
El interés del menor como principio superior de nuestro ordenamiento . . . 38

CAPITULO SEGUNDO: REGULACION SUSTANTIVA 43

I. LOS PROBLEMAS PLANTEADOS POR LA DUALIDAD DE REGULACIONES QUE INCIDEN SOBRE LA SITUACION DE LOS HIJOS DE PADRES QUE NO CONVIVEN 45
1. Casos resueltos en juicio matrimonial . 46
2. Casos resueltos en otras instancias . . 48

II. LA SENTENCIA DE SEPARACION, DIVORCIO O NULIDAD: SU CONTENIDO NECESARIO RESPECTO DE LA SITUACION DE LOS HIJOS 50

CAPITULO TERCERO: VIAS JUDICIALES DE DETERMINACION DE LA SITUACION JURIDICA DE LOS HIJOS 53

I. LA DIVERSIDAD DE REGULACIONES PROCESALES . 56
1. La diversidad de vías 56
A. Vías judiciales para conocer de la situación de los hijos matrimoniales 56
a. Los procesos de separación, divorcio y nulidad 56
b. El procedimiento de medidas provisionales 57

c. Vías judiciales para conocer de la situación de los hijos en los casos de separación de hecho . . 58
B. Vías judiciales para resolver la situación de los hijos no matrimoniales 58
2. La diversidad de normas procesales . . . 59
A. Características de los procesos en que se regula la situación de los hijos matrimoniales cuando sus padres demandan la separación, el divorcio o la nulidad 59
B. Características de los procesos en que se regula la situación de los hijos matrimoniales de padres separados de hecho y de los hijos no matrimoniales 60
3. La respuesta de los tribunales a la diversidad de regulaciones procesales . 61

II. ALGUNAS NOTAS SOBRE EL PROCESO MATRIMONIAL: SUS PECULIARIDADES 63
1. El objeto del proceso matrimonial . . . 66
A. Objeto múltiple 66
B. Naturaleza de los distintos objetos o pretensiones 68
2. Los principios del proceso civil en el proceso matrimonial 71
A. El principio dispositivo 75
B. El principio de rogación o de iniciativa de parte 78
C. El principio de controversia o de dualidad de partes 82
3. Desenvolvimiento del proceso 87
A. Medios y valoración de la prueba . . 87
B. Intervención del ministerio fiscal . 88
C. Audiencia de los menores 91
4. La sentencia 92
A. El principio de congruencia 92
B. La condena en costas 95

5. Conclusión 96

III. VIAS JUDICIALES EN EL CASO DE HIJOS NO MATRIMONIALES 97
1. Los trámites de la jurisdicción voluntaria 100
2. El juicio de alimentos provisionales . . 104
3. El juicio de menor cuantía 105
4. La posibilidad de solicitar medidas provisionales 106

IV. LA MODIFICACION DE LAS MEDIDAS 107
1. Procedimiento para la modificación de medidas adoptadas en juicio matrimonial 109
2. Procedimiento para la modificación de medidas adoptadas en otros procesos . . 111
3. La alteración sustancial de las circunstancias como condición para la modificación de las medidas 111
4. ¿Es suficiente el acuerdo de los padres para iniciar el trámite de modificación de medidas? 113

CAPITULO CUARTO: EL PAPEL DE LA VOLUNTAD DE LOS PADRES EN LA DETERMINACION DE LA SITUACION JURIDICA DE LOS HIJOS . 115

I. EL CONVENIO EN EL PROCESO MATRIMONIAL . . . 118
1. El convenio regulador en el proceso consensual 118
2. El grado de sujeción del juez a la voluntad manifestada por los padres . . 119
3. ¿Se refiere el 2º párrafo del art.90 a un tipo de acuerdos distinto del contemplado en su primer párrafo? . . . 122

II. OTROS CONVENIOS 125
1. ¿Es lícito el convenio en caso de separación de hecho o de hijos no matrimoniales? 125
2. ¿Qué valor tiene el convenio privado? . 127
3. ¿Es homologable judicialmente este convenio? 129

III. CONCLUSION: ¿QUE PAPEL JUEGA LA VOLUNTAD DE LOS PADRES EN LA DETERMINACION DE LA SITUACION JURIDICA DE SUS HIJOS? 131

PARTE SEGUNDA: LOS ASPECTOS PERSONALES EN PARTICULAR

CAPITULO QUINTO: EL CUIDADO DE LOS HIJOS 135

I. TERMINOLOGIA: EQUIVALENCIA DE LOS TERMINOS "CUIDADO" Y "GUARDA" DE LOS HIJOS 138

II. PRECEPTOS LEGALES RELATIVOS AL CUIDADO DE LOS HIJOS 143

III. CONCEPTO 145
El concepto de guarda en el Derecho francés 151

IV. CONTENIDO 156
1. Especial referencia a la convivencia con el hijo 156
2. Funciones que engloba la guarda 164
A. Alimentar al hijo 168
B. La educación y la formación integral del hijo 170
C. El deber y el derecho de velar por el hijo 173
3. Autonomía de actuación del guardador . . 180
4. Especial referencia al cambio de domicilio 180

V. MODALIDADES 184
1. Guarda unilateral 184
2. Guarda alternada 186
3. Guarda conjunta 190
4. Guarda por un tercero 193

VI. CANALES DE ATRIBUCION DE LA GUARDA 201
1. Atribución de la guarda por acuerdo de los padres 202
A. Atribución en convenio regulador . 202
Especial referencia a la sujeción del juez a lo decidido por los padres 202
B. Atribución extra-judicial 204
2. Atribución de la guarda por decisión judicial 206
La sujeción del juez a las peticiones de los padres 207

VII. CRITERIOS PARA LA ATRIBUCION JUDICIAL DE LA GUARDA 210
1. Criterios legales 211
A. El interés del menor como criterio general 212
B. La no separación de hermanos 218
2. Instrumentos al servicio del juez . . . 221
A. La audiencia del menor 221
B. El dictamen de especialistas 230
a. Naturaleza del dictamen de . . . 233
b. Función del dictamen 237
3. Criterios judiciales 241
A. El mantenimiento del *statu quo* . . . 244
B. La no separación de hermanos 249
C. La capacidad para permitir una adecuada relación entre el niño y el otro progenitor 252
D. El deseo del menor 253
E. La convivencia del progenitor con otra persona 257

F. Enfermedad mental, alcoholismo . . . 259
G. Vida desordenada 262
H. Otras circunstancias tenidas en cuenta 263
4. El problema de la discriminación por razón de sexo en la concesión de la guarda 265

VIII. MODIFICACION DE LA GUARDA 272
Especial referencia al problema del incumplimiento del derecho de visita como causa de modificación de la guarda 275

CAPITULO SEXTO: EL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD 277

I. CONFUSION TERMINOLOGICA 283

II. PRECEPTOS LEGALES RELATIVOS AL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD EN LOS CASOS DE NO CONVIVENCIA DE LOS PADRES 287

III. CONCEPTO DE EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD EN LOS CASOS DE NO CONVIVENCIA DE LOS PADRES 289

IV. REGIMEN LEGAL DE ATRIBUCION DEL EJERCICIO EN LOS CASOS DE NO CONVIVENCIA DE LOS PADRES EN EL DERECHO EXTRANJERO 292
1. Francia 292
2. Italia 298
3. Alemania 302

V. REGIMEN LEGAL DE ATRIBUCION DEL EJERCICIO EN LOS CASOS DE NO CONVIVENCIA DE LOS PADRES EN EL DERECHO ESPAÑOL 306
1. Interpretación del supuesto de hecho del art. 156-párr.5º 307

2. ¿Es el ejercicio de la patria potestad uno de los puntos sobre los que necesariamente han de pronunciarse las sentencias de separación, divorcio o nulidad? 316
3. La interpretación del art. 92-párr.4º . 324
4. Régimen de atribución del ejercicio de la patria potestad en los casos de no convivencia de los padres 331
A. Régimen general 332
B. Otros regímenes posibles 333
a. Vías de establecimiento 333
b. Regímenes que se pueden establecer 335
C. Modificación del régimen de ejercicio 338

VI. CRITERIOS DE DECISION EN CASO DE INTERVENCION JUDICIAL 339
1. Criterios legales 339
A. El interés del menor: el ejercicio individual como expresión del mismo 341
B. Circunstancias que justificarían la adopción de otros regímenes de ejercicio 346
a. El ejercicio conjunto 346
b. La distribución de funciones . . 351
c. La atribución parcial del ejercicio 352
2. Criterios judiciales: diversidad de posiciones 354
A. El ejercicio conjunto considerado como la regla 355
a. Circunstancias que no justifican la alteración de la regla . . . 356
b. Circunstancias que justifican la concesión del ejercicio individual 357
B. Los pronunciamientos equívocos: su interpretación 357

C. El ejercicio individual como regla y sus excepciones 359
a. Criterios que sostienen la concesión del ejercicio conjunto 359
b. Criterios que sostienen la concesión de otras modalidades de ejercicio 360

VII. ESPECIAL REFERENCIA AL ESTABLECIMIENTO DEL REGIMEN DE EJERCICIO POR ACUERDO DE LOS PADRES 360

VIII. EL CONTENIDO DE LAS DISTINTAS MODALIDADES DE EJERCICIO 362
1. Ejercicio individual 362
A. Delimitación del ámbito de actuación del guardador-ejerciente exclusivo de la patria potestad 363
Especial referencia a la cuestión religiosa 364
B. Posición del no guardador y no ejerciente de la patria potestad . . 366
a. ¿Tiene un derecho de vigilancia? 367
b. Formas de intervención del progenitor que no ejerce la patria potestad 369
C. Deber de colaboración a cargo de ambos progenitores 370
2. Ejercicio conjunto 372
A. Delimitación del ámbito de actuación individual del guardador-ejerciente no exclusivo 372
B. Delimitación del ámbito de intervención obligatoria del no guardador-ejerciente 376
C. Protección de los terceros 380
D. Solución de los desacuerdos 380
3. Distribución de funciones 381

4. Atribución parcial 382

CAPITULO SEPTIMO: EL DERECHO DE VISITA 383

I. TERMINOLOGIA 387

II. PRECEPTOS LEGALES RELATIVOS AL DERECHO DE VISITA 388

III. FUNDAMENTO DEL DERECHO DE VISITA 390
1. El interés del menor 391
2. El parentesco y la relación afectiva . 393
3. El derecho de visita como instrumento del derecho de vigilancia 395
4. El derecho de visita como facultad desgajada de la patria potestad 396
5. El derecho de visita, derecho natural o derivado de la "naturaleza de las cosas" 397

IV. DETERMINACION DEL REGIMEN DE VISITAS . . . 402
1. Criterios para la determinación 402
2. Contenido-tipo y contenido básico . . . 404
3. El respeto a la intimidad en el derecho de visita y sus limitaciones 408
4. Algunas circunstancias especiales . . . 411
A. Rechazo del niño 411
B. Enfermedad mental o drogodependencia del progenitor 412
C. Hijo de corta edad 413
D. Hijo adolescente 414
E. Lugares de residencia distintos . . 415

V. EL EJERCICIO DEL DERECHO DE VISITA 416
1. Obligación de ejercicio 416
2. Límites al ejercicio del derecho de visita 417
3. Obligaciones del guardador 419

VI. ABUSO E INCUMPLIMIENTO DEL DERECHO DE VISITA 420
1. Consecuencias jurídicas: criterios para establecerlas 421
2. No devolución del menor 424
3. Retrasos 426
4. No convivencia con el menor durante las estancias 427
5. No ejercicio del derecho de visita . . . 429
6. Transgresión de los límites 430
7. Falta de cuidados 431
8. Abuso del derecho de comunicación . . . 432
9. Conductas reprochables del guardador . . 433

VII. ANALISIS DE LAS CIRCUNSTANCIAS HABITUALMENTE ESGRIMIDAS PARA LA MODIFICACION DEL REGIMEN DE VISITAS . . . 435
1. Cambios de residencia 435
2. Convivencia marital del progenitor visitante 436
3. Edad del menor 436
4. Enfermedad mental o drogodependencia . 437
5. Rechazo del niño 437
6. Abuso o incumplimiento 438

CONCLUSIONES 439

INDICE DE AUTORES CITADOS 449

INDICE CRONOLOGICO DE LA JURISPRUDENCIA CITADA 465

ABREVIATURAS

AA.VV.	Autores varios
AC	Actualidad Civil
ADC	Anuario de Derecho Civil
ADL	*Actualités Dalloz Législation*
AP	Audiencia Provincial
AT	Audiencia Territorial
C.A.	*Cour d'appel*
C.Cass.	*Cour de cassation*
C.Cass., Civ.	*Cour de cassation*, Sala Civil
C.Cass., Crim.	*Cour de cassation*, Sala Criminal
CCJC	Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil
D.	*Recueil Dalloz*
D., IR.	*Recueil Dalloz, Informations Rapides*
D., J.	*Recueil Dalloz, Jurisprudence*
D., Somm.Comm	*Recueil Dalloz, Sommaires Commentés*
DFP	*Il Diritto di Famiglia e Delle persone*
JCP	*Juris Classeur Périodique (La Semaine Juridique)*
RA	Repertorio Aranzadi
RCDI	Revista Crítica de Derecho Inmobiliario
RGD	Revista General de Derecho
RJC	Revista Jurídica de Cataluña
RDP	Revista de Derecho Privado
RTDC	*Revue Trimestrielle de Droit Civil*
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
SAT	Sentencia de la Audiencia Territorial
SJPI	Sentencia del Juzgado de Primera Instancia
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional

STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TC	Tribunal Constitucional
TS	Tribunal Supremo

INTRODUCCION

El legislador, al reformar en 1981 el Código civil, abandonó los que hasta entonces habían sido criterios diferenciadores de regímenes jurídicos para los hijos (legitimidad, ilegitimidad, y sus distintas variantes) estableciendo un régimen único según el cual la patria potestad corresponde a ambos progenitores y el ejercicio de la misma es conjunto.

A pesar del establecimiento de un régimen jurídico único, el legislador consideró que existe una circunstancia fáctica que necesariamente ha de tener repercusiones importantes en la situación jurídica de los hijos: la no convivencia de los padres, pues cuando los padres no convivenel hijo tiene que hacerlo con uno u otro, circunstancia que necesariamente ha de reflejarse en su situación jurídica.

Y es justamente el hecho de que bajo la aparente unidad del régimen jurídico de la patria potestad el legislador haya establecido *de facto* dos regímenes según que los padres convivan o no convivan, lo que en un primer momento nos ha llevado a fijar nuestra atención sobre este tema.

Pero, al ahondar un poco más en el estudio del mismo, hemos podido comprobar que existen otras razones que reafirman este interés.

La primera se encuentra en la importancia práctica de este tema, que se ve corroborada por el cada

día mayor número de menores que se encuentran en la situación objeto de nuestro estudio, y por el muy alto nivel de conflictividad de estas situaciones.

Además, existen razones pertenecientes al propio ámbito jurídico que impelen a detener la atención con cierta profundidad en este tema.

En primer lugar, la existencia de una dualidad de regulaciones de las cuestiones referidas a la situación de los hijos de padres que no conviven -en el ámbito de las relaciones paterno-filiales (Título VII del Libro I del Código civil) y entre los efectos comunes a la nulidad, la separación y el divorcio (Capítulo IX, del Título IV, del Libro I)-, regulaciones que se establecieron por dos Leyes tramitadas de forma paralela, la de 13 de mayo de 1981 que modificó el Código en materia de patria potestad, y la de 7 de julio de 1981 que lo hizo en materia de separación, divorcio y nulidad, sin que se aclarase si se trata de regulaciones excluyentes o complementarias, o si la primera es la reglamentación general mientras que la segunda es la reglamentación para un caso particular.

En segundo lugar es una regulación incompleta, que deja sin solución muchos problemas que la práctica plantea. Por ejemplo, no establece los extremos sobre los que necesariamente ha de resolver el juez en defecto de acuerdo de los padres, ni los derechos que corresponden al progenitor que no convive con los hijos y no tiene el ejercicio de la patria potestad, ni el régimen de funcionamiento del ejercicio conjunto cuando los padres no conviven, tampoco establece con claridad los poderes de las partes y del juez en los procesos en que se haya

de resolver sobre estas cuestiones, problemas todos ellos resueltos por los ordenamientos de nuestro entorno. Esta ausencia de regulación de cuestiones concretas hace que las mismas sean resueltas de una forma distinta por cada juez o tribunal que se enfrenta a ellas.

En tercer lugar, el problema de las divergentes soluciones a que da lugar la deficiente regulación se agudiza por el hecho de que los procesos matrimoniales -en los que se conoce de la mayor parte de los casos de hijos de padres que no conviven- tienen vedada la casación, salvo el recurso en interés de ley interpuesto por el ministerio fiscal, y, dado que el ministerio fiscal no hace uso de esta facultad, nos encontramos con que las normas que disciplinan la situación de los hijos de padres que no conviven son objeto de las más diversas interpretaciones, a menudo enfrentadas entre sí, situación indudablemente generadora de inseguridad jurídica.

En esta situación viene por último a incidir otra característica de la regulación de la situación de los hijos de padres que no conviven surgida de las Leyes de reforma de 1981, cual es el amplio papel que juega la discrecionalidad judicial, que viene a ahondar aun más las diferencias de interpretación.

Por fin, como último dato relevante del conjunto de normas que regulan la situación de los hijos cuando sus padres no conviven, llama la atención que en este ámbito la cualidad de hijo matrimonial o no matrimonial vuelva a adquirir relevancia jurídica. Esto es así puesto que en virtud de la misma serán o no aplicables determinadas normas sustantivas (arts. 90 a 104) y serán distintas las vías procesales por las que se podrán hacer

efectivos los derechos y obligaciones reconocidos. Esto contradice una de las intenciones más claras del legislador de 1981, que fue que la distinción entre hijos matrimoniales y no matrimoniales no tuviese ninguna repercusión en el ámbito de los efectos de la filiación, llevando hasta sus últimas consecuencias el principio de no discriminación establecido por la Constitución, intención claramente manifestada por el Ministro de Justicia, Sr. Fernández Ordóñez, en su discurso ante el Pleno del Congreso de los Diputados el 16 de diciembre de 1980[1].

Todas estas disfunciones de la regulación y de la práctica procesal que inciden en la situación jurídica de los hijos de padres no convivientes, unidas a la relevancia práctica que tienen estas cuestiones -por el número de personas implicadas y por el tenor de los problemas que para ellas supone- han hecho que volquemos nuestra atención y nuestro estudio en intentar resolver los problemas de fondo que esta cuestión plantea, como camino que consideramos más adecuado para intentar encontrar solución a las cuestiones más concretas.

---

[1]. Documentación Jurídica, 1982, p.714.

DELIMITACION DEL SUPUESTO

1. Individualización de supuestos

Nos proponemos pues estudiar la situación jurídica de todos los niños cuyos padres no conviven, sea cuál sea el revestimiento legal que presente dicha situación. Varias razones sustentan la consideración conjunta de todos estos supuestos: en primer lugar, el que los problemas reales que la no convivencia de los padres plantea a los hijos y a los padres en relación con ellos, son idénticos en todos los casos; en segundo lugar, la intención del legislador que, tal como antes hemos señalado, fue establecer un régimen único para las relaciones paterno-filiales, como deja patente la lectura del Titulo VII del Libro I del Código, sin que la falta de convivencia entre los padres sea razón que justifique la modificación de este esquema general; por último, la postura de los órganos judiciales que, dada la identidad de problemas, establecen por reglas general las mismas soluciones sea cual sea la situación jurídica existente entre los padres y la filiación de los hijos.

Por lo tanto, en nuestro tema de estudio entrarán los siguientes casos:

- los hijos no matrimoniales cuyos padres no vivan juntos, hayan convivido con anterioridad o no lo hayan hecho nunca;

- los hijos matrimoniales cuyos padres estén separados de hecho;

- los hijos matrimoniales cuyos padres estén separados judicialmente, divorciados o cuyo matrimonio haya sido declarado nulo.

Un caso particular es el de los hijos matrimoniales de padres divorciados, separados o cuyo matrimonio haya sido declarado nulo, pero que hayan vuelto a convivir. Aunque no son hijos de padres que no conviven y por lo tanto deberían estar sometidos al régimen común de la patria potestad, presentan la particularidad de que su situación ha sido regulada por la correspondiente sentencia de separación, divorcio o nulidad

El artículo 84 del Código contempla el supuesto de la reconciliación en los casos de separación, estableciendo que dicha reconciliación deja sin efecto la sentencia de separación previa comunicación de aquélla al juez, pudiendo éste mantener o modificar las medidas relativas a los hijos si existe causa que lo justifique.

Nada se dice en el Código de los efectos de la reconciliación en los casos de divorcio o nulidad, circunstancia lógica desde el punto de vista de las relaciones entre los que fueron cónyuges, pues la reconciliación no puede hacer revivir un matrimonio que fue disuelto o anulado. Pero los efectos de dicha reconciliación sobre la situación de los hijos sí hubiese necesitado alguna atención, pues los derechos y deberes de los padres respecto de ellos están regulados en la correspondiente sentencia partiendo de una situación de hecho -la falta de convivencia entre ellos- que ya no existe y, por lo tanto, hubiese sido necesario aclarar qué efectos tiene la nueva situación fáctica de convivencia sobre dichos aspectos.

En ausencia de tal regulación específica, la solución puede venir dada por la aplicación a estos casos del art. 84, pues con respecto a los hijos y a los derechos y deberes que los padres tienen hacia ellos, las

sentencias de separación, divorcio y nulidad tienen idénticos efectos, e idénticos efectos debe tener la nueva situación de convivencia entre ellos.

2. Limitación a los aspectos personales

La situación jurídica de los hijos de padres separados presenta distintos aspectos que, al igual que ocurre con la patria potestad en general, se pueden clasificar en personales y patrimoniales (o al menos no estrictamente personales, como es el caso de la representación).

La necesaria limitación del tema nos ha hecho circunscribir nuestro estudio a los aspectos exclusivamente personales, esto es, la guarda de los hijos, el derecho de visita y el ejercicio de la patria potestad. La razón principal de tal delimitación se encuentra, sin embargo, en la peculiaridad de los problemas que estos aspectos personales presentan, en la peculiaridad de los principios que los informan, que los distinguen de todas las cuestiones habitualmente tratadas por el Derecho Civil -definidas por su naturaleza principalmente patrimonial-, e incluso de los propios aspectos patrimoniales de esta misma situación. Esta peculiaridad hace que las categorías clásicas del Derecho Civil -como, por ejemplo, las reacciones frente al incumplimiento de las obligaciones- no tengan aquí una aplicación directa, lo que otorga a los aspectos personales un especial interés.

Además, los aspectos no estrictamente personales, como la representación y la administración de los

bienes, han sido objeto de recientes estudios[2], y son cuestiones que no varían sustancialmente convivan o no convivan los padres. El tema de los alimentos a los hijos cuando sus padres no conviven sí merecería un estudio en profundidad, que sintetizase el ingente volumen de sentencias que sobre la materia se han dictado, que reflexionase sobre cuáles son los criterios que pueden permitir establecer pensiones que realmente se adapten a las necesidades de los hijos, aunque sin olvidar las de los padres, y por último que afrontase el mayor problema de esta cuestión, que es el impago de las pensiones, problema que hace que hoy en día esté surgiendo una nueva categoría de pobres constituida por las familias monoparentales, categoría que ya ocupa en los Estados Unidos un puesto destacado en las estadísticas de pobreza. Este estudio queda, sin embargo, totalmente fuera de nuestro ámbito, y también de nuestro alcance.

EL ESTUDIO DE LOS ASPECTOS PERSONALES Y SUS CONDICIONANTES

Nuestro objeto de estudio lo constituirán por lo tanto los aspectos personales de la situación jurídica de los hijos cuando sus padres no conviven, es decir, la guarda o cuidado de los hijos (Capítulo Quinto), el ejercicio de la patria potestad (Capítulo Sexto) y el derecho de visita (Capítulo Séptimo).

---

[2]. LINACERO DE LA FUENTE, *Régimen patrimonial de la patria potestad* (1990); VENTOSO ESCRIBANO, *La representación y disposición de los bienes de los hijos* (1989).

Pero previamente al estudio concreto de dichos temas es necesario atender a ciertas cuestiones generales que condicionan la determinación final de los mismos.

La situación de los hijos de padres que no conviven viene en primer lugar condicionada por la regulación que de la misma hacen las normas sustantivas, que son casi exclusivamente las introducidas en nuestro ordenamiento por las Leyes de reforma de 13 de mayo y 7 de julio de 1981. Los problemas generales que plantea la regulación sustantiva serán objeto de estudio en el Capítulo Segundo.

Pero la situación que estudiamos presenta ciertas características de hecho y de derecho -como la frecuencia del desacuerdo entre los padres que no conviven, o la necesidad impuesta por la Ley de que la sentencia matrimonial resuelva sobre la situación de los hijos- que hacen que la determinación de la situación de los hijos esté en gran medida condicionada por cuestiones procesales, principalmente por los poderes que en relación con la conformación y dirección del proceso corresponden al juez y a las partes.

Estas cuestiones están a su vez directamente relacionadas con la naturaleza de las normas que disciplinan la situación jurídica de los hijos, pero también de las que disciplinan la separación, el divorcio y la nulidad, pues es en los procesos matrimoniales donde en mayor proporción se resuelve sobre la situación de los hijos en los casos de falta de convivencia de los padres.

Por esta razón hemos procedido en el Capítulo Tercero a un análisis rápido de las vías judiciales por las que se puede conocer de la situación jurídica de los

hijos en estas situaciones, con una especial atención al proceso matrimonial, pues es el único expresamente previsto para el conocimiento de las mismas (entre otras cuestiones). Y como las peculiaridades del proceso matrimonial, y en particular el análisis de los poderes de dirección del proceso que corresponden al juez y a las partes, no pueden ser entendidos sin una referencia a la naturaleza de las normas que disciplinan estas cuestiones, hemos considerado igualmente necesario tratar de dar, como cuestión previa, una somera idea de las características que, a nuestro entender, tienen hoy en día estas normas (Capítulo Primero).

Por fin hemos reservado el Capítulo Cuarto al estudio de la otra vía posible para la fijación de la situación de los hijos cuyos padres no conviven, la voluntad de los padres manifestada en convenio, vía a la que la regulación procesal reserva expresamente un lugar en los procesos matrimoniales, pero cuyo ámbito puede extenderse mucho más, sobre todo en las separaciones de hecho de padres casados.

PARTE PRIMERA:

CUESTIONES GENERALES SOBRE LA SITUACION JURIDICA DE LOS HIJOS CUYOS PADRES NO CONVIVEN

CAPITULO PRIMERO

CONDICIONANTES DERIVADOS DE LA NATURALEZA ESPECIAL DEL DERECHO DE FAMILIA

I. LA NATURALEZA ESPECIAL DEL DERECHO DE FAMILIA

II. LA COMPLEJIDAD DEL TEMA: SUS RAZONES
   1. La constante transformación de la familia en nuestra historia reciente
   2. La existencia de distintos intereses en el Derecho de Familia
   3. La evolución de la naturaleza del Derecho de Familia en una doble dirección
      A. Las relaciones personales inter-conyugales
      B. Las relaciones patrimoniales inter-conyugales
      C. Las relaciones paterno-filiales

III. LAS RELACIONES PATERNO-FILIALES EN EL DERECHO ACTUAL
   El interés del menor como principio superior de nuestro ordenamiento

CAPITULO PRIMERO

CONDICIONANTES DERIVADOS DE LA NATURALEZA DEL DERECHO DE FAMILIA

I. LA NATURALEZA ESPECIAL DEL DERECHO DE FAMILIA

Como todos sabemos, la naturaleza del Derecho de Familia ha sido siempre una cuestión controvertida. A pesar de ello, toda la comunidad de juristas coincide en afirmar que el Derecho de Familia presenta unas características fuertemente diferenciadoras con respecto al resto del Derecho civil. Para algunos, como CICU y sus seguidores[1], estas características diferenciadoras son tan señaladas que conducen a negar que el Derecho de Familia sea Derecho privado. Sin embargo, tal postura ha sido hoy en día abandonada por sus propios seguidores. CARBONNIER llega quizás más lejos, pues al afrontar el tema plantea la cuestión de si el Derecho de Familia es o no verdadero Derecho, con lo que en realidad pretende señalar cuán diferente le parece esta disciplina[2]. Otros, menos drásticos a la hora de plantear las diferencias, aceptan sin embargo sin discusión la peculiaridad del Derecho de Familia. Incluso un no jurista piensa que no

---

[1]. Ver CICU, *"El Derecho de Familia"* (edición original 1914), y una recopilación de las teorías de este autor y de sus seguidores en J.BELTRAN DE HEREDIA, *"La doctrina de Cicu sobre la posición sistemática del Derecho de familia"*, en RDP, 1965, pp. 819-845.

[2]. CARBONNIER, *Droit civil. 2. La Famille, les Incapacités* (10ª edición, 1977), p.16.

es lo mismo regular la filiación o el matrimonio que el contrato de compraventa.

El verdadero problema no está pues en afirmar que el Derecho de Familia tiene una naturaleza especial, sino en determinar cómo se manifiesta dicha especialidad, y cuáles son las razones de la misma. En este punto no existe ya unanimidad alguna, sino por el contrario opiniones fuertemente encontradas, y a veces incluso manifestaciones contradictorias de un mismo autor.

A pesar de ello, intentaremos encontrar las razones de la especialidad del Derecho de Familia, así como las manifestaciones de la misma. Nos centraremos principalmente en las esferas que directamente afectan a la determinación de la situación jurídica de los hijos de padres que no conviven, es decir, en la esfera de las relaciones paterno-filiales en la que directamente se encuadra dicha situación, y en la esfera de la disolución del matrimonio, porque en los procesos que a ésta se refieren se regula en la mayor parte de las ocasiones aquella situación.

II. LA COMPLEJIDAD DEL TEMA: SUS RAZONES

A nuestro entender, existen varias razones que complican el estudio de la naturaleza del Derecho de Familia.

1. La constante transformación de la familia en nuestra historia reciente

El factor que a nuestro entender más distorsiona el tema de la naturaleza del Derecho de Familia es el cambio incesante a que han estado sometidos desde hace cuatro o cinco siglos, en todo el mundo occidental, la familia, el Derecho de Familia, y, sobre todo, las ideas que sobre la familia tiene la sociedad.

Creemos, en efecto, que es éste el factor determinante de la general discusión que existe sobre la naturaleza del Derecho de familia. Mientras que en otros sectores del ordenamiento o bien se han mantenido las mismas instituciones con contenidos muy similares, o bien han cambiado radicalmente, rompiendo con los principios hasta entonces informantes, en el Derecho de Familia se han mantenido las mismas instituciones pero han ido variando de contenido, hasta llegar a resultados muy diferentes de los de origen.

Desde hace cinco siglos la familia no ha cesado de cambiar[3]. A remolque de estos cambios en la realidad social se han ido produciendo cambios en las ideas sobre la familia y en el Derecho que la regula. Pero estos cambios no han estado acompañados de una teorización clarificadora -quizás porque cuando se trata de la familia están demasiado presentes sentimientos e ideolo-

---

[3]. Nos hemos acercado a las transformaciones de la familia principalmente a través de los estudios históricos que sobre la familia occidental han realizado GOODY (*L'évolution de la famille et du mariage en Europe*, edición original 1983), CASEY (*Historia de la familia*, edición original 1989), y DONZELOT (*La policía de las familias*, edición original 1977), así como con el resumen crítico de la bibliografía existente en esta materia que hace ANDERSON (*Aproximaciones a la historia de la familia occidental, 1500-1914*, edición original 1980). Sobre la evolución de la situación del niño en la familia, hemos consultado la obra de ARIES, *El niño y la vida familiar en el Antiguo Régimen* (edición original 1972).

gía para que sea posible tal teorización, quizás, sobre todo, porque la familia no ha sido considerada hasta épocas muy recientes como objeto de estudio[4]-, de tal forma que hoy en día nos encontramos con que conviven tres concepciones distintas de la familia, que se superponen -la concepción originaria, que corresponde a la sociedad pre-industrial, la concepción intermedia, que corresponde a la sociedad industrial, y una nueva hacia la que todavía estamos evolucionando, que corresponde a la sociedad post-industrial[5]-, así como un Derecho de Familia en el que coexisten normas que responden a cada una de las tres concepciones de la familia, pues tal como señala RAUCENT: «en el Derecho de Familia que, más que cualquier otro, está cercano a la vida cotidiana, se pueden reseñar muy particularmente dependencias estrechas entre las condiciones de existencia de un pueblo y el Derecho que se ha dado».

«Sin embargo -sigue diciendo este autor-, igual que no es inmediata, esta dependencia del Derecho no es completa. Las ideas nuevas caminan durante mucho tiempo en las cabezas antes de penetrar en el Derecho. A decir verdad no llegan nunca a penetrar completamente. El Derecho no deja de estar gobernado por el pasado, incluso por un pasado hace mucho tiempo superado»[6]. Este fenómeno es el que lleva a CARBONNIER a afirmar, al comentar las reformas del Derecho de Familia que se produjeron en

---

[4]. ANDERSON (ya citado) señala que dentro de la hoy en día floreciente bibliografía acerca de la familia occidental, la mayoría de los libros han sido publicados con posterioridad a 1970.

[5]. RAUCENT, *"Quel droit patrimonial pour quelle famille?"*, en AA.VV., Famille, Droit et changement social dans les sociétés contemporaines (1976-1978), p.255.

[6]. RAUCENT, ya citado, p.225.

Francia en 1975, que «el conocimiento del Derecho anterior a 1975 sigue siendo muy útil porque durante más o menos tiempo es posible que algunos profesionales del Derecho y algunos jueces continúen pensando el nuevo Derecho con las categorías antiguas más cercanas»[7].

2. La existencia de distintos intereses en el Derecho de Familia

La segunda causa de la situación de confusión en la que se encuentra el tema de la naturaleza del Derecho de Familia es la disparidad de intereses por él tutelados.

Las contradicciones de la doctrina en lo que se refiere a la naturaleza del Derecho de Familia se centran hoy en día en el carácter público o privado de los intereses por él tutelados -circunstancia que tiene especiales repercusiones sobre la situación jurídica de los hijos cuando los padres no conviven, como más adelante veremos-. Por ejemplo, DIEZ-PICAZO y GULLON afirman en la misma obra[8] que «la familia no es un organismo público o cuasi-público, sino un cauce de desarrollo de fines estrictamente personales, dominado por el principio de personalidad y, por tanto, perteneciente de lleno al mundo del Derecho privado» y, a continuación, que «los poderes familiares dejan de ser un asunto interno, en el que los de fuera nada tienen que ver, y son sometidos cada vez más a controles sociales, considerándose como deberes o como funciones».

---

[7]. CARBONNIER, ya citado, p.211.

[8]. *Sistema de Derecho Civil. IV. Derecho de familia. Derecho de sucesiones* (5ª edición, 1990), pp. 35 y 37.

Podemos darnos cuenta de la dificultad de salvar esta confusión con el ejemplo que nos ofrece ROPPO[9] al decir: «valorar si la creciente atribución de relieve jurídico a la familia de hecho es un fenómeno que supone (...) una intervención más extensa del Estado en la dinámica de las relaciones familiares o, por el contrario, supone una reducción de esta intervención, es una cuestión singularmente compleja. A primera vista parece que dar relevancia a la familia de hecho supone atraer dentro de la esfera del Derecho una realidad que hasta entonces escapaba a su regulación. Pero también puede afirmarse que reconocer a la familia de hecho significa (...) renunciar a atribuir valor absoluto al elemento que en este sistema se presenta como fundamento de la juridicidad de las relaciones de sexo, de sangre, de afecto».

En nuestra opinión esta confusión se origina al considerar el Derecho de Familia como un todo homogéneo en el que todos los intereses presentes son de la misma naturaleza y que, por lo tanto, debe tener características homogéneas. Pensamos, por el contrario, que en el Derecho de Familia se pueden distinguir hoy en día tres esferas. La primera está formada por todas las cuestiones relativas a la constitución y disolución de relaciones de familia. La segunda la constituyen las cuestiones que afectan a los menores. Y por fin, la tercera engloba aquellas cuestiones que no afectan ni a la constitución de relaciones de familia ni a los menores.

---

9. *Il giudice nel conflitto coniugale, (La famiglia tra autonomia e interventi pubblici)* (1981), p.189.

Creemos que estas tres esferas han sido regidas históricamente por principios distintos, que han sufrido evoluciones diferentes -aunque íntimamente ligadas- y que, como resultado de todo ello, hoy en día responden a concepciones, sino enfrentadas, al menos divergentes. En el sector limitado del Derecho de Familia que aquí nos interesa, es decir en el que tiene relación con los hijos y con el matrimonio -en tanto institución que afecta directamente a los hijos-, estas tres esferas se plasman del siguiente modo.

La primera esfera la constituyen las cuestiones relativas a formación y disolución del matrimonio. Estas cuestiones han sido tradicionalmente muy importantes porque, debido al papel económico fundamental que la familia jugaba, a la sociedad le era necesario controlar el establecimiento de vínculos familiares y por ello ha controlado tanto el matrimonio como el divorcio y la separación. Pero hoy en día la familia ya no juega un papel determinante en la economía, por lo que las necesidades que dieron lugar a este control han desaparecido. Dos circunstancias más han ahondado en el mismo sentido: en primer lugar el hecho de que las cuestiones relativas a la constitución y disolución del matrimonio sólo ponen en juego relaciones personales entre seres adultos, los cuales, en los conceptos actuales, no necesitan en principio protección especial, y en segundo lugar el hecho de que la sociedad actual considera que las relaciones de pareja forman parte de la intimidad de cada uno, y deben quedar al margen de intervenciones extrañas a ella. Por todo ello la trascendencia social de esta esfera va perdiéndose, aunque sigue siendo importante como garante de la certeza del estado civil.

La segunda esfera la constituyen las relaciones paterno-filiales, en las que deben incluirse tanto los aspectos personales como los patrimoniales. En estas relaciones existe un manifiesto desequilibrio entre las partes, al ser una de ellas un menor. Por lo tanto, las normas que regulen estos temas habrán de garantizar la protección de los menores, y serán en su mayor parte imperativas. Sin embargo, esto no ha sido siempre así, pues en el pasado la patria potestad era un ejemplo de poder privado.

Por fin, la tercera esfera la constituyen las relaciones patrimoniales entre los cónyuges. Son relaciones en las que sólo intervienen personas con plena capacidad jurídica y en las que, además, no están en juego cuestiones de estado civil. Son por lo tanto cuestiones puramente privadas en la concepción actual. Pero no siempre ha sido así, pues en el pasado la familia era fundamental desde el punto de vista económico, y no se podían dejar estas cuestiones al antojo de las partes. Esto explica la regulación en cierta medida imperativa que tenían los aspectos patrimoniales del matrimonio, de la que todavía quedan rastros en el Derecho de nuestros días.

3. La evolución de la naturaleza del Derecho de Familia en una doble dirección

Después de estas aclaraciones, las afirmaciones que hasta aquí podían parecer contradictorias dejan de serlo en gran medida, pues se puede afirmar que el Derecho de Familia ha sufrido un proceso de privatización y también un proceso de publicitación, sin que haya error

en ello, simplemente ambos fenómenos se refieren a distintas esferas del Derecho de Familia.

A. Las relaciones personales inter-conyugales

En lo que se refiere al ámbito del matrimonio, para la mayoría de los autores que han estudiado detenidamente su evolución, tanto jurídica como sociológica, las sociedades occidentales se hallan inmersas en un movimiento de continua desjuridificación, de continua desregulación del matrimonio en todas sus vertientes: formación, efectos y disolución.

Desde luego en los últimos años ha sido indudable la modificación de este último aspecto, el de la disolución del matrimonio, modificación que se ha producido en todos los países en el sentido de permitir que los cónyuges pongan fin a su matrimonio con mayor libertad.

En los otros aspectos del matrimonio -formación y efectos-, cabe la duda de si también nos encontramos en un proceso de desregulación, pero teniendo en cuenta que ni en el Derecho ni en la sociedad existen los compartimentos estancos, y que, por lo tanto, la reforma de la disolución del matrimonio (también de los regímenes matrimoniales, que son efectos del matrimonio), así como las transformaciones sociales que en ella subyacen, no pueden dejar de tener repercusiones sobre los restantes aspectos.

En nuestro país desde luego, este campo también se ha desregularizado con respecto a la situación anterior a las reformas de 1981; en Francia surgen voces que piden una reforma tanto de la constitución del

matrimonio como de sus efectos[10], sumándose así a un movimiento que ya se había desarrollado en otros países, principalmente los Estados Unidos y los países nórdicos que han estado en los últimos años en la avanzadilla de las reformas del Derecho de Familia, y en los que existe la tendencia a dejar en manos del propio comportamiento social, y no ya del Derecho, todas las cuestiones relativas a la capacidad matrimonial, a los deberes y derechos de los cónyuges, así como a la disolución del matrimonio[11].

Con este fenómeno las sociedades occidentales no crean nada nuevo, sino que se acercan a otras civilizaciones (el mundo islámico, por ejemplo) o a otras épocas (la Roma antigua), en las que el matrimonio y el divorcio no constituían ni deshacían la familia, y por eso quedaban al margen del Derecho, prácticamente dejados a la voluntad de los particulares.

Podemos, por lo tanto, considerar que existe una tendencia general en todo el mundo occidental, a la desjuridificación del matrimonio en todas sus vertientes, tendencia que quedó patente en las Jornadas sobre Familia, Derecho y Cambio social, celebradas en Bruselas en 1976, en las que se comunicaron datos sobre la

---

10. Por ejemplo, CALAIS-AULOY, *"Pour un mariage aux effets limités"*, RTDC, 1988, pp. 255-266.

11. Ver GLENDON, *"La transformation des rapports entre l'Etat et la famille dans l'évolution actuelle du droit aux Etats-Unis"*, en AA.VV., Famille, Droit et changement social, ya citado, p.43.

evolución reciente del Derecho de familia en numerosos países[12].

Esta desjuridificación se manifiesta de distintos modos, dependiendo sobre todo del estado en el que se encuentre el proceso. Entre estas manifestaciones posibles podemos destacar la ausencia total de regulación de cuestiones hasta entonces reguladas, la mayor libertad de los cónyuges para conformar sus relaciones matrimoniales, mayor libertad que a su vez se puede manifestar en el propio contenido de las disposiciones legales o en la pérdida del carácter de *ius cogens* de las mismas.

En particular en nuestro país son manifestaciones de este fenómeno, en primer y como más importante, la introducción del divorcio, pero también la posibilidad de que el matrimonio se disuelva por la sola voluntad de los cónyuges, incluso por la de uno de ellos, y la no intervención del ministerio fiscal en los procesos matrimoniales como tales (sólo interviene cuando hay hijos menores y en lo que a ellos se refiere).

Todo ello no debe hacernos olvidar que se trata de un proceso en curso, no de un proceso acabado, razón por la cual en el estado actual de la evolución las cuestiones matrimoniales siguen siendo consideradas de interés especial para la sociedad, como lo demuestra el que la disolución del matrimonio deba necesariamente ser declarada en un proceso.

---

12. Ver en especial el estudio de síntesis realizado por MEULDERS-KLEIN, *"Famille, Droit et Changement social dans les sociétés contemporaines. Rapport général de synthèse"* en AA.VV., Famille, Droit et Changement social dans les sociétés contemporaines, ya citado, pp. 685-751.

B. Las relaciones patrimoniales inter-conyugales

En etapas anteriores de nuestra historia y de nuestro Derecho, las relaciones patrimoniales entre los cónyuges no se distinguían apenas de los aspectos personales del matrimonio, siendo por lo tanto todas ellas cuestiones con una fuerte carga pública. Es en el momento actual cuando se pueden distinguir sus evoluciones.

En el pasado las cuestiones patrimoniales no eran cuestiones privadas, muy al contrario su regulación era en gran medida de carácter imperativo porque era el propio orden económico de la sociedad el que estaba en juego. Como bien dice MEULDERS-KLEIN[13], «El lugar reservado al cónyuge en la organización de las relaciones patrimoniales familiares, durante el matrimonio, como después del fallecimiento, constituye a través de la historia uno de los más potentes reveladores de la ideología dominante de la familia y del matrimonio en relación con la propiedad, y del papel atribuido a los cónyuges en estas tres instituciones».

Pero hoy en día las relaciones patrimoniales entre los cónyuges no sólo han dejado de ser trascendentales para la economía general, sino que son prácticamente irrelevantes. Los intereses en presencia no son ya intereses públicos sino intereses privados, lo que se manifiesta en las normas que regulan las relaciones patrimoniales entre los cónyuges, que conceden a éstos una gran libertad, y en su transformación en normas de Derecho disponible.

---

[13]. MEULDERS-KLEIN, ya citado, p.704.

La absoluta libertad de los cónyuges en el ámbito patrimonial sólo se ve limitada por la aparición de la figura del régimen matrimonial primario, cada vez más fortalecido, cuyo significado veremos más adelante.

C. La relaciones paterno-filiales

En el ámbito de las relaciones paterno-filiales nos encontramos con el fenómeno inverso al que han sufrido las relaciones inter-conyugales, pues esta esfera, que partía de una situación en la que las relaciones paterno-filiales eran absolutamente privadas, se encuentra inmersa en un proceso de publicitación creciente.

La preocupación actual por la situación de los niños[14], unida a ciertas condiciones sociales que quizás favorecen los malos tratos a los hijos (ruptura de estructuras familiares amplias, mayor intimidad de las familias, así como el mayor peso que recae sobre personas aisladas con cargas familiares), hacen que la sociedad considere hoy en día que el cuidado de los hijos es una cuestión de interés general, que no se puede abandonar a la voluntad de los particulares. Esto ha provocado un proceso de publicitación creciente del Derecho que regula las relaciones paterno-filiales, manifestado primero en la aparición del principio de protección del interés de los menores como criterio rector de esta esfera, y en una segunda etapa, en la paulatina conversión del mismo en principio de orden público.

---

14. Surgida prácticamente de la nada a partir del siglo XVIII y que no ha dejado de crecer desde entonces (ver ARIES, ya citado).

El carácter público de estas cuestiones se manifiesta de distintas formas: el carácter imperativo de aquellas normas que tienen como finalidad proteger el interés de los hijos, la intervención del ministerio fiscal en los procesos matrimoniales cuando existen hijos menores de edad, y la amplia discrecionalidad de que goza el juez a la hora de decidir sobre cuestiones que afecten a los hijos, como una vía general de adecuación de las soluciones judiciales a este principio superior.

Nos encontramos pues con un doble fenómeno de privatización de unas esferas del Derecho de Familia y publicitación de otras. En opinión de varios autores estos dos fenómenos están en realidad íntimamente conectados. Así NEIRINCK[15] afirma que «la flexibilización de las condiciones del divorcio conlleva un control de sus efectos, tanto en lo que concierne a la guarda de los hijos, como al pago de las pensiones alimentarias». De la misma forma LEVASSEUR[16] afirma que puede discernirse «una tendencia a mantener, por medio del Derecho penal, en esta vida familiar una suficiente protección del niño, al mismo tiempo que se flexibilizan considerablemente los lazos familiares y, en particular, los lazos conyugales». DONZELOT[17] retrotrae esta relación a épocas más remotas al poner de relieve que cuando el divorcio

---

15. NEIRINCK, *La protection de la personne de l'enfant contre ses parents* (1984), p.10.

16. LEVASSEUR, *"Les transformations du Droit pénal concernant la vie familiale"*, Archives de Philosophie du Droit, Tome 20, Réformes du Droit de la Famille, p.60.

17. Ya citado, p.92.

fue definitivamente aceptado en Francia en 1884, enseguida se vio acompañado de leyes limitadoras de la patria potestad, la cual hasta entonces había constituido un poder absoluto de los padres. Para este autor, la nueva libertad que rodeó al contrato matrimonial, se vio compensada con una suerte de compromiso con el Estado, el de cuidar adecuadamente a los hijos, bajo pena de ver a este mismo Estado penetrar en la intimidad de la propia familia.

En el mismo sentido, pero mirando esta vez hacia el futuro, la propuesta de Ley Uniforme para el Matrimonio y el Divorcio (UMDA) de los Estados Unidos, (propuesta a todos los Estados, como modelo deseable para el desarrollo de la legislación en un determinado ámbito, y exponente, por lo tanto, de cuáles son las tendencias legislativas) establece el matrimonio por simple registro -lo que supone dejar en manos de las partes las condiciones de celebración del mismo-, pero obliga a hacer constar el número de la Seguridad Social (que es en Estados Unidos la verdadera identificación de las personas) en la solicitud de licencia, exigencia que tiene como finalidad asegurar que en el caso de disolución del matrimonio se puedan cobrar las pensiones alimentarias a aquél que haya abandonado el hogar familiar, asegurando de esa forma el bienestar de los hijos.

Creemos que queda por lo tanto establecida la interconexión existente entre la desjuridificación del matrimonio, y la publicitación de las relaciones paterno-filiales.

Esta interconexión queda igualmente de manifiesto en el reforzamiento del régimen económico prima-

rio, del que se ha dicho[18] «que expresa la búsqueda de un equilibrio entre la libertad de los esposos y la protección mínima del grupo familiar que han decidido formar», y que, por lo tanto, «la regulación del régimen primario debe considerarse no sólo imperativa, sino de orden público».

III. LAS RELACIONES PATERNO-FILIALES EN EL DERECHO ACTUAL

La evolución de las relaciones paterno-filiales se produjo esencialmente durante los siglos XIX y XX, partiendo de una situación en la que los derechos de los padres sobre los hijos eran "absolutos". Esto daba lugar en ocasiones a situaciones de malos tratos, de abandono, etc, y de ahí surgió el convencimiento general de que no se podía tolerar cualquier comportamiento por parte de los padres. Pero, la patria potestad había sido siempre concebida como un poder absoluto, que no admitía intervenciones ajenas, pues no tenía más límite que el temporal. Filósofos[19], filántropos, juristas, estudiosos de la cosa pública en general[20], intentaron encontrar argumentos que permitiesen la intervención del Estado en los casos en que fuese necesaria.

---

18. MEULDERS-KLEIN, ya citado, p.712.

19. Ya desde tiempos anteriores se habían preocupado por estos temas, de lo cual puede verse un interesante resumen en DUFOUR, *"Autorité maritale et autorité paternelle dans l'Ecole du droit naturel moderne"*, Archives de Philosophie du Droit, Tome XX, Réforme du Droit de la Famille, pp. 89-127.

20. Ver DONZELOT, ya citado.

La evolución del Derecho no se hizo esperar. Partiendo de la premisa clara de que la patria potestad no podía permitir cualquier comportamiento por parte de los padres, nació la idea de función parental, que significa que los padres, en relación a sus hijos, sólo tienen una función, es decir, un conjunto de derechos y deberes concedidos con una finalidad, proteger al hijo. Por lo tanto cuando esa finalidad no se cumpla adecuadamente, cuando los derechos concedidos en vistas a ella sean mal empleados, el progenitor podrá ser privado de la función parental[21].

Esta idea de función parental ha cumplido correctamente su cometido, es decir, ha permitido encontrar base teórica para la necesaria intervención estatal en los casos en que los hijos son sometidos a malos tratos, abandonados, etc.

Ahora bien, hay que tener cuidado con que los argumentos que sirvieron adecuadamente a la finalidad de impedir los abusos de la patria potestad no nos lleven demasiado lejos. En efecto, si se acepta la afirmación según la cual los padres no tienen derechos propios respecto de sus hijos, sino facultades que el legislador les concede junto con el encargo de criar y educar a sus hijos, hay que aceptar todas sus consecuencias, y entre ellas que el Estado pueda encargar tales funciones a personas distintas de los padres cuando considere que están en situación de desarrollarlas más adecuadamente.

Es indudable que esta última idea es inaceptable en nuestra sociedad actual, lo que nos ha de llevar a pensar que la idea que está en su base, es decir, que

---

[21]. Ver CICU, ya citado.

los padres carecen de derechos respecto de sus hijos, es una idea equivocada.

Cierto es que en nuestro Derecho no se reconoce explícitamente el derecho de los padres a criar y educar a sus hijos, pero la ausencia de tal reconocimiento no significa necesariamente que tal derecho no exista sino que, por el contrario, puede ser fruto del convencimiento de que la afirmación de tal derecho es innecesaria pues su existencia es innegable. En otros ordenamientos cercanos al nuestro tal derecho es objeto de un reconocimiento explícito, normalmente a nivel constitucional[22], y tal afirmación puede no ser superflua en momentos en los que, como en la actualidad, existe una cierta tendencia a olvidarse de tal derecho, al menos en algunos casos concretos.

Sin embargo, a pesar de la falta de reconocimiento explícito, es indudable que nuestro ordenamiento tiene en su base la idea de que a los padres corresponde ocuparse de sus hijos mientras éstos lo necesitan, que tienen el derecho y el deber de hacerlo, y que este derecho sólo cede cuando el interés de los hijos lo exige imperiosamente. Manifestación primera de que este derecho está en la base del sistema que organiza las relaciones paterno-filiales es que la patria potestad de los padres

---

[22]. Art. 6-2 de la Ley Federal alemana: «El cuidado y la educación de los hijos constituyen a la vez un derecho natural de los padres y su primer deber. El Estado supervisa sus funciones.»; art. 6-3: «Sólo en virtud de una ley podrán los hijos ser separados de su familia contra la voluntad de sus legítimos educadores cuando éstos falten a su deber o, por otros motivos, los hijos corran peligro de desamparo».

Art. 36-6 de la Constitución portuguesa: «Los hijos no podrán ser separados de los padres, salvo cuando éstos no cumplan sus deberes fundamentales con ellos y siempre en virtud de auto judicial».

sólo es objeto de reconocimiento por el legislador, no de concesión, como ocurre por ejemplo con la tutela.

Por otra parte, dado que este derecho de los padres ha sido reconocido (en su art. 9-1[23]) por la Convención de los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, ratificada por España el 31 de diciembre de 1990, y teniendo en cuenta que los tratados ratificados por nuestro país forman parte de nuestro ordenamiento jurídico, podemos afirmar que en la actualidad el derecho de los padres a criar y educar a sus hijos tiene reconocimiento expreso en nuestro Derecho.

Por todo ello podemos decir que en el momento actual la organización de las relaciones paterno-filiales en nuestro país descansa sobre la idea de que a los padres corresponde el derecho a criar y educar a sus hijos, derecho del que sólo pueden ser privados en el caso de que el bienestar de los hijos se halle en peligro.

Pero, ¿qué alcance se le ha de dar a este derecho? Poco se ha reflexionado en nuestro Derecho al respecto. Por el contrario, el Derecho alemán presenta una copiosa jurisprudencia en la que su Tribunal Constitucional ha interpretado el derecho que a los padres reconoce el art. 6-2 de la Ley Fundamental «de cuidar y educar a sus hijos»: a pesar de que el segundo inciso de este artículo establece que «el Estado supervisa sus funciones», lo que podría ser interpretado como una

---

23. «Los Estados Partes velarán porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño.»

fuente de limitaciones al derecho de los padres, el Tribunal Constitucional alemán ha afirmado reiteradamente que el art. 6-2 reconoce a los padres un derecho a decidir autónomamente, sin intervención del Estado, lo que es más conveniente para sus hijos[24].

También en nuestro Derecho, aunque de modo no explicitado, la autonomía de los padres en la organización de las relaciones paterno-filiales es la base del sistema, con el único límite de que los criterios seguidos por aquéllos no pongan en peligro al niño. La organización jurídica de las relaciones paterno-filiales, de la vida de los menores, está basada en la presunción de que lo que los padres hacen es lo mejor para sus hijos. CARBONNIER[25] afirma que nuestro sistema jurídico sigue reposando, sin decirlo, sobre la presunción ancestral de que el interés del niño coíncide con el de sus padres, y que por lo tanto a ellos corresponde decidir, antes que a terceros. Esta presunción sólo cede si se demuestra que el comportamiento de los padres es contrario al interés de los hijos.

El art. 27-3 de nuestra Constitución, que reconoce a los padres el derecho a educar a sus hijos en las creencias que estimen más convenientes sólo puede estar basado en la existencia de un derecho más general a criar y educar a los hijos según los propios criterios.

---

24. Ver WEYERS y KUNHN-PÄBST, *"Apuntes sobre la evolución del Derecho civil de la República Federal de Alemania en 1981/82"*, ADC 1984, p.163; y SEISDEDOS MUIÑO, *La patria potestad dual* (1988), p.297.

25. Ya citado, p.539.

Sin embargo, como este derecho de los padres a criar y educar a sus hijos es reconocido a ambos progenitores sin preeminencia de ninguno de ellos sobre el otro, puede ocurrir que, en ciertas ocasiones, los padres no estén de acuerdo en la forma de actuar respecto del hijo, por lo que es necesario articular un mecanismo que permita resolver los desacuerdos cuando se produzcan. La solución generalizada en los ordenamientos de nuestro entorno es establecer una vía que permita a cualquiera de los padres recurrir al juez para que decida. Pero la idea de autonomía familiar debe seguir vigente en estos casos, y puesto que la intervención del juez sólo está justificada por la necesidad de resolver el "empate", aquél sólo podrá decidir entre las propuestas de los padres, de tal forma que la solución que se dé al problema sobre el que se resuelve sea una solución nacida dentro de la familia, con la menor intervención posible de terceros ajenos a ella.

Cuando los padres no conviven, la presunción de que los mismos actúan conforme al interés de los hijos sigue vigente. Pero, teniendo en cuenta que en estos casos el desacuerdo entre los padres es frecuente se establece un mecanismo de funcionamiento automático para que el juez resuelva los posibles enfrentamientos existentes entre los padres sobre la forma de organizar la vida de los hijos, mecanismo que consiste en la obligación de resolver sobre la situación de los hijos en toda sentencia de separación, divorcio o nulidad. Ahora bien, puesto que la entrada en funcionamiento de dicho mecanismo está justificada por el probable desacuerdo de los padres, este mecanismo debe estar dirigido a resolver

este desacuerdo, es decir, a decidir cuál de las soluciones propuestas por los padres se adapta mejor al interés de los niños, y ésta será, en principio, la única misión del juez. Además, como este mecanismo está basado en la idea de que existe un desacuerdo entre los padres, cuando este desacuerdo no exista, el juez habrá de limitarse a aprobar el acuerdo de los padres. De esta forma queda suficientemente preservado el principio de autonomía familiar[26].

A pesar del reducido papel que, como hemos visto hasta ahora, tiene encomendado el juez, y puesto que la presunción de que la actuación de los padres redunda siempre en interés de los hijos es una presunción *iuris tantum*, si el juez en su intervención detectase elementos que le hiciesen sospechar, o le llevasen a la convicción, de que la actuación de los padres no es en el caso concreto conforme al interés de los hijos, entonces sus poderes de intervención se verían ampliados: podría comprobar si las soluciones propuestas suponen o no un peligro para los hijos, indagar qué otras soluciones podrían satisfacer correctamente ese interés, etc.

El interés del menor como principio superior de nuestro ordenamiento

Ha surgido pues un concepto nuevo, el "interés del menor", sobre el que parece necesario establecer algunas precisiones antes de continuar, principalmente porque no hay acuerdo sobre si se trata de un interés público o privado y sobre cuáles son los instrumentos adecuados para su defensa.

---

[26]. ROPPO, ya citado, p.291.

Aunque el interés del niño es un valor supremo de nuestro ordenamiento, refrendado por la Constitución (art. 39) y por la Convención de los Derechos del Niño antes citada[27], y como tal puede ser considerado como un interés público, el propio ordenamiento (como traducción de lo que opina la sociedad) considera que la mejor forma de garantizar este interés es conceder su defensa a una institución privada, la familia, que para desarrollar adecuadamente sus fines necesita que se garantice su independencia con respecto al Estado, su intimidad. ROPPO[28] considera que el interés del niño está en primer lugar garantizado por la autonomía de la familia, es decir, por el derecho de sus miembros a que no se inmiscuyan en sus asuntos los ajenos a ella.

CARBONNIER[29], por su parte, considera que el problema crucial en relación con el interés de los hijos es el reparto de los papeles que en la educación del hijo (en un sentido muy amplio, que equivale prácticamente a crianza) corresponden a la familia y al Estado, un Estado que «cada vez interviene más para controlar y dirigir el ejercicio de la patria potestad (...) invocando los derechos del niño» y contra cuyo intervencionismo la resistencia de la familia es una garantía de la libertad de conciencia.

---

27. Art. 3-1: «En todas las medidas concernientes a los niños, que tomen las intituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial que se atenderá será el interés superior del niño».

28. Ya citado. p.289.

29. Ya citado, p.566.

Este reparto de poderes -dice igualmente CARBONNIER[30]- se refleja fundamentalmente a la hora de decidir cuál es el interés del hijo. ¿A quién le corresponderá decidir? Tradicionalmente dicha decisión ha correspondido a los padres, en base a la presunción tácita de que su interés coincide con el de los hijos. «Cuando el Derecho siente la necesidad de invocar el interés de los hijos es porque considera que, como excepción, podría estar en oposición al de los padres. La fórmula legal (del "interés de los menores") sólo tiene sentido como un mecanismo tendente a transferir una parte de la patria potestad de los padres a determinados funcionarios del Estado».

Podemos concluir por lo tanto señalando que, a pesar de que las cuestiones relativas a los menores tienen una fuerte implicación pública, nuestra sociedad y nuestro Derecho encargan su defensa a una institución fundamentalmente privada cual es la familia, y que justamente en su carácter privado, en su autonomía de funcionamiento, en su intimidad, coloca la sociedad la garantía del adecuado desempeño de sus funciones.

Pero, a pesar de ello, la autonomía de la familia tiene, cuando se trata de cuestiones relativas a los hijos, un claro límite en el bienestar efectivo de éstos: la familia podrá funcionar autónomamente, los padres podrán decidir libremente qué es lo que conviene a sus hijos, siempre y cuando las decisiones que adopten, las actuaciones que desarrollen, no pongan en peligro el bienestar de los mismos.

---

30. Ya citado, p.539.

Con estos criterios han de ser interpretadas todas las normas que directa o indirectamente incidan en la situación de los hijos, ya contemplen su situación en general o regulen los casos en que sus padres no conviven entre sí, ya estén éstos de acuerdo o no lo estén, y ya se trate de normas sustantivas o de normas procesales.

CAPITULO SEGUNDO

REGULACION SUSTANTIVA

I. LOS PROBLEMAS PLANTEADOS POR LA DUALIDAD DE REGULACIONES QUE INCIDEN SOBRE LA SITUACION DE LOS HIJOS DE PADRES QUE NO CONVIVEN
   1. Casos resueltos en juicio matrimonial
   2. Casos resueltos en otras instancias

II. LA SENTENCIA DE SEPARACION, DIVORCIO O NULIDAD: SU CONTENIDO NECESARIO RESPECTO DE LA SITUACION DE LOS HIJOS

CAPITULO SEGUNDO

REGULACION SUSTANTIVA

I. LOS PROBLEMAS PLANTEADOS POR LA DUALIDAD DE REGULACIONES QUE INCIDEN SOBRE LA SITUACION DE LOS HIJOS DE PADRES QUE NO CONVIVEN

La situación jurídica de los hijos cuando sus padres no conviven es objeto de una doble regulación: por una parte los arts. 156-párr.5º, 159 y 161, que intentan adaptar la patria potestad a esta situación, y por otra los arts. 90 a 96, y 103 y 104, que regulan las consecuencias que para los hijos tiene la separación, el divorcio o la nulidad del matrimonio de sus padres, consecuencias que necesariamente abarcan las mismas cuestiones, es decir, la adaptación de la patria potestad, de los derechos y deberes de los padres respecto de sus hijos, a la situación de no convivencia.

En principio la regulación incluida en el Capítulo VII (arts. 156, 159 y 161) alcanza a todos los hijos de padres que no conviven, puesto que es una faceta más de la regulación general de la patria potestad, regulación que no hace diferencia entre los hijos. En cambio, la regulación incluida en el Capítulo IX del Título IV (arts. 90 y siguientes) queda restringida a los hijos de padres casados que demandan la separación, el divorcio o la nulidad. Esto significa que, en principio, ambas regulaciones incidirían en la situación de los hijos matrimoniales de padres que demandan la separación,

el divorcio o la nulidad, mientras que la situación de los hijos de padres separados de hecho y la de los hijos no matrimoniales sólo estaría sometida a los arts. 156, 159 y 161.

1. Casos resueltos en juicio matrimonial

Ante la presencia de dos regulaciones que inciden sobre la situación de los hijos de padres que demandan la separación, el divorcio o la nulidad, necesariamente ha de surgir la pregunta sobre el papel respectivo que juegan una y otra. La solución técnicamente correcta sería considerar que, puesto que una regulación es general y la otra especial, en todo lo que se encuentre regulado por ambas, la regulación especial apartará a la general.

La doctrina no se ha planteado esta cuestión de forma general y en profundidad, sino que ha enfrentado el problema de modo puntual, discutiendo si un determinado artículo del Título VII es o no aplicable en los casos de separación, divorcio o nulidad. Con este acercamiento parcial a la cuestión se ha llegado a una situación en la que las opiniones varían según se trate de un artículo u otro.

La cuestión se ha planteado principalmente respecto de los arts. 156-párr.5º y 159. La discusión sobre la aplicación del art. 159 a los casos de separación, divorcio o nulidad, es fundamentalmente anterior a la reforma que del mismo llevó a cabo la Ley de 15 de octubre de 1990. En aquellos momentos dicho artículo recogía un criterio de concesión de la guarda -que preferentemente correspondería a la madre en el caso de que los hijos fuesen menores de 7 años- que el art. 92-

párr.4º que regulaba la misma cuestión en el ámbito de la separación, el divorcio o la nulidad, no ofrecía, criterio que por otra parte correspondía a lo que un gran número de personas consideran más conveniente. En este caso la opinión mayoritaria de la doctrina y de la jurisprudencia fue considerar que el artículo 159 era aplicable a todos los casos en que los padres no conviviesen sin que su aplicación quedase apartada por la existencia del art. 92-párr.4º.

En cuanto al art. 156-párr.5º, que coincide en la regulación del ejercicio de la patria potestad con el art. 92-párr.4º, ha dado lugar al nacimiento de una fuerte discusión, con dos posturas claramente enfrentadas. La primera considera que en los casos de separación, divorcio o nulidad, la existencia del art. 92-párr.4º aparta la aplicación del 156-párr.5º, mientras que los autores que mantienen la otra postura consideran que el art. 92-párr.4º no es excluyente, sino que complementa el 156-párr.5º, y que, por lo tanto, en el caso de padres que demandan la separación, el divorcio o la nulidad, la solución ha de provenir de la conjunción de ambos artículos[31].

Para nosotros, y analizando el tema de la dualidad de regulaciones de forma global, el problema está en que si aceptamos la solución más correcta técnicamente, considerando que las normas incluidas en el Título VII constituyen una regulación general que ha de ceder ante la existencia de una regulación especial,

---

[31]. El problema planteado por la aplicación del art. 156-párr.5º será objeto de un estudio más detenido en el Capítulo Sexto, apartado V.1.

estaríamos dando soluciones distintas a una idéntica situación de hecho, y por lo tanto dando lugar a un trato discriminatorio.

Por lo tanto es necesario tener en cuenta el principio general que prohíbe la discriminación de los hijos, principio expresamente acogido en el art. 108 del Código civil que establece la igualdad de efectos para todas las filiaciones. Además, la intención del legislador de 1981 de llevar el principio de no discriminación por razón de filiación hasta sus últimas consecuencias fue expresamente manifestada por el Ministro de Justicia, Sr. Fernández Ordóñez, ante el Pleno del Congreso durante la tramitación parlamentaria de la Ley de 13 de mayo de 1981 que reformó la patria potestad[32].

Puesto que no cabe suponer que la situación de los hijos cuando sus padres no conviven fuese voluntariamente apartada del criterio general de no-discriminación, ni se podría apartar aunque el legislador ordinario así lo quisiese, la dualidad de regulaciones que sobre dicha materia existen habrá de ser resuelta de tal forma que la solución de un mismo supuesto no sea distinta según que los padres demanden o no la separación, el divorcio o la nulidad, es decir, habrá que considerar que los distintos artículos que en distintas sedes regulan una misma cuestión son sólo manifestaciones formalmente distintas de un mismo criterio, y que por lo tanto la solución del caso habrá de hallarse conjugando ambos artículos.

2. Casos resueltos en otras instancias

Pero la dualidad de regulaciones plantea otro problema: puesto que los arts. 90 a 104 sólo son aplica-

---

[32]. Discurso ya citado, Documentación Jurídica 1982, p.714.

bles en los casos en que la situación de los hijos se regule en un proceso matrimonial, y puesto que la identidad entre los arts. 90 a 104 y los arts. 156 y ss. está lejos de ser absoluta, puede ocurrir (y de hecho ocurre con cierta frecuencia) que cierto punto no esté previsto en estos últimos artículos, pero sí en los primeros. El problema se planteará, por lo tanto, cuando haya que resolver sobre la situación de unos hijos de padres que no conviven a los que no les sean aplicables los arts. 90 y ss.

Los órganos judiciales suelen solucionar estos casos con una aplicación analógica del precepto incluido en el Capítulo IX del Titulo IV. Algunas sentencias no estiman ni siquiera necesario explicar por qué razones optan por tal solución[33]. Otras, por el contrario, exponen con claridad de qué forma los requisitos exigidos para la aplicación analógica se cumplen perfectamente en el caso de la aplicación de los arts. 90 y ss. a las situaciones de ruptura de la convivencia no matrimonial[34].

Esta solución, adoptada con tal automaticidad, es reflejo de que la idea de que los hijos deben tener el mismo trato jurídico sea cuál sea su filiación o la situación jurídica de sus padres ha calado hondo en los órganos jurisdiccionales, que además encuentran en ella solución fácil a múltiples lagunas del ordenamiento. Un ejemplo curioso de la aplicación de este criterio, aunque no se trata de una caso de padres que no conviven, lo

---

[33]. Este es el caso del Auto de la AP de Santa Cruz de Tenerife de 16 de octubre de 1990 (RGD 1991, p.4518).

[34]. SAT de Barcelona, de 27 de mayo de 1991 (RGD 1992, p.3333).

encontramos en la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de junio de 1992[35]. Esta Resolución dispuso que debía entregarse un libro de familia a los padres extranjeros, y casados en el extranjero, con ocasión del nacimiento de su hijo en España, aunque tal posibilidad no fuese contemplada por nuestra legislación, por aplicación analógica del art. 36 del Reglamento del Registro Civil, que establece que se entregará un libro de familia a los padres extranjeros de un hijo no matrimonial nacido en España.

Vemos pues que la aplicación analógica de los preceptos previstos para un tipo de hijos (matrimoniales o no matrimoniales) al otro tipo está hoy convirtiéndose en un instrumento de unificación de la legislación sustantiva allí donde tal unificación no ha sido realizada por el legislador.

II. LA SENTENCIA DE SEPARACION, DIVORCIO O NULIDAD: SU CONTENIDO NECESARIO RESPECTO DE LA SITUACION DE LOS HIJOS

Otro problema general que plantea la regulación sustantiva de la situación de los hijos de padres que no conviven, aunque limitado esta vez a los casos en que se resuelva sobre la misma en un juicio matrimonial, es saber si la sentencia debe tratar necesariamente determinados puntos relativos a la situación de los hijos, y cuáles son esos puntos.

---

[35]. AC 1993-1, Registros y Notariado, @43.

El mandato del art. 90, referido al contenido necesario del convenio regulador es claro: en el mismo los padres deben dejar reguladas las cuestiones principales de la situación de sus hijos, que el legislador ha entendido son la guarda, el ejercicio de la patria potestad, el régimen de visitas, la atribución de la vivienda y la contribución del progenitor que no convive con los hijos a su mantenimiento. En el caso de que una de las medidas acordadas por los padres no consiga la aprobación judicial, habrá de ser sustituida por otra, también propuesta por los padres y, en su caso, aprobada por el juez, o en última instancia por una medida adoptada por el juez.

Pero esta claridad desaparece cuando se trata de las medidas que haya de dictar el juez en los procedimientos contradictorios, cuestión regulada en el art. 91.

En primer lugar, el art. 91 no es tan claro como el 90 sobre la necesidad de decidir un cierto número de cuestiones, pues la expresión "determinará" es menos rotunda que la empleada por el art. 90 "deberá referirse, al menos, a los siguientes extremos".

En segundo lugar, el artículo 91 no contiene una enumeración de las medidas de obligatoria adopción. Remite para ello a los artículos siguientes (90 a 97) y al 103, de los cuales tampoco se obtiene una idea clara de si existe obligación de decidir, y sobre qué medidas recae en su caso dicha obligación.

Es la comparación de los arts. 90 y 91 la que puede darnos la solución al caso. Si el art. 90 establece que los padres que se separan de mutuo acuerdo deben dejar fijados los puntos fundamentales de la que va a ser

situación de sus hijos sólo puede ser porque el legislador considera que el bienestar de los hijos exige que su situación quede fijada en la propia sentencia.

Pero esta medida que asegura el bienestar de los hijos también debe regir en el caso de que se trate de un proceso contradictorio, y en este caso significará que el juez habrá de adoptar medidas sobre todos y cada uno de los extremos señalados en el art. 90. El único problema que plantea esta afirmación es el de si la necesidad de decidir sobre esas cuestiones recogida en el art. 91 supone una ruptura del principio dispositivo, e impone por lo tanto al juez la obligación de decidir sobre las mismas aun en el caso de que los padres no las hayan pedido. Debido a que éste es un problema fundamentalmente procesal, aunque con indudable trascendencia sobre las cuestiones de fondo, dejaremos su estudio para el capítulo siguiente.

Como conclusión a este rápido repaso por la regulación sustantiva de la situación de los hijos de padres no convivientes, debemos conservar la idea de que las soluciones a los problemas concretos serán las mismas sea cual sea la situación jurídica de los padres entre sí, y sea cuál sea la filiación de los hijos, aplicando de forma combinada todos los artículos (si es que hay más de uno) que regulen ese problema concreto.

CAPITULO TERCERO

VIAS JUDICIALES DE DETERMINACION DE LA SITUACION JURIDICA DE LOS HIJOS

I. LA DIVERSIDAD DE REGULACIONES PROCESALES
   1. La diversidad de vías
      A. Vías judiciales para conocer de la situación de los hijos matrimoniales
         a. Los procesos de separación, divorcio y nulidad
         b. El procedimiento de medidas provisionales
         c. Vías judiciales para conocer de la situación de los hijos en los casos de separación de hecho
      B. Vías judiciales para resolver la situación de los hijos no matrimoniales
   2. La diversidad de normas procesales
      A. Características de los procesos en que se regula la situación de los hijos matrimoniales cuando sus padres demandan la separación, el divorcio o la nulidad
      B. Características de los procesos en que se regula la situación de los hijos matrimoniales de padres separados de hecho y de los hijos no matrimoniales
   3. La respuesta de los tribunales a la diversidad de regulaciones procesales

II. ALGUNAS NOTAS SOBRE EL PROCESO MATRIMONIAL: SUS PECULIARIDADES
   1. El objeto del proceso matrimonial
      A. Objeto múltiple
      B. Naturaleza de los distintos objetos o pretensiones
   2. Los principios del proceso civil en el proceso matrimonial
      A. El principio dispositivo

B. El principio de rogación o de iniciativa de parte
C. El principio de controversia o de dualidad de partes
3. Desenvolvimiento del proceso
A. Medios y valoración de la prueba
B. Intervención del ministerio fiscal
C. Audiencia de los menores
4. La sentencia
A. El principio de congruencia
B. La condena en costas
5. Conclusión

III. VIAS JUDICIALES EN EL CASO DE HIJOS NO MATRIMONIALES
1. Los trámites de la jurisdicción voluntaria
2. El juicio de alimentos provisionales
3. El juicio de menor cuantía
4. La posibilidad de solicitar medidas provisionales

IV. LA MODIFICACION DE LAS MEDIDAS
1. Procedimiento para la modificación de medidas adoptadas en juicio matrimonial
2. Procedimiento para la modificación de medidas adoptadas en otros procesos
3. La alteración sustancial de las circunstancias como condición para la modificación de las medidas
4. ¿Es suficiente el acuerdo de los padres para iniciar el trámite de modificación de medidas?

CAPITULO TERCERO

VIAS JUDICIALES DE DETERMINACION DE LA SITUACION JURIDICA DE LOS HIJOS

La situación jurídica de los hijos de padres que no conviven es una cuestión especialmente condicionada por los aspectos procesales por varias razones: el frecuente desacuerdo entre los padres, que obliga a recurrir al juez con mayor frecuencia que en otras esferas; la necesidad que impone el Código de que tal situación sea objeto de decisión judicial siempre que se resuelva sobre cuestiones conexas como son la separación, el divorcio o la nulidad del matrimonio de los padres; y también la propia naturaleza de las normas sustantivas que regulan esta cuestión, en gran medida normas indeterminadas que necesitan el complemento de la actividad judicial.

Por otra parte, la naturaleza peculiar del Derecho de Familia hace que cuando se aplica el mismo en el ámbito judicial los principios generales del proceso civil se vean matizados en cierta medida para responder a las exigencias propias de este Derecho, de tal forma que en la configuración del objeto del proceso intervienen o pueden intervenir no sólo las partes -como ocurriría en el proceso civil ordinario- sino también el juez y el ministerio fiscal.

Dada la indudable trascendencia que estas circunstancias han de tener en la determinación de la situación jurídica de los hijos, consideramos necesario

analizar las vías judiciales por las que se puede conocer de la misma, principalmente con el fin de determinar cuál es el papel de cada uno de los intervinientes en el proceso.

I. LA DIVERSIDAD DE REGULACIONES PROCESALES

Lo primero que llama la atención es la diversidad de vías existentes para conocer de la situación jurídica de los hijos de padres que no conviven. Si, como hemos visto en el Capítulo anterior, en el ámbito de la regulación sustantiva existen diferencias entre los hijos matrimoniales y los no matrimoniales, estas diferencias se convierten en abismales cuando de regulación procesal se trata.

1. La diversidad de vías

Clasificaremos todas las vías que pueden ser empleadas para regular la situación jurídica de los hijos en los casos en que sus padres no conviven.

A. Vías judiciales para conocer de la situación de los hijos matrimoniales

a. Los procesos de separación, divorcio y nulidad

Son tres los procedimientos que se pueden seguir en estos casos, regulados por las Disposiciones Adicionales a la Ley de 7 de julio de 1981. En lo que se

refiere a las cuestiones relativas a los hijos estos tres procedimientos pueden clasificarse fundamentalmente en:

- procesos contenciosos, que se sustanciarán bien por los trámites del procedimiento incidental modificado establecido por la D.A. 5ª, bien por los del juicio de menor cuantía, de acuerdo con la D.A. 7ª. En ambos casos las medidas que haya que tomar relativas a los hijos se regularán por los arts. 91 a 96, y 103 y 104 del Código civil;

- procesos de mutuo acuerdo, que siguen el procedimiento especial establecido por la D.A. 6ª. En este caso, las medidas a adoptar respecto a los hijos se regulan esencialmente en el art. 90.

b. <u>El procedimiento de medidas provisionales</u>

Los arts. 103 y 104 del Código civil prevén la posibilidad de que se determine de forma provisional la situación de los hijos mientras se sustancia el proceso matrimonial en el que se decidirá definitivamente sobre la misma. La adopción de estas medidas puede pedirse de forma previa a la interposición de la demanda de separación, divorcio o nulidad (art. 104), o de forma coetánea a la misma (art. 103), pero el contenido será en ambos casos el mismo.

En cuanto al procedimiento a seguir, la D.A. 4ª de la Ley de 7 de julio de 1981 establece que las medidas previas sigan los trámites de los arts. 1884 y 1885 de la LEC, y las simultáneas los trámites de los arts. 1896 y ss., también de la LEC.

c. Vías judiciales para conocer de la situación de los hijos en los casos de separación de hecho

Nada dice nuestro Código sobre este punto, a diferencia de lo que ocurre en otras legislaciones. Cabe por lo tanto preguntarse si pueden los padres, sin necesidad de solicitar la separación, el divorcio o la nulidad, acudir a un proceso para que se regulen las cuestiones referidas a los hijos.

Teniendo en cuenta que en la actualidad la separación de hecho no puede ser considerada ilícita, pues el propio Código extrae de ella consecuencias, que no se puede imponer a los cónyuges el demandar la separación, el divorcio o la nulidad, y por último, y sobre todo, que el interés del hijo puede exigir en determinadas circunstancias la intervención del juez, no cabe duda de que los padres casados y separados de hecho podrán utilizar vías distintas a los procesos matrimoniales con la finalidad de que se resuelva sobre algún punto o sobre la totalidad de la situación de sus hijos.

Al no existir cauce expresamente señalado para estas cuestiones deberán sustanciarse por los cauces generales, es decir, por los mismos a que habrá que acudir en los casos de filiación no matrimonial.

B. Vías judiciales para resolver la situación de los hijos no matrimoniales

Son varias las vías a las que se puede acudir, ninguna de ellas expresamente prevista para estas cuestiones.

En primer lugar, el procedimiento de jurisdicción voluntaria, en el caso de que las cuestiones a

resolver exijan una resolución urgente, tal como establece la D.T. 10ª de la Ley de 13 de mayo de 1981.

En segundo lugar, se podrá acudir a los juicios de alimentos provisionales (arts. 1609 a 1617 de la LEC) para resolver sobre esta cuestión específica.

Por último se podrá acudir al juicio de menor cuantía como juicio tipo al que el art. 484-4º de la LEC remite todas las cuestiones que no tienen señalada vía específica para su conocimiento.

2. La diversidad de normas procesales

Esta diversidad de vías supone que una misma cuestión relativa a los hijos, según sea la situación de los padres entre ellos estará sometida a un proceso de características totalmente diversas. En general podemos decir que las principales diferencias son las siguientes.

A. Características de los procesos en que se regula la situación de los hijos matrimoniales cuando sus padres demandan la separación, el divorcio o la nulidad

Las características principales son:

- la situación de los hijos debe ser necesariamente regulada en la sentencia,
- la cuestión se sustancia en unos procesos cortos, y de trámites aligerados,
- en el proceso se debe conocer de forma unitaria de todas las vertientes de la situación de los hijos,
- en ellos cabe establecer medidas provisionales para dar solución temporal a los problemas planteados mientras se sustancia el proceso,

- el ministerio fiscal ha de intervenir necesariamente, en interés de los hijos menores de edad,

- es obligatorio oír a los hijos mayores de 12 años, y también se puede oír a los menores de dicha edad si el juez lo considera oportuno,

- la situación de los hijos puede ser objeto de un acuerdo entre los padres, bajo la supervisión del juez.

B. Características de los procesos en que se regula la situación de los hijos matrimoniales de padres separados de hecho y de los hijos no matrimoniales

Las características principales son:

- tal situación no tiene que ser necesariamente sometida al conocimiento del juez,

- no hay procesos específicos que tengan en cuenta las especialidades del caso,

- tampoco hay procesos unitarios, el juez resolverá sobre una cuestión puntual de la situación de los hijos o sobre la totalidad de la misma según lo planteado por las partes y el tipo de proceso iniciado,

- no existe un cauce para el establecimiento de medidas provisionales propiamente dichas, salvo en lo que respecta a los alimentos,

- la intervención del ministerio fiscal sólo se establece puntualmente,

- nada se establece sobre la audiencia del menor,

- nada se dice de la posibilidad de regular la situación de los hijos por pacto que adquiera fuerza de ley.

3. La respuesta de los tribunales a la diversidad de regulaciones procesales

La diversidad de vías existente, y su consecuencia directa, que hace que la misma cuestión sea conocida en procesos de características diversas según sea la situación de los padres, ha planteado a menudo problemas a los jueces porque la aplicación de la norma procesal correspondiente, sin adaptaciones, podía provocar una situación de discriminación de los hijos, o, a veces, de los propios padres.

No se puede decir que exista una respuesta única de los tribunales para todos los casos en que este problema se puede producir, pero sí es cierto que de las respuestas que las distintas instancias jurisdiccionales han dado al mismo se puede deducir que existe en cierta forma un modo uniforme de encararlo: los tribunales -también la DGRN- comparan siempre las distintas vías por las que se podría sustanciar la misma cuestión, para no dar menos a unos que a otros, con una clara tendencia a aplicar de modo flexible los requisitos procedimentales en atención al interés del menor y a la no discriminación, circunstancia que sorprende especialmente cuando sabemos que en general la posición de los tribunales es poco flexible en la aplicación de las normas procesales.

La mejor representación de esta tendencia la podemos encontrar en la sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas de 12 de julio de 1990[1], que confirmó la concesión de un derecho de visitas en juicio de alimentos provisionales, por considerar que «sería contraria al principio de igualdad antes mencionado si,

---

[1]. De la que fue ponente Antonio Juan Castro Feliciano (RGD 1991, p.10018).

en el caso de filiación extramatrimonial, pudiera la madre solicitar en el juicio de alimentos provisionales, sumario y rápido en sus trámites, alimentos para el hijo, sin que el progenitor tenga a su alcance más que el juicio ordinario de menor cuantía para recabar su derecho, que también es el de los hijos, de visitar y tener consigo a éstos», e igualmente, que «el contenido normal del derecho fundamental a la tutela judicial implica un mandato positivo que obliga a interpretar la normativa vigente en el sentido más favorable a la efectividad de tal derecho, de tal forma que, aunque las formas y requisitos del proceso cumplen un papel de capital importancia para la ordenación del mismo, no toda irregularidad formal puede convertirse en un obstáculo insalvable para su prosecución».

De igual modo, la sentencia de la Audiencia Territorial de Burgos de 13 de diciembre de 1986[2], que consideró que la no posibilidad de intervención del ministerio fiscal en un poceso en que se solventaban cuestiones relativas a la patria potestad de un hijo no matrimonial, cuando tal intervención hubiese sido necesaria en el caso de tratarse de hijos matrimoniales (en virtud de la D.A. 8ª de la Ley de 7 de julio de 1981), supondría tanto como atribuir al ministerio fiscal un mayor interés por los hijos matrimoniales que por los no matrimoniales, razón por la cual «ha de concluirse que, aunque no exista una específica norma procedimental que así lo imponga, lo cierto es que en toda clase de procesos en los que se ventile y estén en juego derechos

---

[2]. Recogida por GARCIA GIL, *La separación y el divorcio en la jurisprudencia* (1989), p.464.

afectantes a un menor (...) se hace precisa y necesaria la posibilidad de intervención del ministerio fiscal».

Analizaremos a continuación las distintas vías procesales por las que se puede conocer de la situación jurídica de los hijos de padres que no conviven.

II. ALGUNAS NOTAS SOBRE EL PROCESO MATRIMONIAL: SUS PECULIARIDADES

En primer lugar es conveniente examinar con cierto detenimiento los procesos matrimoniales, diseñados por las Disposiciones Adicionales a la Ley de 7 de julio de 1987, por ser los únicos especialmente pensados para resolver sobre la situación de los hijos cuando sus padres no conviven. Estos procesos deberán servir de guía para los demás pues hay que entender que todo lo en ellos establecido por el legislador en atención a las especiales necesidades de los hijos cuando sus padres no conviven debe ser aplicable, al menos indirectamente, a todos los procesos en que se planteen cuestiones relativas a la situación de los hijos en las mismas circunstancias. Esta es, como ya hemos visto, la solución que adoptan, por regla general los órganos judiciales, y también la solución que nos parece más correcta, porque respeta los dos principios que rigen esta materia, el de protección de interés de los hijos y el de no discriminación de los mismos.

Estos procesos especiales están esencialmente regulados por las Disposiciones Adicionales a la Ley 30/81, de 7 de julio, aunque también en la propia regulación sustantiva de las crisis matrimoniales existen normas de contenido procesal. Por otra parte, las Disposiciones Adicionales remiten a la LEC, aunque no siempre con la misma intensidad: en el procedimiento establecido por la D.A. 6ª la LEC sólo constituye el Derecho subsidiario, mientras que en el procedimiento de la D.A. 5ª se establecen como trámites a seguir los propios del procedimiento incidental de la LEC, aunque con ciertas particularidades. Por último, la D.A. 7ª remite el conocimiento de determinadas nulidades al proceso civil ordinario, hoy en día el de menor cuantía en virtud del art. 464-4º de la LEC.

Aunque son grandes las diferencias existentes entre estos procesos, puesto que el de la D.A. 6ª parte del acuerdo de los cónyuges -que debe alcanzar también a las cuestiones relativas a los hijos-, lo que lo transforma en opinión de algunos autores en un expediente de jurisdicción voluntaria[3], mientras que el de la D.A. 5ª y, por supuesto, el juicio de menor cuantía, son verdaderos procesos contenciosos, son también muchas y fundamen-

---

[3]. CORTES DOMINGUEZ, *"Comentario a las Disposiciones Adicionales a la Ley de 7 de julio de 1981"*, en AA.VV., Comentarios a las reformas del Derecho de Familia (1984), p.2068; y LOPEZ ALARCON, *"Incidencia de la reforma procesal en el régimen jurídico de los procesos matrimoniales"*, La Ley 1986-1, p.1100.

Otros autores, por el contrario, consideran que a pesar de no tener estructura contradictoria, el procedimiento de la D.A. 6ª sigue siendo un verdadero proceso jurisdiccional. Tal es el caso de BONET NAVARRO, *"Comentario a las Disposiciones Adicionales a la Ley de 7 de juio de 1981"*, en AA.VV., Matrimonio y divorcio ... (1984), ya citado, pp. 946 y 1045; y también MARTINELL, *Procesos matrimoniales, Disfunciones y reformas* (1990), p.204, aunque de forma más matizada.

tales las similitudes que presentan. Por ello, tal como a menudo hacen la doctrina y la jurisprudencia, hablaremos en general del proceso matrimonial, refiriéndonos así a todos los procesos en los que se sustancia una pretensión matrimonial.

Tres son los motivos que nos llevan a estudiar con cierto detenimiento el proceso matrimonial. En primer lugar, las profundas divergencias que presenta este proceso frente al proceso civil ordinario, divergencias derivadas de la especial naturaleza de las cuestiones dirimidas en él, naturaleza que hace que quiebren los principios que rigen el proceso civil: el principio dispositivo en su acepción más general, y todos los que de él derivan. Sin embargo, estas divergencias sólo a veces son expresamente recogidas por la Ley (por ejemplo en las D.A. 5ª,i, y 8ª), y en los restantes casos son deducidas bien por la jurisprudencia, bien por la doctrina, de la quiebra general de los principios. Por lo tanto, es necesario saber qué particularidades introduce en el proceso el hecho de que se sustancien en él las cuestiones propias de un proceso matrimonial.

El segundo motivo se encuentra en la parciariedad misma de la regulación de los procesos matrimoniales, que obliga a la remisión al Derecho procesal civil común, proceso que no está adaptado a las especiales necesidades de la materia matrimonial, y por lo tanto remisión que presenta dificultades. En el ámbito de la remisión adquirirán aun más relevancia las particularidades que a nivel procesal se derivan de la especial naturaleza del Derecho actuado a través del proceso matrimonial.

Deducimos de todo ello que nuestro análisis del proceso matrimonial tiene dos finalidades, estudiar las particularidades que dicho proceso presenta, y en segundo lugar, buscar la razón de ser de dichas particularidades.

1. El objeto del proceso matrimonial

A. Objeto múltiple

El objeto propio de estos procesos lo constituye la separación, el divorcio o la nulidad, según el caso. El resto de las cuestiones que normalmente se dilucidan en el proceso matrimonial se refieren a la regulación de la nueva situación jurídica que surge de la propia sentencia de separación, divorcio o nulidad. Por lo tanto, lo lógico sería que se constituyese primero la nueva situación jurídica y que con posterioridad se regulase esta nueva situación privadamente, y que, en caso de no conseguirlo, se acudiese al juez. Este es el régimen normal en un proceso civil, quedando siempre a salvo la posibilidad de acumular ambas pretensiones en el mismo proceso si las partes lo estiman oportuno y se dan las condiciones procesales necesarias para ello.

Pero en los procesos matrimoniales el legislador ha considerado conveniente que de una sola vez queden zanjadas todas las cuestiones derivadas de la crisis matrimonial, por lo que en lugar de dejar a la voluntad de las partes la acumulación de pretensiones la ha hecho obligatoria, aunque reservando un lugar para el acuerdo privado, pero siempre dentro del proceso. Podemos preguntarnos qué razones ha tenido el legislador para imponer tal obligación al igual que hacen todas las legislaciones

de nuestro entorno mientras que en otros ámbitos jurídicos en los que se admite el divorcio por simple declaración ante la autoridad administrativa, las consecuencias del divorcio -respecto de los hijos y de los propios cónyuges- no tienen que quedar fijadas en ese momento.

Por una parte el legislador parece considerar que en las crisis matrimoniales los progenitores, normalmente considerados los mejores garantes del interés de sus hijos, necesitan una cierta vigilancia de la autoridad judicial porque existen mayores posibilidades de que no actúen conforme a dicho interés. Pero no sólo la situación de los hijos debe quedar fijada en la sentencia sino también otras circunstancias que sólo afectan a los cónyuges, por lo que cabe dudar de que esa sea la razón[4]. Por lo tanto hemos de deducir que el legislador considera conveniente para el interés general que todas las consecuencias de la separación, el divorcio o la nulidad queden zanjadas de una vez por todas, haya o no acuerdo entre los cónyuges.

Es por lo tanto la voluntad misma del legislador claramente manifestada la que exige que en el propio proceso matrimonial se regulen estas cuestiones.

La necesidad de resolver en un mismo proceso cuestiones tan dispares ha hecho plantearse a la doctrina la naturaleza del objeto de los procesos matrimoniales. Así, SERRA DOMINGUEZ[5], considera que el objeto del proceso matrimonial es heterogéneo, constituido por una pluralidad de pretensiones de naturaleza distinta y

---

[4]. En el mismo sentido MARTINELL, ya citado, p.116.

[5]. *"El objeto del proceso matrimonial"*, Justicia 1983, p.48.

regidas por lo tanto por principios distintos. Estas pretensiones pueden ser clasificadas en tres grupos:

- la pretensión matrimonial,
- las pretensiones que afectan a los hijos,
- las pretensiones económicas.

Este autor incluye en el tercer apartado todas las pretensiones de carácter económico (alimentos a los hijos, pensiones, uso de la vivienda familiar), dejando para el segundo únicamente las cuestiones puramente personales que afectan a los hijos. Nosotros entendemos, por el contrario, que dentro de las pretensiones que afectan a los hijos se deben agrupar todas ellas, incluidas las patrimoniales, pues éstas son de fundamental trascendencia para la situación de los hijos y se rigen por lo tanto, al igual que las cuestiones personales relativas a los hijos, por el principio del interés de los mismos. Para el tercer apartado nosotros reservaríamos la pensión compensatoria, y, en los casos en que no existiesen hijos menores de edad, todas las cuestiones materiales, como la atribución de la vivienda familiar.

B. Naturaleza de los distintos objetos o pretensiones

Esta división del objeto del proceso matrimonial corresponde a la distinta naturaleza de las pretensiones que lo conforman.

La pretensión propiamente matrimonial -que es la pretensión principal- afecta a la propia existencia del matrimonio y, como consecuencia, al estado civil de las personas. Es una materia que aunque ha perdido parte de la trascendencia que la legislación anterior a 1981 le concedía -considerándola incluso de orden público-, sigue

estando regulada en parte por normas imperativas. Sin embargo, la idea de que se trata de una esfera en la que la importancia de la autonomía privada se acrecienta va ganando terreno. Así, la mayor parte de la doctrina y de la jurisprudencia considera en la actualidad que la separación tiene carácter dispositivo, y ello, a pesar de afectar también al estado civil[6]. Una prueba determinante de la desaparición o disminución del interés público en estas cuestiones, es que el ministerio fiscal no tiene ya participación en los procesos matrimoniales como tales, sino sólo en cuanto en ellos se resuelven cuestiones relativas a menores.

En cuanto a las pretensiones económicas que sólo afectan a los cónyuges, es unánime la doctrina al considerar que es una materia plenamente dispositiva. Habría sin embargo que matizar, pues el art. 90 al decir que «los acuerdos de los cónyuges adoptados para regular las consecuencias de la nulidad, separación o divorcio serán aprobadas por el juez, salvo si son (...) gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges» supone indudablemente una limitación al carácter dispositivo de la esfera de las consecuencias económicas para los cónyuges, aunque en la D.A. 6ª no se hace referencia a que la aprobación del convenio pueda ser rechazada por este motivo.

Por último, las pretensiones que afectan a los hijos corresponden a una esfera del Derecho de Familia regida por principios que no coinciden en su totalidad con los principios del Derecho civil en general. La finalidad a la que va encaminada toda la regulación de las relaciones paterno-filiales es garantizar a los hijos

---

[6]. Por ejemplo, MARTINELL, ya citado, p.110.

la mejor situación posible. Es la propia sociedad la que está interesada en garantizar a los menores una situación óptima. Pero esta tarea correponde en principio a los progenitores, razón por la cual ostentan la patria potestad como conjunto de derechos que les permiten desempeñar tal tarea. Es por ello que tales derechos tienen la consideración de derechos-función, por estar justamente condicionados al cumplimiento de una finalidad. Debido a que el interés público está implicado, la regulación de esta materia es en gran medida imperativa.

Sin embargo, la indisponibilidad en esta materia ha de ser matizada. Lo que el legislador pretende asegurar es el interés de los hijos y considera que tal interés está en principio garantizado concediéndoles a los padres el encargo de cuidar de los mismos. El legislador se limita a crear un marco dentro del cual los padres pueden actuar con libertad. Por lo tanto, la indisponibilidad recae tan sólo sobre el principio del interés del hijos y sobre determinadas concreciones de este principio que el legislador establece como presupuestos mínimos del mismo. En particular en los casos de crisis matrimonial el legislador considera que aunque los padres siguen siendo los mejores garantes del interés de sus hijos es conveniente un cierto control judicial, porque debido a las circunstancias concretas del momento es mayor la posibilidad de que los padres desatiendan dicho interés.

Esta división del objeto del proceso matrimonial es en cierto modo manifestación de las últimas transformaciones del Derecho de familia que ha hecho surgir en su seno dos esferas cada vez más diferenciadas:

la pretensión matrimonial y las pretensiones económicas entrarían dentro de las relaciones puramente interconyugales -en las cuales el carácter imperativo del Derecho es cada vez más tenue-, mientras que las pretensiones que afectan a los hijos (todas ellas, personales y patrimoniales, como antes hemos dicho) corresponderían a la esfera de las relaciones paterno-filiales, respondiendo por lo tanto principalmente a la idea de protección del interés del menor, y, como consecuencia, con un fuerte carácter imperativo.

2. Los principios del proceso civil en el proceso matrimonial

Es afirmación reiterada decir que los principios generales del proceso civil quedan matizados en el proceso matrimonial[7]. Pero no basta con hacer esta afirmación, es necesario saber en qué medida quedan matizados. Para ello, y puesto que ninguna norma positiva nos da la respuesta, debemos quizás partir de la razón por la que estos principios rigen en los procesos civiles en general, y la razón por la que quedan matizados en el proceso matrimonial.

Los principios del proceso civil responden a la naturaleza del Derecho sustantivo que debe ser actuado por la vía del mismo, es decir, un Derecho predominantemente dispositivo porque está constituido por intereses

---

[7]. Por ejemplo, la STS de 2 de diciembre de 1987 (R.A. 9174) afirma que «... en el proceso matrimonial conviven con este elemento dispositivo otros de *ius cogens* derivados de la especial naturaleza del Derecho de familia ...»; en el mismo sentido también la SAT de Sevilla de 9 de febrero de 1988 (RGD 1989.5297); SAP de Valencia de 7 de febrero de 1990 (RGD 1990, p.1805), y entre los innumerables autores que a ello hacen referencia PRIETO-CASTRO Y FERRANDIZ, *Derecho Procesal Civil* (1989), p.379; y MARTINELL, ya citado, p.65.

privados cuya defensa el legislador deja en manos de las propias partes[8].

Como ya hemos dicho antes, el Derecho de Familia se distingue del resto del Derecho civil porque en él, junto a los intereses privados, existen intereses públicos, lo que hace que las normas de Derecho de Familia sean en mayor medida normas imperativas, e incluso de orden público. Por lo tanto, si los principios que rigen el proceso civil responden al carácter privado de los intereses en él tutelados, y al carácter dispositivo de las normas que a través de él han de ser actuadas, la limitación del juego de tales principios en el proceso matrimonial responderá a la existencia en el Derecho matrimonial (en sentido amplio) de intereses no sólo privados, y al carácter imperativo de parte de sus normas.

Por lo tanto, hemos afirmado que en el proceso matrimonial se actúa un Derecho en el que están presentes intereses públicos, pero, como ya vimos en el Capítulo anterior, todos los intereses públicos en él presentes no son de la misma naturaleza: por un lado está la defensa de una determinada forma de entender la institución matrimonial que sólo permite su disolución o relajación en las circunstancias señaladas por la ley, y por otro la protección de los menores. Por lo tanto, las particularidades que el proceso matrimonial presenta pueden responder a una u otra de estas dos razones. MARTINELL[9] lo pone de relieve de forma muy clara, distinguiendo dentro de la

---

[8]. En el mismo sentido PRIETO-CASTRO, p.119.

[9]. Ya citado.

función judicial en los procesos matrimoniales dos vertientes distintas: en el ámbito de la pretensión matrimonial el juez tiene una función inquisitiva, en el sentido de que debe comprobar que efectivamente se dan las circunstancias que la Ley exige para que se produzca un determinado efecto jurídico, mientras que en el ámbito de los efectos relativos a los hijos la función del juez cambia y no es ya inquisitiva sino tuitiva, debe actuar de forma que el interés de los hijos quede debidamente protegido. Por lo tanto las particularidades que respecto del proceso civil ordinario presenta el proceso matrimonial responden en unos casos a la función inquisitiva del juez y en otros a su función tuitiva.

La función inquisitiva del juez responde al principio de indisponibilidad del estado civil, que hace que en los procesos sobre el mismo y sobre cuestiones matrimoniales no quepa la transacción, el allanamiento, etc. Este tipo de excepciones al principio dispositivo sólo afectarían por tanto a la pretensión puramente matrimonial. Por otra parte hay que señalar que se trata de una excepción negativa: no se permite a las partes hacer lo que en los restantes procesos civiles les está permitido hacer, aunque también tiene alguna manifestación positiva como la de la D.A. 5ª-i[10].

---

[10]. Sobre la función inquisitiva respecto de la pretensión matrimonial conviene tener en cuenta, sin embargo, que queda cada vez más desvirtuada por la evolución que ha sufrido el proceso matrimonial en el ámbito judicial. Cuando hoy en día los juzgados y las audiencias conceden de forma generalizada la separación siempre que se pide, afirmando implícitamente el derecho individual de toda persona casada a separarse, sin mayores condiciones ni controles, es ridículo que se afirme que el juez tiene una función inquisitiva en el proceso matrimonial dirigida a comprobar la existencia real de la causa invocada, más allá de las afirmaciones coincidentes de las partes, o incluso de la prueba considerada insuficiente o falsa. Esta era indudablemente la intención del legislador cuando reguló

La función tuitiva del juez responde al principio de protección de los hijos, principio que puede considerarse relativamente nuevo en nuestro Derecho, al menos en la forma explícita y contundente en que se manifiesta hoy en día. Las contradicciones al principio dispositivo que nacen del principio de protección de los menores tienen mayor interés, de una parte por su novedad, y de otra por su carácter positivo: la ley concede al juez la posibilidad -o le impone la obligación- de realizar determinadas actuaciones sin que las partes se lo pidan, es decir, se permite al juez hacer algo para lo que no está facultado en los restantes procesos civiles. Por otra parte, estas contradicciones del principio dispositivo, suponen, como más adelante veremos, recortar el poder de las partes de conformar el objeto del proceso.

Creemos pues que el estudio de los principios que rigen el proceso matrimonial se debe hacer distinguiendo entre las pretensiones que sólo afectan a los cónyuges y aquéllas otras que afectan a los hijos. En el primer ámbito rigen los mismos principios que rigen en todos los procesos sobre estado civil: el principio dispositivo, modulado por la imposibilidad de disponer sobre estas cuestiones[11], por la vigencia del principio de necesidad, etc. En el ámbito de las pretensiones que afectan a los hijos es donde se nos plantean mayores

---

la separación y el divorcio en 1981. Pero no lo es ya hoy en día, al menos en la práctica judicial, lo que no es más que otra manifestación, cercana y tangible, de la incontenible evolución de las cuestiones puramente matrimoniales hacia una desregulación total o casi total.

[11]. MARTINELL, ya citado.

problemas porque no existe un modelo general en el que se puedan encuadrar estos procesos y habremos por lo tanto, de analizar con detenimiento este punto, para saber qué principios rigen las pretensiones que afectan a los hijos.

Por lo tanto, a partir de este momento restringiremos nuestro estudio al solo ámbito de las pretensiones que afectan a los hijos.

Para estudiar el alcance que tienen los principios del proceso civil en este ámbito hemos de partir de las bases siguientes: el proceso matrimonial es un proceso civil en el que, por lo tanto, regirá el principio dispositivo y sus derivados si no se dispone lo contrario o no se deduce de otras circunstancias[12]; el proceso matrimonial, en el ámbito de las pretensiones relativas a los hijos responde a una única razón de ser: garantizar el bienestar de los mismos.

A. El principio dispositivo

El principio dispositivo en su acepción más general es la traducción procesal del carácter privado de los intereses defendidos en el ámbito del proceso civil: las partes implicadas son dueñas de los derechos procesales implícitos en el juicio, en el sentido de que son libres de ejercitarlos o no[13].

Pero en el Derecho de Familia, y en particular en el ámbito de las relaciones paterno-filiales, esto no

---

12. En el mismo sentido, BONET NAVARRO, ya citado, p.948.

13. DE DIEGO DIEZ, *"En torno a los principios informadores del proceso consensuado regulado en la disposición adicional sexta de la Ley 30/1981, de 7 de julio"*, La Ley 1985-1, p.1042.

es así, sino que existe un interés público que consiste en la protección de los menores. Ahora bien, la existencia de este interés público ha de ser matizada, pues nuestro sistema social y jurídico está organizado sobre la idea de que dicha protección corresponde en primer lugar a los padres de los menores, que pueden organizar la vida de éstos como entiendan que es mejor, con el único límite de que esa organización no suponga un peligro real para los hijos. Mientras los padres actúen dentro de ese margen pueden hacerlo como entiendan que es más conveniente. El control de que la actuación de los padres es conforme al interés de los hijos es muy difuso, no está encomendado a nadie en particular, sólo se establecen las vías para actuar en caso de que se tenga conocimiento de una situación contraria al mismo. Por lo tanto, podemos decir que las relaciones paterno-filiales son privadas con el límite del interés de los hijos.

Frente a esta organización general de las relaciones paterno-filiales, vemos que en el caso de la separación, el divorcio y la nulidad, la regulación dada por el legislador deja traslucir una preocupación mayor: siempre que hay hijos menores de edad, en primer lugar, se impone la necesidad de regular ciertas cuestiones relativas a aquéllos (guarda, ejercicio de la patria potestad, régimen de visitas, pensión de alimentos, uso de la vivienda familiar) en la propia sentencia de separación, divorcio o nulidad, es decir, con la intervención del juez; y en segundo lugar, se impone la intervención del ministerio fiscal en el proceso matrimonial. Por lo tanto, parece que el control de que la actuación de los padres no es contraria al interés de los hijos es mayor en los casos de separación, divorcio y

nulidad, porque el legislador ha considerado que existía una mayor posibilidad de que dicha actuación conculcase este interés. Ahora bien, esto no debe hacernos olvidar que la organización de las relaciones paterno-filiales sigue siendo en esencia la misma, es decir, que corresponde a los progenitores organizarlas según su buen entender, siempre que no conculquen el interés de los hijos, sólo que en el caso de separación, divorcio y nulidad, hay un control expreso para comprobar que esto es así. Este control debe por lo tanto ser considerado excepcional con respecto a la organización general de las relaciones paterno-filiales, y por lo tanto no debe ser llevado más allá de sus estrictos términos.

En base a todo ello podemos llegar a la conclusión de que en relación con las cuestiones relativas a los hijos en los procesos matrimoniales, el principio dispositivo está limitado, pero sólo cuando así lo exija el interés del menor. Esto significa que el inicio del proceso, la delimitación de su objeto, la conducción del proceso, etc., corresponden en principio a los padres y que el límite a esta libertad de actuación (aparte de los habituales en todo proceso civil) es el interés del hijo: cuando éste esté en peligro se rompe el principio dispositivo.

Por último, cabe destacar que el principio dispositivo tiene una manifestación en el Derecho de Familia que puede resultar contradictoria: aunque los padres casados no convivan, mientras no demanden judicialmente la separación o el divorcio no habrá intervención judicial en la regulación de la situación de los

hijos. ¿Por qué entonces se empeña el legislador en que una vez que han demandado la separación o el divorcio el juez haya de intervenir siempre de ahí en adelante en la regulación de la situación de los hijos?

B. El principio de rogación o de iniciativa de parte

Es una de las manifestaciones concretas del principio dispositivo, y significa que los sujetos interesados son los únicos que pueden iniciar el proceso y que el juez no puede pronunciarse sobre ninguna cuestión que no le haya sido planteada por las partes.

Cuando se trata de las cuestiones relativas a los hijos, doctrina y jurisprudencia consideran que este principio no se puede aplicar con toda la contundencia que tiene en el proceso civil ordinario, porque la regulación sustantiva de los arts. 90 y ss. impone al juez la obligación de decidir sobre determinadas cuestiones, lo que significa que debe pronunciarse sobre ellas lo hayan pedido las partes o no. Así lo afirma, en particular, la sentencia de la AT de Barcelona de 6 de febrero de 1984[14]: «El art.93 del Código civil al establecer 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» establece un mandato concreto que viene a superar los límites del principio de rogación».

Podemos hallar otros mandatos con el mismo significado en el art. 90, último párrafo, de acuerdo con

---

14. GARCIA GIL, ya citado, nº 650.

el cual «el juez podrá (al aprobar el convenio) establecer las garantías reales o personales que requiera el cumplimiento del convenio», y, de una forma general, en el art. 91 en el que se establece que «el juez determinará (...) las medidas (...) en relación con los hijos».

La jurisprudencia entiende en todos estos casos que el juez debe decidir sobre estas cuestiones en todos los pleitos de separación, divorcio y nulidad en que haya hijos menores de edad, sin que tal facultad del juez tenga ningún límite. En este sentido se manifiesta la sentencia anteriormente citada, así como otras muchas[15].

Por el contrario, entendemos nosotros que, partiendo del modo en que según hemos visto deben interpretarse todas las excepciones al principio dispositivo en el ámbito de las cuestiones relativas a los hijos, la obligación que se impone al juez de decidir sobre determinadas cuestiones nace de la necesidad de proteger el interés de los menores, entendiendo que éste exige que su situación quede fijada con la supervisión del juez. Por lo tanto, el juez sólo deberá decidir sobre una cuestión no planteada por los padres cuando el interés de los hijos así lo exija, y no en los casos en que simplemente respondiendo a lo pedido por los padres se satisfaga esta exigencia, aunque no se resuelva sobre todas las cuestiones señaladas en los arts. 90 y ss.

Por lo tanto, cabe decir que en las cuestiones relativas a los hijos el principio de rogación sólo quedará limitado cuando en el caso concreto lo exija el

---

15. Por ejemplo, SAT de Valladolid de 9 de abril de 1987 (La Ley 1987-3, p.731); SAT de Bilbao de 1 de diciembre de 1987 (La Ley 1988-2, p.751).

interés de los hijos, y no siempre que no se haya pedido alguna de las medidas previstas con carácter obligatorio en los arts. 90 y ss.

Pero aun cuando en el caso concreto las excepciones al principio de rogación vengan exigidas por el interés de los hijos, y se considere por ello que la excepción al principio dispositivo que suponen está plenamente justificada, hay que tener en cuenta que el principio de rogación es también manifestación del principio de defensa. Este principio, que la Constitución reconoce al vetar la indefensión, rige en todos los procesos sin excepción y de acuerdo con el mismo las partes han de saber sobre qué va a versar el juicio para poder presentar las alegaciones y las pruebas que estimen oportunas. Pero si en el proceso matrimonial el juez puede resolver sobre cuestiones no planteadas por ninguna de las partes, y que por lo tanto no han podido ser objeto de alegaciones ni de pruebas, es indudable que el principio de defensa queda conculcado[16].

Como las excepciones al principio de rogación quedan claramente expuestas por la regulación no se puede hacer caso omiso de las mismas, será por lo tanto necesario interpretar estas excepciones de tal forma que se respete a la vez este mandato expreso de la ley (cuando efectivamente tal actuación tienda a proteger el interés de los hijos) sin conculcar el principio de defensa. Para ello será necesario que el juez, cuando

---

[16]. Al igual que, según afirma la STS de 22 de septiembre de 1988 (RA 6849), «no es procedente plantear cuestiones nuevas en casación, puesto que suscitadas a espaldas de la parte contraria, determinaría un estado de indefensión de la misma, procesalmente insoportable».

considere necesario resolver sobre una cuestión no planteada por las partes, lo comunique a las mismas afin de que éstas manifiesten lo que estimen oportuno y soliciten la prueba que estimen conveniente sobre el punto concreto de que se trate, sabiendo que en otro caso el juez determinará lo que estime adecuado en base a los datos fácticos existentes en los autos o a las pruebas que pueda practicar de oficio.

Otra excepción al principio de rogación proviene del hecho de que el juez pueda decidir sobre una cuestión planteada por las partes en sentido distinto a lo pedido por cualquiera de ellas. La Ley no establece expresamente esta posibilidad, pero se deduce de la afirmación del art. 91 de que el juez debe en todo caso resolver en atención al interés de los hijos, y es la interpretación unánime de la jurisprudencia y la doctrina.

También aquí podemos preguntarnos cuándo puede el juez resolver en sentido distinto a lo pedido por las partes. Como también esta facultad es una excepción al principio de rogación fundamentada en la protección del interés de los hijos, el límite será el señalado anteriormente, lo que significa que el juez sólo podrá resolver en sentido distinto a lo pedido por las partes cuando tales peticiones sean contrarias al interés de los hijos, y que no podrá hacerlo cuando simplemente exista otra solución que en su opinión protege más adecuadamente el interés de los hijos.

La respuesta de la jurisprudencia es sin embargo la misma que para el caso anterior[17].

C. El principio de controversia o de dualidad de partes

Significa este principio que son las partes las que aportan los materiales (hechos y pruebas), creando así las bases fácticas de la decisión. Este principio está en la actualidad claramente limitado, incluso en el proceso civil ordinario, por la posibilidad concedida al juez de acordar la realización de nuevas pruebas en diligencias para mejor proveer (art. 340 de la LEC), posibilidad que ha sido ampliada por la reforma de la LEC por Ley de 6 de agosto de 1984 -por lo tanto posterior a la Ley de 7 de julio de 1981-, que introdujo en el proceso civil ordinario la posibilidad de acordar mediante diligencias para mejor proveer la prueba de testigos, posibilidad que ya existía para el proceso matrimonial de acuerdo con la D.A. 5ª-i, y que era considerada por la doctrina manifestación de los más amplios poderes que respecto de la prueba se concedía al juez en este proceso[18].

En lo que respecta a la función de las diligencias para mejor proveer en el proceso civil ordinario, opina PRIETO-CASTRO[19] que «... la facultad de completar el material instructorio por medio de diligencias para mejor proveer no es una aportación de pruebas destinada

---

17. SAP de Palma de Mallorca de 13 de diciembre de 1990 (RGD 1992, p.754).

18. BONET NAVARRO, ya citado, p.948; y también DE DIEGO, ya citado, p.1048.

19. Ya citado, p.149.

a suplir las omisiones de la parte», sino, tal como expresa BONET NAVARRO[20] «evitar que por el resultado extravagante o inverosímil de una prueba, o por la comisión de errores involuntarios, se pueda plasmar en la sentencia una injusticia». Pero podemos preguntarnos si regirá esta limitación en el proceso matrimonial cuando se trate de establecer los efectos respecto de los hijos, o si, por el contrario, en estos casos podrá el juez utilizar esta vía para paliar la inactividad (voluntaria o involuntaria) de las partes.

Si, como hemos visto en el apartado anterior, los poderes del juez quedan ampliados hasta permitirle introducir en el pleito una cuestión relativa a la situación de los hijos no planteada por ninguna de las partes, parece indudable que dichos poderes deben abarcar también la posibilidad de buscar el material fáctico necesario para decidir sobre ellas.

Las Disposiciones Adicionales no establecen una regla general sobre este punto. Algunos autores[21] han considerado sin embargo que el apartado i) de la D.A. 5ª, que permite al juez acordar la realización de todo tipo de pruebas cuando le quepan dudas sobre la concurrencia de las circunstancias que han de constituir la causa de separación, divorcio o nulidad alegada, no debe quedar limitado a la pretensión matrimonial, sino ampliado a todos los aspectos que se debaten en el proceso matrimonial. Consideramos sin embargo que esta interpretación debe ser excluida porque no hay razón para que el juez

---

20. Ya citado, p.948.

21. GARCIA VARELA, GONZALEZ POVEDA y SIERRA GIL DE LA CUESTA, *"Disposiciones adicionales"*, en AA.VV., La Ley del divorcio (3ª edición, 1987), p.166.

tenga especiales poderes de investigación por ejemplo en el ámbito de la pensión compensatoria, en donde los intereses en juego son estrictamente privados, y por lo tanto no hay razón para entender que dicho apartado ha de ser aplicado más allá de su propia dicción.

De todas formas no es necesaria dicha interpretación extensiva puesto que hoy en día el art. 340 de la LEC concede un poder similar al de la D.A. 5ª-i).

Además, en el ámbito del proceso consensual, y sólo en lo que se refiere a la comprobación de que lo dispuesto en el convenio regulador corresponde al interés de los hijos, también la D.A. 6ª-nº6, concede al juez la posibilidad de acordar para mejor proveer la prática de las pruebas que estime necesarias.

Ahora bien, cabe preguntarse si las limitaciones que a las facultades del juez en orden a las diligencias para mejor proveer han establecido la doctrina y la jurisprudencia rigen también en el proceso matrimonial, o si hemos de entender, tal como hacen numerosos comentaristas de la Ley de 7 de julio de 1981[22], que los poderes del juez respecto a las diligencias para mejor proveer son mayores en el proceso matrimonial que en el civil ordinario.

Desde luego, creemos, no tiene cabida hoy la postura que entre otros mantenía BONET NAVARRO[23] de considerar que en el proceso matrimonial el juez podía acordar las diligencias para mejor proveer sin dar participación en ellas a las partes. En realidad, aunque BONET NAVARRO considerase que tal facultad era propia de

---

[22]. Por ejemplo, BONET NAVARRO, ya citado.

[23]. Ya citado, p.949.

los especiales poderes que al juez corresponden en el proceso matrimonial, podemos ver que antes de la reforma de la LEC por la Ley de 6 de agosto de 1984, se consideraba que de forma general el juez podía no dar entrada a las partes en la práctica de las diligencias para mejor proveer, práctica que incluso fue considerada por el Tribunal Constitucional como no causante de indefensión[24]. Pero hoy en día tal actuación está expresamente vedada por el último apartado del art. 340 de la LEC, y ha sido además reiteradamente considerada por la jurisprudencia como contraria al principio de defensa y por lo tanto causa de indefensión, vedada por el art. 24 de la Constitución[25].

Como no podemos considerar que el proceso matrimonial se encuentra al margen de las exigencias del principio de defensa habremos de afirmar que también en él (y en particular en el ámbito de las medidas relativas a los hijos) las partes habrán de participar en la práctica de las diligencias para mejor proveer. En general, las facultades del juez en orden a las diligencias para mejor proveer serán las mismas en el ámbito de las medidas relativas a los hijos que las que tiene en el proceso ordinario, salvo cuando el interés del hijo exija una intervención más acusada del juez, pues sólo la

---

24. Autos del TC de 19 de octubre de 1983 y 25 de enero de 1984, citados por la STS de 30 de enero de 1987 (RA 365), que se manifiesta en el mismo sentido.

25. También ha sido considerado causa de indefensión el incumplimiento del art. 342 que prescribe que se pongan de manifiesto a las partes el resultado de las diligencias, para que puedan alegar lo que estimen oportuno. Ver, sobre ambos extremos, las STS de 9 de mayo de 1988 (AC 1988-2, 698), 31 de marzo de 1989 (AC 1989-2, 683), y la STC de 14 de febrero de 1989 (AC 1989-2, 411).

protección de este interés justifica las derogaciones a los principios y reglas generales del proceso civil.

Además de la posibilidad general otorgada por las diligencias para mejor proveer, la propia regulación sustantiva de los efectos de la separación, el divorcio y la nulidad, concede al juez la posibilidad de acudir a dos fuentes especiales de conocimiento de la situación, como son la audiencia del menor y el dictamen de especialistas, que presentan alguna peculiaridad respecto de las pruebas en general, como más adelante veremos[26].

El dictamen de especialistas es considerado por la doctrina como una prueba de peritos, por lo tanto, si las partes no lo han solicitado puede el juez acudir a ella mediante una diligencia para mejor proveer. Sin embargo, el hecho de el dictamen de especialistas sea citado expresamente por la regulación específica de esta materia, y por otra parte, el que se diga que se podrá acordar "de oficio" su práctica (expresión que no se emplea al regular las diligencias para mejor proveer) nos lleva a pensar que tal afirmación habría quizás de interpretarse en el sentido de que cabe que el juez acuerde la realización de dicho dictamen en el mismo periodo de proposición y práctica de la prueba[27], sin necesidad de esperar a la citación para sentencia, cuando de las circunstancias del caso se derive claramente que no podrá resolver sin este dictamen. Con esto se evitaría una gran pérdida de tiempo, que tan nefastas consecuencias puede tener en los pleitos matrimoniales, y más

---

[26]. Capítulo Quinto, apartado VII.2.

[27]. En este sentido GARCIA VARELA, GONZALEZ POVEDA y SIERRA GIL DE LA CUESTA, en AA.VV., *La ley del divorcio*, ya citado, p.165.

cuando la situación es tal que requiere el dictamen de especialistas para poder resolver.

La doctrina italiana considera en ocasiones que el dictamen de especialistas colisiona con el principio de defensa[28], porque se realiza sin la participación de las partes, y a veces, no se les comunican ni siquiera la totalidad de los resultados. Estos problemas serán abordados con mayor detenimiento en el Capítulo Quinto, apartado VII.2.B.

3. Desenvolvimiento del proceso

A. Medios y valoración de la prueba

En el proceso civil ordinario la conformidad de las partes sobre un hecho, así como la admisión expresa de una de ellas de los hechos alegados por la contraria eximen de la prueba de los mismos. Sin embargo, estos efecto no se admiten en los procesos sobre el estado civil de las personas en general[29], y no se admitirán pues respecto de la pretensión matrimonial.

Pero en lo que se refiere a las cuestiones relativas a los hijos la indisponibilidad queda muy reducida, y los padres pueden decidir sobre las cuestiones relativas a sus hijos, siempre que con ello no vulneren su interés, entendido como límite. Por lo tanto, los medios y el sistema de valoración de la prueba serán los mismos que en el proceso civil ordinario, y sólo será

---

[28]. Ver BARBARITO, *"Conflitto fra i genitori e interazione del figlio minore nel procedimento civile di separazione e divorzio"*, en AA.VV., L'affidamento dei minore nei casi di separazione e di divorzio (1984).

[29]. PRIETO-CASTRO, ya citado, p.148.

necesario apartarse de estas reglas generales cuando esté en peligro el interés de los hijos, es decir, cuando el juez sospeche o tenga la certeza de que se le están ocultando datos que, de conocerlos, le impelerían necesariamente a resolver de forma distinta para proteger a los hijos. Esto quiere decir que el juez podrá aceptar sin necesidad de prueba los hechos en los que ambos progenitores estén conformes[30], y también los que hayan sido confesados por aquél al que deban perjudicar, salvo en los casos excepcionales ya señalados.

B. Intervención del ministerio fiscal

La D.A. 8ª establece con carácter general que el ministerio fiscal será parte en todos los procesos matrimoniales en que existan hijos menores de edad o incapacitados, mientras que la D.A. 6ª que regula los procesos consensuales, en su nº6, sólo le da entrada como mero dictaminador del convenio. Parece, por lo tanto, que esta norma particular debe apartar a aquella norma general, a pesar de lo cual, algunos autores[31] consideran que el ministerio fiscal tiene también la calidad de parte en los procesos consensuales en que haya hijos menores.

En cuanto a la función del ministerio fiscal en los procesos contenciosos, existe una cierta discusión, afirmando unos que es una parte más en el proceso, mientras que para otros su intervención es puramente

---

30. BONET NAVARRO, ya citado, p.1026.

31. MARTINELL, ya citado, p.142, y BONET NAVARRO, ya citado, p.1057.

adhesiva[32]. En todo caso, en estos procesos el ministerio fiscal podrá realizar todos los actos de parte, como contestar a la demanda, proponer prueba, solicitar vista, etc. En el proceso consensual, la función del ministerio fiscal se limita a formular una opinión jurídica en relación con los hechos debatidos.

En todos los casos parece que se reconoce al ministerio fiscal calidad para pedir la modificación de las medidas cuando se haya producido una alteración de las circunstancias: en el proceso contencioso por su calidad de parte[33], y en el proceso consensual porque expresamente lo establece el nº11 de la D.A. 6ª. Sin embargo, en este caso tal facultad del ministerio fiscal choca con la organización general de este procedimiento, otorgándole facultades muy superiores en el trámite de modificación que en el de aprobación, en el que sólo puede emitir un informe sobre la propuesta de los padres, pero nunca proponer a su vez medidas a adoptar[34].

Otro punto discutido es la trascendencia que debe tener el hecho de que el ministerio fiscal no haya participado desde el principio en un proceso en el que tenía que ser parte. Mientras que unas sentencias consideran que tal defecto puede subsanarse por su intervención en una fase posterior -siempre que su ausencia no haya provocado indefensión de los sujetos a

---

[32]. STS de marzo de 1988 (RA 1547), también SAT de Cáceres, de 2 de noviembre de 1988 (RGD 1989, p.6149).

[33]. Así lo reconoce la SAT de Oviedo de 11 de junio de 1988 (RGD 1989, p.3363).

[34]. En el mismo sentido, MARTINELL, ya citado, p.143.

cuya protección va encaminada la intervención del ministerio fiscal- otras consideran tal ausencia insubsanable, y por lo tanto causa de nulidad de todas las actuaciones posteriores al momento en el que el ministerio fiscal debió personarse en el proceso[35].

Pero la dimensión más interesante de la intervención del ministerio fiscal en el proceso matrimonial proviene del incumplimiento sistemático de la función de protección de los menores que tiene expresamente encomendada en estos procesos.

En efecto, consideramos que el problema que plantea en el actual desenvolvimiento de los procesos matrimoniales la confrontación de los principios de iniciativa y de aportación de parte, así como del principio de defensa, con la ampliación de las facultades de actuación de oficio del juez en aras de una mejor protección de los intereses de los hijos, estaría resuelto si el ministerio fiscal cumpliera su cometido en estos procesos, para lo cual el legislador le ha concedido un gran abanico de actuaciones posibles. Al ministerio fiscal correspondería, en el caso de que se considerase que las peticiones de los padres no son suficientes o no son las adecuadas para proteger los intereses de los hijos, solicitar la adopción de otras medidas, la práctica de las pruebas que estimase oportunas, etc. Con esta actuación del ministerio fiscal se conjugarían dos necesidades: defender los intereses de los menores y respetar los principios de contradicción, de aportación de parte, etc. Pero frente a este amplio abanico de

---

[35]. SAP Barcelona, 17 de abril de 1981 (RGD 1989, p.5859), y SAT Palma de Mallorca, 9 de noviembre de 1987 (RGD 1989, p.678).

posibles actuaciones, vemos que el ministerio fiscal se limita por lo general a cubrir el trámite de su necesaria participación en estos procesos mediante un informe siempre igual en el que solicita de modo general que se resuelva lo que más convenga al interés de los hijos.

Pero si el sistema procesal matrimonial está montado sobre la actividad fundamental del ministerio fiscal y éste no actúa[36], el sistema hace aguas. Esta es la razón por la cual existe gran confusión acerca de los poderes respectivos del juez y de las partes en el proceso matrimonial, pues sin la actuación del ministerio fiscal el proceso matrimonial o bien no protege adecuadamente a los menores, o bien pone en peligro el principio de defensa de las partes.

C. Audiencia de los menores

La aparición de esta figura, de reciente incorporación a la mayoría de los ordenamientos, se debe a dos circunstancias: en primer lugar, la particularidad de los procesos matrimoniales en los que se deben decidir cuestiones que afectan directamente a personas que no son parte en el mismo; pero sobre todo, la emergencia de una conciencia del niño como individuo y como sujeto de Derecho, y no sólo como objeto del mismo.

La audiencia de los menores no tiene la consideración de prueba, sino una naturaleza *sui generis*. Tanto la doctrina como los órganos judiciales consideran inadecuada la presencia de los padres o de sus abogados en esta audiencia, por lo que algunos autores han

---

[36]. MARTINELL (ya citado, p.139), dice que la intervención del ministerio fiscal es en la realidad puramente testimonial.

destacado que el principio de controversia puede verse en entredicho[37].

4. La sentencia

A. El principio de congruencia

La congruencia es manifestación del principio dispositivo, y significa que el juez debe pronunciarse sobre todo lo pedido por las partes y que no puede conceder más o cosa distinta de lo pedido. Indudablemente en el ámbito de las medidas relativas a los hijos, y como consecuencia directa de la matización que sufren en él los restantes principios del proceso civil, el principio de congruencia no puede ser entendido aquí con el mismo rigor que en el proceso civil ordinario. Esta es una afirmación sobre la que existe explícito acuerdo[38].

Pero, como en todos los casos en que se afirma que un principio del proceso civil ordinario queda matizado en el proceso matrimonial, es necesario establecer en qué medida queda en suspenso, o lo que es lo mismo en qué medida está vigente. El razonamiento es siempre el mismo: si el principio de congruencia queda limitado en el ámbito de las medidas referidas a los hijos únicamente en atención al principio de protección de los hijos, y si hemos entendido que este principio sólo permite al juez alejarse de la que sería su posición en un proceso civil

---

37. DEKEUWER-DEFOSSEZ y VAUVILLE, *"Droits de l'homme et droits de l'enfant"*, D.1988, p.139.

38. Véanse, la STS de 2 de mayo de 1983 (RA 2619), así como numerosas sentencias de instancia, entre otras la SAT de Zaragoza de 27 de diciembre de 1984 y la de la AT de Barcelona de 7 de julio de 1986 (GARCIA GIL, nº 1048 y 1049).

ordinario cuando no actuar de otra forma supondría un peligro real para los hijos, quiere ello decir que el principio de congruencia juega en el proceso matrimonial con toda su amplitud salvo cuando se justifique que el interés de los hijos exigía su quiebra. Esto quiere decir que el juez para resolver sobre cuestión no pedida por las partes, o en sentido distinto de lo pedido por ellas, habrá de justificar que el no resolver sobre esa cuestión, o el hacerlo en el sentido pedido por los padres hubiese supuesto un peligro para el hijo, hubiese establecido una situación dañina para él.

La postura de la jurisprudencia parece por el contrario aceptar que en el proceso matrimonial el principio de congruencia quiebra totalmente, pues aunque no se dice explícitamente, no se ponen límites a la posibilidad de que el juez resuelva al margen de lo pedido por las partes[39]. Así dice la STS de 2 de mayo de 1983 que «... basta señalar en la demanda la causa determinante y el *petitum*, con la consiguiente apreciación de culpabilidad, para que la ejecutoria lleve aparejada, *ope legis*, la práctica de las medidas previstas en el art. 73 del Código civil (derogado y aplicable al conflicto) en relación con el 104 del mismo cuerpo legal, tanto en lo referente a los efectos personales como a la patria potestad y al orden económico», aunque podemos achacar dicha postura a la distinta consideración que tenían la separación y sus consecuencias en la regulación anterior a la reforma de 1981. Sin embargo,

---

[39]. En el mismo sentido la doctrina, por ejemplo SERRA DOMINGUEZ, ya citado, p.54. LUNA SERRANO, en LACRUZ BERDEJO y otros, *Elementos de Derecho civil. IV. Derecho de Familia* (tercera edición, 1989), fascículo 1º, p.257, afirma que las medidas del art. 91 no necesitan petición de parte.

con posterioridad a la misma son muchas las declaraciones en el mismo sentido -aunque no del Tribunal Supremo, al que en la actualidad no llegan los procesos matrimoniales-: por ejemplo la sentencia de la AT de Zaragoza de 27 de diciembre de 1984[40] señala que «... el resolver sobre dichos efectos o medidas, si han sido solicitados por las partes, conforme o no a lo pedido, nunca puede constituir incongruencia, habida constancia de que deben adoptarse, en la sentencia o en ejecución de la misma, no arregladamente a lo suplicado o aun pactado por los cónyuges, sino a tenor de lo dispuesto en la Ley, que dice textualmente, "conforme a lo dispuesto en los artículos siguientes" ...». De esta sentencia parece sin embargo deducirse que el juez no puede resolver sobre cuestión que no haya sido planteada por las partes, lo que resulta contrario a la regulación expresa de los arts. 90 y ss. y a la práctica judicial generalizada, de la que podemos ver un reflejo en la sentencia de la AT de Barcelona de 7 de julio de 1986[41] según la cual «... es criterio reiterado de la Sala que el principio de congruencia en relación a estas medidas, no rige plenamente, procediendo incluso sin petición de parte alguna...»[42].

---

40. GARCIA GIL, ya citado, nº 1048.

41. GARCIA GIL, ya citado, nº 1049.

42. Pueden verse otras sentencias en el mismo sentido, como por ejemplo, SAT de Granada de 27 de abril de 1985 (citada por LACRUZ y otros, fascículo 1º, nota 22); SAT de Madrid de 15 de abril de 1989 (RGD 1989, p.5791), y SAP de Valencia de 7 de febrero de 1990 (RGD 1990, p.1805).

B. La condena en costas

Es habitual que en los procesos matrimoniales no se condene en costas por considerar que estas condenas no sirven más que para ahondar la falta de entendimiento entre los ex-cónyuges[43]. Otras sentencias consideran que el art. 523 de la LEC es inaplicable a los procesos de nulidad, separación o divorcio por no tratarse de procesos declarativos[44]. Otros tribunales, en cambio, sí lo han considerado aplicable, y en particular el Tribunal Supremo en su sentencia de 14 de marzo de 1988[45].

En nuestra opinión existe un argumento más consistente a favor de la no imposición de las costas en los procesos matrimoniales, pero sólo válido para la primera instancia. Este argumento nace de dos de las características que el proceso matrimonial presenta frente al proceso civil general. En primer lugar, el proceso matrimonial es la vía a la que necesariamente han de recurrir las partes para establecer las situaciones que configuran su objeto: separación, divorcio o nulidad (es decir se trata de un proceso constitutivo y no simplemente declarativo), y por otra parte, y en lo que se refiere a esta pretensión principal no vale que el demandado se allane sin oponer resistencia, dando así por concluido el proceso. No puede entenderse por lo tanto que el proceso de primera instancia haya sido debido a la resistencia de una de las partes.

---

43. SAT de Zaragoza de 8 de junio de 1983 (GARCIA GIL, nº 999).

44. SAT de Zaragoza de 24 de febrero de 1987 (GARCIA GIL, nº 1007).

45. RA 8461.

La segunda característica es la función determinativa[46] que tiene el proceso matrimonial en cuanto a los efectos de la separación, el divorcio o la nulidad: en este ámbito el juez no se limita a aplicar unas normas claras sino que realiza una verdadera valoración de los intereses y de las circunstancias, creando una regulación de los mismos *ex novo* en la práctica, con una fuerte carga de equidad, comportamiento que no puede ser exigido de las partes, por lo que ninguna de ellas merecerá el reproche que subyace a la condena en costas.

5. Conclusión

Como conclusión podemos decir que el proceso matrimonial, en el ámbito de las cuestiones relativas a los hijos, está regido: en primer lugar, y como proceso, por el principio de defensa; en segundo lugar, como proceso civil, por el principio dispositivo y sus derivados; y en tercer lugar, por ser un proceso relativo a los menores, por el principio de protección de los mismos.

Esto quiere decir que todas las normas procesales aplicables a un proceso matrimonial en la esfera de las cuestiones relativas a los hijos habrán de ser interpretadas como corresponde a un proceso civil, en el que, por lo tanto, rige el principio dispositivo, siempre que tal interpretación no suponga una vulneración real del principio de protección de los menores. Por último, la interpretación que de las normas procesales se haga apartándose de los principios del proceso civil habrá de

---

[46]. BONET NAVARRO, ya citado.

tener como límite la no vulneración del principio de defensa.

III. VIAS JUDICIALES EN EL CASO DE HIJOS NO MATRIMONIALES

Tal como hemos señalado anteriormente, no existen procedimientos especialmente pensados para resolver sobre la situación de los hijos no matrimoniales en el caso de que sus padres no convivan (o de padres casados y separados de hecho que no demandan la separación, el divorcio o la nulidad). Por lo tanto habrá que acudir a procedimientos previstos para fines más generales, y en consecuencia no adaptados en sus trámites generales a la especial naturaleza de las relaciones paterno-filiales y de las normas que las regulan.

Por lo tanto, estas vías procedimentales habrán de ser adaptadas a la naturaleza del objeto aquí debatido, adaptación que se hará las más de las veces comparando estas vías generales con las específicas de los procesos matrimoniales, tal como ya hemos visto hacen de forma bastante generalizada los órganos judiciales. Habrán de ser tenidas en cuenta todas las peculiaridades que, según hemos visto, presenta el proceso matrimonial en razón de esta especial naturaleza de las relaciones paterno-filiales.

En primer lugar, los poderes del juez en estos procesos habrán de verse ampliados en la justa medida en que el interés de los menores lo exija, pero sin olvidar

nunca que nos hallamos ante juicios civiles, y por lo tanto sometidos al principio dispositivo, y por otra parte que el interés de los hijos tal como se entiende actualmente sólo exige del juez una actuación contraria al principio dispositivo y todos sus derivados, cuando en caso de no actuar de esa manera el hijo corriese un peligro serio y actual.

En lo que se refiere a la intervención del ministerio fiscal, establecida ésta como obligatoria en los procesos matrimoniales por la D.A. 8ª a la Ley de 7 de julio de 1981, debe considerarse igualmente obligado en todo proceso en el que se resuelvan cuestiones similares referidas a hijos no matrimoniales o a hijos matrimoniales de padres separados de hecho, pues otra interpretación habría necesariamente de ser considerada discriminatoria[47].

En apoyo de tal solución podemos alegar también el art. 3-7 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, que establece que éste habrá de participar en aquellos procesos civiles en que no puedan actuar por sí mismas aquellas personas que carecen de capacidad de obrar o de representación legal. Este artículo da lugar a dos interpretaciones diferentes en lo que se refiere a la intervención del ministerio fiscal en las cuestiones relativas a las relaciones paterno-filiales o de patria potestad: la primera queda expuesta en la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 16ª) de 14 de junio de 1990[48], que considera que la participación del

---

[47]. En tal sentido, SAT de Burgos de 13 de diciembre de 1986 (GARCIA GIL, nº 1049).

[48]. RGD 1991, p.550.

ministerio fiscal en los procesos relativos a la patria potestad es sólo potestativa; por el contrario, otra sentencia de la misma Audiencia (esta vez de la Sección 12ª) de 17 de abril de 1989[49] considera que tal participación es ineludible en los procesos relativos a la patria potestad. Creemos que, cuando se trata de procesos en los que se conoce de la situación de los hijos de padres que no conviven, la única interpretación posible de este artículo, impuesta por el principio de no discriminación, es considerar ineludible la intervención del ministerio fiscal, puesto que lo es en el caso de que de tal situación se conozca en un proceso matrimonial.

Por último, nos encontramos con la cuestión de la audiencia de los menores, introducida en nuestro ordenamiento por las leyes de reforma del Código civil de 13 de mayo y 7 de julio de 1981. Mientras que la segunda de estas Leyes establecía de forma general en qué circunstancias deberían ser oídos en los procesos matrimoniales los hijos, la segunda no introdujo entre las normas que regulan la patria potestad ninguna regla general sobre la audiencia de los hijos, limitándose a referirse a ella de forma parcial (por ejemplo en el art. 159 en el caso de decisión judicial sobre la guarda de los hijos). Tampoco en el ámbito procesal existe ninguna norma que con carácter general establezca la necesidad de oír a los menores en todos los procesos que les afecten, como hace el art. 12 de la Convención de Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, ratificada por España el 31 de diciembre de 1990.

---

[49]. RGD 1989, 5858.

Sin embargo, la regla general respecto de la audiencia del menor en los procesos a los que ahora nos referimos puede ser obtenida por otra vía: si las cuestiones relativas a la situación de los hijos cuando sus padres no conviven han de ser resueltas en el proceso matrimonial con audiencia de los hijos, ésta será exigible en las mismas condiciones en cualquier otro proceso en el que se conozca de las mismas cuestiones. A una solución similar parece responder la sentencia del TS de 30 de abril de 1991[50], que en un juicio de menor cuantía en el que se debatió sobre el derecho de visita del padre a su hija no matrimonial, estimó que la audiencia de la menor no era preceptiva por ser menor de 12 años, considerando por lo tanto que la audiencia de los menores está sometida a las mismas reglas en todos los procesos que se refieren a la situación de los hijos de padres que no conviven.

1. Los trámites de la jurisdicción voluntaria

La Disposición Transitoria 10ª de la Ley de 13 de mayo de 1981 establece que «... se aplicarán las normas de la jurisdicción voluntaria a las actuaciones que se sigan: 2º. Para resolver las controversias surgidas en el ejercicio de la patria potestad (...) cuando por su propia naturaleza exijan una resolución urgente ...».

Dos son por lo tanto los requisitos que ha de reunir una cuestión para que pueda ser objeto de un expediente de jurisdicción voluntaria, primero, que necesite una solución urgente, y segundo, que sea una controversia nacida en el ejercicio de la patria potes-

---

[50]. CCJC 1991, nº691.

tad. Aunque más adelante veremos que en nuestra opinión el ejercicio de la patria potestad es un concepto restringido que no abarca toda la vertiente activa de la patria potestad, creemos que en este caso el legislador se está refiriendo a cualquier diferencia de criterio que exista entre los padres sobre alguna cuestión referente a los hijos y que, por lo tanto, quede dentro del marco de la patria potestad. VERGE I GRAU[51] considera que dentro de estas cuestiones se halla también la atribución de la vivienda familiar, pues es cuestión que afecta a los hijos, y por tanto puede ser resuelta por esta vía. Siendo así, todos problemas derivados de una falta de convivencia entre los padres podrán ser objeto de un expediente de jurisdicción voluntaria, siempre que necesiten una resolución urgente.

En cuanto al requisito de la urgencia de la resolución, dependerá sobre todo del criterio del juez, pues no existen en principio normas para ello, ni precedentes que nos puedan servir de guía. Quizás la solución la hayamos de encontrar en el art. 103, que regula las medidas provisionales en los procesos de separación, divorcio y nulidad, y entre ellas las que afectan a los hijos: si el legislador ha considerado que a pesar de haberse entablado un proceso que habrá de fijar la situación de los hijos es necesario resolver algunos problemas de forma provisional mientras se sustancia el proceso porque son cuestiones que no pueden quedar sin solución durante ese tiempo, habrá que entender que el legislador considera que todas las cuestiones mencionadas en dicho artículo relativas a los

---

51. *"¿Medidas provisionales para parejas no casadas?"*, Justicia 1990.II, p.273.

hijos "exigen una resolución urgente", por lo tanto estas mismas cuestiones podrán ser objeto de un expediente de jurisdicción voluntaria.

El procedimiento de la jurisdicción voluntaria adaptado a las cuestiones relativas a la situación de los hijos que no conviven presenta otro problema, que es del tratamiento que haya de dársele a la oposición que pueda presentar el otro progenitor a la medida promovida. El art. 1817/LEC, que se encuentra entre las disposiciones generales de la jurisdicción voluntaria, establece que ante la oposición de persona que tenga interés en el asunto el expediente se hará contencioso. Por lo tanto, en el ámbito de la situación de los hijos de padres que no conviven, promovido el expediente de jurisdicción voluntaria por uno de los progenitores solicitando determinadas medidas, bastaría con que el otro se opusiese para que hubiese que acudir al procedimiento de menor cuantía, con lo cual la vía de la jurisdicción voluntaria sólo se podría utilizar cuando los padres estuviesen de acuerdo en las medidas a adoptar.

Pero hay que tener en cuenta que si bien el procedimiento de jurisdicción voluntaria en general está pensado para «aquellos (actos) en que sea necesaria o se solicite la intervención del juez sin estar empeñados ni promoverse cuestión alguna entre partes conocidas y determinadas» (art. 1811/LEC), la D.T. 10ª en virtud de la cual hemos considerado que los trámites de la jurisdicción voluntaria son aptos para resolver sobre la situación de los hijos de padres que no conviven, remite a los mismos la resolución de las controversias surgidas en el ejercicio de la patria, es decir, remite a dichos

trámites el conocimiento de cuestiones en las que, por definición, existen partes enfrentadas. Por lo tanto, no se puede considerar aplicable el art. 1817/LEC, pues en caso contrario el conocimiento de las controversias surgidas en el ejercicio de la patria potestad no podría en ningún caso seguir los trámites de la jurisdicción voluntaria. Esta es la interpretación que realiza el Auto de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife de 17 de octubre de 1989[52]; en sentido contrario podemos ver en la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 17 de abril de 1989[53] la apelación de un juicio de menor cuantía al que dio lugar la interrupción del procedimiento de jurisdicción voluntaria por la oposición de la otra parte.

Otra cuestión interesante que plantea el auto anteriormente citado es si en un expediente de jurisdicción voluntaria promovido para una cuestión determinada respecto de un menor, cabe fijar también otras medidas a petición de "otra parte": la respuesta es afirmativa y fundamentada de un lado en razones de economía procesal y de otro en la consideración de que la jurisdicción voluntaria es menos solemne que otros procedimientos.

Como conclusión, podemos decir que respecto de la situación de los hijos no matrimoniales de padres que no conviven o de hijos matrimoniales de padres separados de hecho, el trámite de la jurisdicción voluntaria conforme a la D. T. 10ª tiene una función similar a la de

---

52. AC 1990/Audiencias, @22.

53. RGD 1989, p.5858.

las medidas provisionales en los procesos matrimoniales, puesto que sirve para resolver rápidamente (y de forma transitoria en su caso) sobre las cuestiones derivadas de la no convivencia de los padres.

A pesar de ellos, tales trámites presentan el defecto de que no están pensados para cuestiones contenciosas. En opinión de VERGE I GRAU[54], el trámite de las medidas provisionales en los procesos matrimoniales sería más adecuado para resolver de modo urgente y transitorio sobre las cuestiones planteadas por la no convivencia de los padres cuando no están casados o casados se encuentran separados de hecho, trámites que se podrían aplicar por ser análogas las cuestiones debatidas.

Por último, queda decir que las cuestiones resueltas por los trámites de la jurisdicción voluntaria tendrán siempre abierta la vía contenciosa, en particular en este caso el juicio de menor, tal como señala expresamente la D.T. 10ª. Pero a diferencia de lo que ocurre cuando estas cuestiones se resuelven por los trámites de las medidas provisionales, en el caso de que se hayan resuelto por los trámites de la jurisdicción voluntaria no existe obligación de plantear la misma cuestión en un proceso definitivo.

2. El juicio de alimentos provisionales

Previsto en los arts. 1609 a 1617 de la LEC, puede ser la vía empleada cuando la única cuestión a plantear relativa a la situación de los hijos de padres que no conviven sea la de su mantenimiento. Pero puede

---

54. Ya citado.

ocurrir también que sea la única cuestión a plantear por uno de los progenitores, pero que el otro pretenda que se resuelva también sobre otros aspectos de la situación de los hijos. En este caso, parece que iniciado el juicio de alimentos, en él sólo cabría debatir sobre esta cuestión, quedando obligado el demandado a iniciar otro proceso para debatir sobre otras cuestiones relativas a los hijos (art. 1613/LEC).

Sin embargo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas de 12 de julio de 1990[55] confirmó la concesión de un derecho de visitas en juicio de alimentos provisionales, por considerar que «sería contrario al principio de igualdad antes mencionado si, en el caso de filiación extramatrimonial, pudiera la madre solicitar en el juicio de alimentos provisionales, sumario y rápido en sus trámites, alimentos para el hijo, sin que el progenitor tenga a su alcance más que el juicio ordinario de menor cuantía para recabar su derecho, que también es el de los hijos, de visitar y tener consigo a éstos», considerando que si bien las formas y requisitos del proceso cumplen un papel de capital importancia para la ordenación del mismo, el derecho fundamental a la tutela judicial implica un mandato positivo que obliga a interpretar la normativa vigente en el sentido más favorable a la efectividad de tal derecho.

3. El juicio de menor cuantía

Por último, cabe la vía del juicio de menor cuantía, abierta al conocimiento de toda cuestión que no tenga señalado procedimiento, como es el caso de la

---

[55]. RGD 1991, p.10018.

situación de los hijos cuyos padres no conviven. Es la vía por la que en la práctica se resuelven con mayor frecuencia estas cuestiones, en detrimento de la vía de la jurisdicción voluntaria.

Presenta la particularidad, frente a todas las vías vistas hasta ahora, tanto para los hijos matrimoniales como no matrimoniales, de tener abierta la casación, razón por la cual las únicas sentencias del Tribunal Supremo sobre cuestiones relativas a la situación jurídica de los hijos cuyos padres no conviven provienen del recurso de sentencias dictadas en juicio de menor cuantía.

4. La posibilidad de solicitar medidas provisionales

VERGE I GRAU[56], considera que tal posibilidad existe, por varias razones. En primer lugar, cuando es la madre la que las pide para sí y para sus hijos, porque el artículo 39 de la Constitución otorga la misma protección a las madres y a sus hijos sea cual sea su estado civil, y por lo tanto la madre no casada debe tener la misma posibilidad de recabar protección jurídica que si estuviese casada.

En segundo lugar, porque la D.A. 10ª, que prevé la intervención del juez por la vía de la jurisdicción voluntaria cuando la situación de los hijos exija una decisión urgente, englobaría todos los problemas que la situación de los hijos de padres que no conviven puede plantear.

---

[56]. Ya citado.

En cuanto al cauce por el que tales medidas pueden ser solicitadas, considera este autor más adecuado el previsto para las medidas provisionales en los casos de separación, divorcio o nulidad, que el de jurisdicción voluntaria previsto en la D.T. 10ª, por tratarse de cuestión que necesita de un procedimiento contradictorio. A pesar de ello, considera que la D.T. 10ª puede ser cauce adecuado cuando la pareja no casada tenga hijos menores (cauce que además no obliga a la parte que solicita las medidas a instar coetánea o posteriormente otro proceso) porque todas las cuestiones que pueden dar lugar a unas medidas provisionales son cuestiones urgentes que afectan a los hijos, incluida la concesión del uso de la vivienda.

Este autor se manifiesta claramente a favor de utilizar en estos casos el mismo procedimiento previsto para las medidas provisionales en el proceso matrimonial, por ser procedimiento previsto para supuestos similares, entendiendo que en tal caso quizás la exigencia del art. 1885/LEC que exige que en el plazo de treinta días se acredite la interposición de la demanda principal podría referirse a una acción declarativa de los efectos definitivos de la ruptura.

IV. LA MODIFICACION DE LAS MEDIDAS

La posibilidad de solicitar la modificación de las medidas relativas a la situación de los hijos de padres que no conviven está expresamente contemplada en nuestro Código civil para el caso de que tales medidas

hayan sido adoptadas en sentencia de separación, divorcio o nulidad. En tales casos esta posibilidad está adquiriendo una importancia cada vez mayor, pues los pleitos matrimoniales son, como dice PEREDA[57], pleitos que no se terminan nunca[58].

En el caso de que las medidas hayan sido adoptadas en otros procesos nada está previsto para su modificación, pero no cabe duda de que siendo las circunstancias las mismas, tal posibilidad habrá de ser admitida, y en principio en las mismas condiciones que en el proceso matrimonial. Por lo tanto, salvo la cuestión del procedimiento para la modificación, los problemas planteados por las modificación de medidas, así como sus soluciones, serán comunes para ambos casos.

El Código, en la regulación sustantiva de los efectos comunes a la separación, el divorcio y la nulidad establece la posibilidad de que éstos sean modificados con posterioridad a su establecimiento. Así lo establece el art. 90-párr. 3º: «Las medidas que el juez adopte en defecto de acuerdo, o las convenidas por los cónyuges, podrán ser modificadas judicialmente o por nuevo convenio cuando se alteren sustancialmente las circunstancias» y el 91: «... Estas medidas (las dictadas por el juez en defecto de acuerdo de los cónyuges o en caso de no

---

57. *La ejecución de las sentencias matrimoniales* (1989).

58. En Francia se ha comprobado estadísticamente que mientras que el número de juicios de separación y divorcio se ha estabilizado, el número de pleitos de modificación de medidas no cesa de crecer, sobre todo en el caso en que la separación o el divorcio se resolvieron de mutuo acuerdo. Así lo señala BASTIEN-RABNER, *"Le charme discret de la loi Malhuret (Une reconnaissance imparfaite du droit de l'enfant à l'egalité parentale)"*, JCP 1992.I.3613, p.403.

aprobación del mismo) podrán ser modificadas cuando se alteren sustancialmente las circunstancias».

Dos son los problemas que plantea esta regulación, en primer lugar saber por qué trámites habrán de modificarse estas medidas, y si dependerá el mismo de que las medidas a modificar hayan sido convenidas por los padres o acordadas por el juez, y en segundo lugar intentar dilucidar qué se debe entender por alteración sustancial de las circunstancias, que parece ser requisito necesario para que se pueda iniciar el procedimiento de modificación de medidas.

1. Procedimiento para la modificación de medidas adoptadas en juicio matrimonial

Las Disposiciones Adicionales a la Ley de 7 de julio de 1981 se refieren expresamente a la modificación de medidas en dos puntos distintos: la D.A. 5ª-párr.1º, que establece que el procedimiento incidental modificado que se regula en esta Disposición Adicional será el que habrá de seguir toda cuestión regulada en el Título IV del Libro I del Código civil a la que no se haya señalado procedimiento, y la D.A. 6ª-nº8, que establece que «Las ulteriores solicitudes de modificación del convenio o de las medidas judiciales, por variación en las circunstancias (...) se tramitarán por el mismo procedimiento seguido para su adopción».

Por lo tanto, la modificación de medidas adoptadas en procedimiento consensual (ya sean las acordadas por los cónyuges, ya las establecidas por el juez en caso de no aprobar el convenio) se resolverá en juicio regulado también por la D.A. 6ª, mientras que la modificación de las medidas adoptadas por el juez en

procedimiento contencioso, al no tener señalado otro procedimiento, habrá de sustanciarse por los trámites del procedimiento incidental modificado de la D.A. 5ª[59].

Algunos autores y órganos judiciales consideran que el procedimiento de ejecución de sentencia es apto para la modificación de las medidas adoptadas en la misma, al menos en algunos casos. Así, LOPEZ-MUÑOZ GOÑI[60] considera que es cauce adecuado para modificar las medidas adoptadas en procedimiento contencioso cuando posteriormente los padres han llegado a un acuerdo, pero no cuando sigue habiendo oposición entre ellos. Sin embargo, tal como establece la SAT Valladolid de 20 de junio de 1988[61], ha de considerarse que esta solución no es correcta porque las D.A. señalan concretamente cuál es el trámite que ha de seguirse para la modificación de las medidas adoptadas en sentencias de separación, divorcio y nulidad.

Finalmente, existe una solución original, aportada por la Audiencia Provincial de Barcelona, en sentencia de 8 de julio de 1989[62]. Consideró este órgano que ante una demanda de modificación urgente de alguna medida cabría dar curso a la misma por un trámite abreviado y libre, siempre que se cumpliesen dos requisi-

---

59. MARTINELL (ya citado) señala que en la práctica la modificación de medidas se sustancia con cierta frecuencia por los trámites de los incidentes sin más, siendo erróneo tal proceder. En el mismo sentido las SAT de Barcelona de 21 de octubre de 1988, y de Oviedo de 6 de septiembre de 1988, en las que se considera inadecuado este procedimiento, empleado en la primera instancia.

60. *La ejecución de sentencias en materia matrimonial, Guía práctica* (1988).

61. RGD 1989, p.7258.

62. RGD 1990, p.511.

tos: que la decisión adoptada fuese provisional, bien porque la situación sólo demandase una modificación temporal, bien por que sólo se adoptase en espera de la decisión definitiva, y que la decisión fuese adoptada después de oír a las dos partes. Por su parte, el Auto de la Audiencia de Tenerife de 16 de octubre de 1990[63], resolviendo en un supuesto similar añadía como requisito que el trámite de dicha modificación urgente incluyese un periodo de prueba.

2. Procedimiento para la modificación de medidas adoptadas en otros procesos

En este caso los trámites a seguir pueden ser de nuevo los del juicio de menor cuantía, los de la jurisdicción voluntaria, o los del juicio de alimentos en su caso. El juicio de menor cuantía vuelve a plantear aquí el mismo problema de la discriminación que supone para los hijos no matrimoniales, y para sus padres, el tener que acudir a un proceso mucho más lento y costoso que el que tienen a su disposición los hijos matrimoniales y sus padres.

3. La alteración sustancial de las circunstancias como condición para la modificación de las medidas

Es preciso aclarar en primer lugar que la exigencia de una alteración sustancial de las circunstancias es requisito necesario para iniciar el trámite de modificación, no para resolver sobre las modificaciones pedidas, enjuiciamiento éste que se hará según los mismos

---

[63]. RGD 1991, p.4518.

criterios que se emplean cuando se resuelve por primera vez sobre estas cuestiones.

También parece exigirse por los órganos judiciales[64] la alteración de las circunstancias tenidas en cuenta al dictar la sentencia de separación para que las medidas en ella adoptadas puedan ser modificadas en un posterior juicio de divorcio. En otro caso habrán de ser ratificadas sin más[65].

La razón por la que el Código exige que se haya producido una modificación de las circunstancias es a nuestro entender única: evitar que un progenitor pueda unilateralmente entablar un proceso de modificación siempre que quiera, pues tal circunstancia, aun cuando se resolviese en contra de su petición, vendría a alterar injustamente la tranquilidad del otro progenitor y de los hijos.

Cuestión difícil es determinar qué debe ser considerado alteración sustancial de las circunstancias, pues ello dependerá de la medida concreta que se pretenda modificar. Por lo tanto para su estudio nos remitimos a la Segunda Parte, en la que se analizan las circunstancias concretas que pueden abrir el proceso de modificación de la guarda, el régimen de visitas o el ejercicio de la patria potestad.

---

64. Por ejemplo, la SAT de La Coruña de 7 de noviembre de 1988 (RGD 1989, p.2556).

65. En este sentido, SAP de Oviedo, 14 de noviembre de 1989 (RGD 1990, p.385).

4. ¿Es suficiente el acuerdo de los padres para iniciar el trámite de modificación de medidas?

La cuestión estriba en saber si el simple acuerdo de los padres para modificar las medidas es suficiente para iniciar este trámite o si es necesario que además se haya producido una alteración de las circunstancias, tal como parece exigir el Código sin excepción alguna (por ejemplo, art. 90-párr.3º).

Son dos las situaciones posibles, y a nuestro entender la solución puede variar de una a otra.

En primer lugar, si las medidas que se pretende modificar se establecieron por el juez en un procedimiento contencioso, la nueva situación de entendimiento entre los padres puede constituir una alteración sustancial de las circunstancias si en el momento en el que se establecieron aquellas medidas existía una situación de confrontación entre los padres. A pesar del acuerdo existente entre ellos no podrán presentar una demanda conjunta puesto que los trámites de la D.A. 6ª quedan reservados para la modificación de las medidas que fueron adoptadas en un procedimiento consensual. Sin embargo, y partiendo de la situación de acuerdo entre los progenitores, uno de ellos podrá pedir una modificación de las medidas por los trámites de la D.A. 5ª, frente a la cual el otro progenitor podrá allanarse simplemente.

En segundo lugar, si las medidas que se pretende modificar se establecieron en convenio aprobado judicialmente, será más difícil que el nuevo acuerdo de los padres sea considerado como una alteración fáctica, porque no hay paso de una situación de enfrentamiento a una situación de entendimiento, sino que siendo las

circunstancias fácticas las mismas los padres consideran que es mejor para los niños o para ellos solucionar los problemas de forma distinta.

Creemos, sin embargo, que ni en un caso ni en otro la discusión debe centrarse en si el acuerdo de los padres supone o no una alteración sustancial de las circunstancias, sino en otra dimensión, en saber qué razones pueden existir para rechazar que el acuerdo de los padres sea suficiente, no para modificar por sí solo las medidas vigentes -pues en todo caso haría falta la aprobación judicial-, sino para abrir el proceso de modificación de las mismas.

Si dijimos que la razón de exigir la alteración sustancial de las circunstancias era simplemente garantizar la tranquilidad de cada una de las partes frente a posibles peticiones extemporáneas de modificación por la otra parte, vemos que tal justificación desaparece cuando la petición es conjunta.

Si por otra parte hemos visto que nuestro legislador considera que aun en los casos de crisis matrimonial corresponde a los padres organizar la vida de sus hijos, y que frente al acuerdo de aquéllos al juez sólo le corresponde la función de comprobar que la regulación por ellos prevista no es contraria al interés de los hijos, vemos que no existe ninguna razón para sostener que también en los casos en que los padres están de acuerdo en modificar las medidas ya existentes es necesario que además se haya producido una alteración sustancial de las circunstancias[66].

---

[66]. En el mismo sentido MASCARELL NAVARRO, *Nulidad, separación y divorcio* (1985), p.338, y DIEZ-PICAZO y GULLON, ya citado, p.163.

CAPITULO CUARTO

EL PAPEL DE LA VOLUNTAD DE LOS PADRES EN LA DETERMINACION DE LA SITUACION JURIDICA DE LOS HIJOS

I. EL CONVENIO EN EL PROCESO MATRIMONIAL
   1. El convenio regulador en el proceso consensual
   2. El grado de sujeción del juez a la voluntad manifestada por los padres
   3. ¿Se refiere el 2º párrafo del art.90 a un tipo de acuerdos distinto del contemplado en su primer párrafo?

II. OTROS CONVENIOS
   1. ¿Es lícito el convenio en caso de separación de hecho o de hijos no matrimoniales?
   2. ¿Qué valor tiene el convenio privado?
   3. ¿Es homologable judicialmente este convenio?

III. CONCLUSION: ¿QUE PAPEL JUEGA LA VOLUNTAD DE LOS PADRES EN LA DETERMINACION DE LA SITUACION JURIDICA DE SUS HIJOS

CAPITULO CUARTO

EL PAPEL DE LA VOLUNTAD DE LOS PADRES EN LA DETERMINACION DE LA SITUACION JURIDICA DE LOS HIJOS

El Código prevé expresamente (art. 90-párr.1º) la posibilidad de que los padres que no conviven regulen mediante convenio -sometido a la supervisión del juez- la situación de sus hijos. Pero esta previsión legal está condicionada a unas circunstancias muy concretas: que los padres demanden la separación o el divorcio (lo que sobreentiende que han de estar casados) y además que lo hagan de mutuo acuerdo. En los restantes casos nada se prevé expresamente sobre la posibilidad de regular mediante acuerdo la situación de los hijos, pero tampoco existe una norma que lo prohíba.

Partiendo de estas premisas son varias las cuestiones que se plantean. En primer lugar, en el ámbito del convenio regulador la principal es saber cuáles son los poderes relativos de los padres y del juez para la fijación final de su contenido.

Fuera del ámbito del convenio regulador expresamente previsto por la Ley, podemos preguntarnos qué cabida tendrán en el propio proceso matrimonial -aunque ya contencioso- el acuerdo total o parcial de los padres sobre la situación de sus hijos, y, en segundo lugar, si fuera del proceso matrimonial cabe la posibilidad de que los padres regulen la situación de sus hijos, total o parcialmente, mediante un acuerdo que, con la supervisión del juez, pueda adquirir fuerza de ley.

Por último, cabe preguntarse qué valor tienen los pactos privados celebrados entre los padres, tan frecuentes en las separaciones de hecho.

Como última cuestión, y ampliando ahora el objeto de estudio, analizaremos de forma general qué valor tiene la voluntad de los padres en la determinación de la situación de sus hijos, ya se manifieste a través de un acuerdo expreso (total o parcial), ya a través de una coincidencia de peticiones o de una aceptación por uno de lo pedido por el otro.

I. EL CONVENIO EN EL PROCESO MATRIMONIAL

1. El convenio regulador en el proceso consensual

El convenio regulador expresamente contemplado en el párrafo 1º del art. 90 no es sólo una posibilidad concedida a quienes demanden la separación o el divorcio de mutuo acuerdo, sino una obligación de los mismos, tal como expresan el art. 81-1º y el 86 en su último párrafo.

Además de la obligación de presentar en estos casos dicho convenio regulador el Código impone para el mismo un contenido mínimo, señalado por el art. 90-párr.1º: en lo que se refiere a los hijos, el acuerdo tiene que regular la guarda, el ejercicio de la patria potestad, el régimen de visitas del progenitor no guardador, la pensión de alimentos a su cargo, y la utilización de la vivienda familiar. Los problemas concretos que plantean la guarda o cuidado de los hijos,

el ejercicio de la patria potestad y el régimen de visitas en el ámbito del convenio regulador serán objeto de estudio en los distintos Capítulos de la Segunda Parte.

2. El grado de sujeción del juez a la voluntad manifestada por los padres

En el convenio regulador confluyen la autonomía de la voluntad de los padres -puesto que en principio la situación de los hijos quedará determinada conforme a lo que ellos estimen más oportuno- y la intervención del juez -puesto que éste no tiene una actuación de mero "notario" ante el que se ratifica el acuerdo privado sino que tiene poderes para controlar en cierta medida el contenido del convenio y rechazarlo en su caso[1]. El problema está en saber qué alcance tiene ese poder de control, cuestión directamente relacionada con el ámbito de autonomía que a los padres corresponde.

Dos son las circunstancias a tener en cuenta para intentar dilucidar qué papel juega cada uno de estos factores: en primer lugar la organización general de las relaciones paterno-filiales en nuestro Derecho; y en segundo lugar la regulación que de la aprobación del convenio regulador hacen el art. 90-párr.2º (que aunque pueda referirse también a otros acuerdos -tal como más adelante veremos- incluye desde luego el convenio regulador) y el nº6 de la D.A. 6ª a la Ley de 7 de julio de 1981.

---

[1]. Como dice LOPEZ Y LOPEZ, *"Comentario al art. 90"*, en AA.VV., Matrimonio y divorcio, Comentarios al nuevo Título IV del Código Civil (1982), p.611: «el art. 90 supone el entrecruzarse de dos grandes temas de la disciplina jurídica atinentes a las relaciones familiares: el papel de la autonomía de la voluntad *subiecta materia* y la intervención del juez».

Como ya dijimos en el Capítulo Primero, la organización general de las relaciones paterno-filiales concede un amplio margen de autonomía a los padres para organizar la vida de sus hijos y desarrollar sus relaciones paterno-filiales como entiendan, pues está basada en la presunción de que lo que los padres hacen es lo mejor para sus hijos.

Cuando los padres no conviven la presunción se mantiene y el principio general de la autonomía de los padres también, lo que significa que el poder de decisión sobre la vida de sus hijos les sigue correspondiendo[2]. A pesar de ello se establece un mecanismo de comprobación sistemática de que los acuerdos por ellos adoptados son conformes con el interés de los hijos, comprobación sistemática que no existe ni en los casos de convivencia de los padres, ni siquiera en todos los casos de no convivencia. Esta comprobación, puesto que supone una excepción a la regla general, no podrá ir más allá de lo estrictamente señalado por los preceptos que la establecen[3].

Esto significa que el juez, enfrentado a un convenio regulador presentado por los padres, tendrá que

---

2. En cierto modo DIEZ-PICAZO (*"La figura del convenio regulador en el marco del negocio jurídico familiar y de los principios constitucionales del Derecho de Familia"*, en AA.VV., Convenios reguladores de las crisis matrimoniales (2ª edición, 1989), p.43) se manifiesta en contra de esta opinión.

3. Tanto más cuando la función del convenio regulador es facilitar la determinación privada de los efectos de la crisis matrimonial en los casos en que existe un acuerdo de voluntades dirigido a la cesación del propio matrimonio, tal como señala LUNA SERRANO, en LACRUZ BERDEJO y otros, ya citado, fascículo 1º, p.250.

En contra de este poder restringido del juez parece estar la opinión de LOPEZ BURNIOL, *"Concepto, naturaleza y contenido del convenio regulador de las relaciones conyugales, paterno-filiales y patrimoniales"*, en AA.VV., Convenios reguladores de las crisis matrimoniales (2ª edición, 1989), p.62.

limitarse a realizar un control puramente negativo -el legislador ha sido tajante, al disponer que «serán aprobados los acuerdos de los padres por el juez salvo si son dañosos para los hijos ...»[4]- y para el cual el legislador le concede pocas armas, puesto que, según se deduce de la D.A. 6ª-nº6, el único elemento de juicio es el propio convenio regulador, al ser su aprobación o denegación previa a cualquier periodo de prueba[5], y tampoco se pueden deducir datos de la demanda pues al tratarse de un proceso consensual la aportación de datos en la "solicitud" (así la denomina la D.A. 6ª-nº1) es prácticamente inexistente[6]. No hay que escandalizarse por ello, como hace un sector de la doctrina[7], pues en las situaciones en las que los padres conviven o en las que, aun no conviviendo, no demandan ni la separación, ni el divorcio ni la nulidad, el juez no ejerce ningún control sobre el modo en que se desarrolla la vida de los hijos, sin que por ello el bienestar de los mismos se resienta, salvo por supuesto en casos excepcionales.

---

4. En el mismo sentido ALONSO PEREZ, *"Separación consensual, acuerdo para divorciarse y convenio regulador en el Derecho matrimonial español"*, La Ley 1983-4, p.1163; y LUNA SERRANO, ya citado, p.253.

5. BONET NAVARRO, ya citado, p.1057.

6. RIVERO HERNANDEZ, (*"Las relaciones paterno-filiales (título, ejercicio y contenido de la patria potestad, guarda y cuidados y régimen de visitas) como contenido del convenio regulador"*, en AA.VV., Convenios reguladores de las crisis matrimoniales (2ª edición, 1989), p.118) mantiene por el contrario la opinión de que el juez puede y debe someter el convenio a un exhaustivo examen.

7. CORTES DOMINGUEZ, ya citado, entre otros.

3. ¿Se refiere el 2º párrafo del art.90 a un tipo de acuerdos distinto del contemplado en su primer párrafo?

En una primera lectura del art. 90 en su conjunto, la idea que se obtiene es que dicho artículo regula distintos aspectos de una única cuestión, el convenio regulador exigido por los arts. 81-6º y 86-últ.párr. Sin embargo, una lectura más detenida revela que es posible otra interpretación según la cual el primer párrafo establecería el contenido obligatorio del convenio regulador exigido en los procesos consensuales, mientras que el segundo párrafo se referiría a las condiciones en que cualquier acuerdo de los padres ha de ser aprobado, y a las consecuencias de su no aprobación.

Puesto que la letra del art. 90 acepta estas dos interpretaciones será necesario buscar otros puntos de apoyo para alcanzar su verdadero sentido, teniendo en cuenta que aunque para algunos autores no cabe ninguna duda de que el art. 90 se refiere a dos tipos distintos de acuerdos[8], para otros la respuesta ha de ser más matizada[9].

En primer lugar hemos de partir del hecho de que la organización de las relaciones paterno-filiales descansa en nuestro Derecho sobre la autonomía total de los padres (salvo cuando se demuestre que su actuación es

---

[8]. Ver LUNA SERRANO en LACRUZ BERDEJO y otros, ya citado, fascículo 1º, p.252; GARCIA CANTERO, *"Comentario al art. 90"*, en AA.VV. (dirigidos por ALBALADEJO), Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales (1982), tomo II, p.374; y LOPEZ BURNIOL, ya citado, p.52.

[9]. LOPEZ Y LOPEZ, ya citado, p.613; ROCA TRIAS, *"Comentario al art. 90"*, en AA.VV., Comentarios a las reformas del Derecho de Familia (1984), p.546.

contraria al interés de los hijos). Este principio debe prevalecer siempre que sea posible y lo único que lo impide, y no de forma total, es el desacuerdo de los padres, en cuyo caso es necesaria la intervención de un tercero para dirimir. Por lo tanto, la intervención dirimente del juez habrá de limitarse siempre a aquellos casos en que exista desacuerdo entre los padres.

Si aunque los padres demanden la separación o el divorcio por la vía contenciosa, o aunque demanden la nulidad, existe acuerdo sobre todas o algunas de las consecuencias que la falta de convivencia tiene sobre la situación de los hijos, entonces al juez sólo le quedará en esos aspectos una intervención de control negativo. Sólo en el caso de que exista desacuerdo sobre todas o algunas de las consecuencias el juez tendrá una intervención positiva, que, de todas formas, en aras del principio de autonomía de los padres, se limitará a decidir cuál de las propuestas presentadas por los padres es más conveniente para el menor.

Todo ello dejando a salvo siempre el control negativo que tiene encomendado el juez, que le permite actuar con más intensidad en el caso de que las soluciones propuestas por los padres, de común acuerdo o no, sean contrarias al interés de los hijos. Esto significa, por lo tanto, que independientemente de que se trate de un proceso contencioso o consensual, el acuerdo de los padres sobre la situación de los hijos, ya sea total, ya parcial, debe tener siempre cabida[10].

El art. 103, en su primer párrafo, viene a reforzar esta interpretación puesto que, refiriéndose a todos los procesos matrimoniales, condiciona el estable-

---

[10]. LUNA SERRANO en LACRUZ BERDEJO, ya citado, pp. 251 y 258.

cimiento de medidas provisionales por el juez a la ausencia de acuerdo de los padres aprobado por el mismo, dando por lo tanto cabida a la voluntad de los padres fuera del estricto marco del convenio regulador[11].

Otro argumento a favor de esta interpretación es que el Código ha querido que las consecuencias de todas las crisis matrimoniales sean idénticas, sobre todo en lo que se refiere a los hijos. Sin embargo, puesto que la nulidad no se puede pedir de mutuo acuerdo, no hay lugar en ella para el convenio regulador tal como lo prevé el párrafo 1º del art. 90, aunque no hay ninguna razón para impedir que unos cónyuges que están de acuerdo en ello puedan regular convencionalmente la situación de los hijos, pues a estas cuestiones no afecta la indisponibilidad de las normas que regulan la validez del matrimonio.

Por otra parte, si el sistema del Código establece una neta distinción entre las causas de separación, divorcio o nulidad y sus consecuencias o efectos, que son idénticos sea cual sea la causa de aquéllos, no hay razón para que la posibilidad de regular convencionalmente los efectos de la separación, el divorcio o la nulidad esté ligada a una única causa de separación o divorcio, el mutuo acuerdo.

Por último, el proceso parlamentario de este artículo también apoya esta interpretación, pues el art. 90 en principio no incluía el primer párrafo, sino que se refería en general a los acuerdos, sin condicionar su aceptación a su configuración como convenio regulador, y la inclusión del primer párrafo sin modificación de los

---

11. En este sentido ALBALADEJO, *Curso de Derecho Civil. IV. Derecho de familia* (5ª edición, 1991), p.115.

restantes, no significa que a partir de ese momento estos párrafos cambien de significado.

II. OTROS CONVENIOS

1. ¿Es lícito el convenio en caso de separación de hecho o de hijos no matrimoniales?

El medio normal de organizar la vida de los hijos es el acuerdo de los padres. Nada hay en el Código que haga suponer que en los casos en que los padres no conviven la situación deba ser otra, ni que imponga a los padres en esta situación la obligación de someter la situación de sus hijos al conocimiento del juez (el conocimiento necesario por el juez de la misma, derivado de los arts. 90 y 91, no es consecuencia de la falta de convivencia de los padres sino de la presentación de una demanda de separación, divorcio o nulidad). Muy al contrario, el art. 159 prevé la intervención del juez sólo en los casos en que los padres no consigan ponerse de acuerdo sobre cuál de ellos habrá de ostentar la guarda de los hijos. No cabe pues la menor duda de que la regulación de la situación de los hijos de padres que no conviven corresponde a sus padres de común acuerdo. Siendo esto así, es lógico que algunos de ellos opten por plasmar dicho acuerdo por escrito, por las mismas razones por las que en general se plasman por escrito los acuerdos, y no cabe dudar de la licitud de los mismos.

La duda que al respecto ha existido tradicionalmente se refería a la licitud de que los padres

separados de hecho realizasen un convenio por el que la situación derivada de dicha separación quedase regulada. La ilicitud del mismo se fundaba en el hecho de que en el origen de dicho convenio se encontraba un hecho a su vez ilícito, cual era no convivir existiendo la obligación de hacerlo en virtud del matrimonio[12]. Pero hoy en día la separación de hecho no puede ser considerada ilícita, cuando el propio Código extrae de ella numerosas consecuencias, y por lo tanto no hay ya base para considerar ilícito el pacto que regule la situación derivada de la misma. En este sentido se manifiestan la mayor parte de los autores que se han planteado expresamente la cuestión[13].

Por el contrario CLAVERIA GOSALVEZ[14], aunque no los considera ilícitos, estima que no se puede conceder validez al pacto privado que regule la separación de hecho porque, en vista de las especiales circunstancias que rodean a las crisis matrimoniales, el legislador ha estimado necesario para garantizar los

---

12. Para un análisis de las opiniones doctrinales y las soluciones jurisprudenciales anteriores a las reformas de 1981, ver HERNANDEZ IBAÑEZ, *La separación de hecho matrimonial* (1982), pp. 36 y ss; y VALPUESTA FERNANDEZ, *Los pactos conyugales de separación de hecho: historia y presente* (1982), p.144, para el caso particular de pactos que versasen sobre las relaciones paterno-filiales.

13. Entre otros, HERNANDEZ IBAÑEZ, ya citado; LACRUZ BERDEJO, *"Un nuevo contractualismo en el Derecho familiar"*, La Ley 1982-3, p.727; MARTIN GANCEDO, *"Algunos problemas que plantean las capitulaciones matrimoniales como forma notarial de encauzar jurídicamente la separación de hecho a la vista de la nueva reforma del Código civil de 13 de mayo de 1981"*, en AA.VV., La reforma del Derecho de familia (1982); RIVERO HERNANDEZ, *"El derecho de visita. Ensayo de construcción unitaria"*, en AA.VV., El derecho de visita. Teoría y praxis (1984), p.135; VALPUESTA FERNANDEZ, ya citado.

14. *"Comentario a la STS de 25 de junio de 1987: Validez del contrato destinado a regular los efectos de la disolución del matrimonio"*, CCJC 1987, nº 368, p.4709.

derechos de las partes más desprotegidas que los acuerdos de los cónyuges sean sometidos a la aprobación judicial.

En cuanto a la forma de estos acuerdos, se discute si las capitulaciones matrimoniales son cauce adecuado. Esta posibilidad, que sólo existe desde que la Ley de 2 de mayo de 1975 permitió realizar o modificar capitulaciones constante matrimonio, era negada sin embargo antes de la reforma de 1981 por un sector de la doctrina por considerar que la ilicitud de tales pactos les vedaba esta vía. Pero aun desaparecido todo viso de ilicitud en la separación de hecho, y por consiguiente en los pactos que la regulan, algunos autores han considerado que las capitulaciones sólo son cauce para los acuerdos económicos derivados de la separación de hecho, pero no para los que tengan contenido personal[15]. Otros autores consideran por el contrario que las capitulaciones matrimoniales son el cauce idóneo para los pactos de separación de hecho, pues conceden la seguridad y la publicidad necesarias[16].

2. ¿Qué valor tiene el convenio privado?

La jurisprudencia y la doctrina mantienen al respecto una posición intermedia según la cual el convenio privado no tiene los mismos efectos que un convenio regulador, pero tampoco carece por completo de consecuencias[17]. A menudo es considerado cauce adecuado para crear una situación digna de ser protegida por el

---

15. HERNANDEZ IBAÑEZ, ya citado, p.27.

16. En este sentido SEISDEDOS, ya citado, p.245; y MARTIN GANCEDO, ya citado, p.78.

17. En este sentido HERNANDEZ IBAÑEZ, ya citado, p.32.

principio del *statu quo*, criterio fundamental en la decisión judicial sobre la situación de los hijos[18] que significa que una situación previamente existente no debe ser modificada salvo cuando se hayan alterado las circunstancias.

La principal razón que se esgrime para negar a estos acuerdos el mismo valor que al convenio regulador es que mientras éste ha sido sometido al control del juez, que ha comprobado que el acuerdo no es contrario al interés de los hijos, los convenios privados no lo han sido. Sin embargo, consideramos que este obstáculo podría salvarse si en el momento en que se pidiese al juez la efectividad de un convenio privado, éste realizase ese control y sólo diese cumplimiento al convenio en el caso de que no fuese contrario al interés de los hijos. Esta posición es mantenida por numerosos autores[19], y es también la acogida por numeros órganos judiciales en los casos en que se ven confrontados a pactos privados cuyo cumplimiento se solicita[20]. Por el contrario otros autores[21] consideran que la revisión judicial *a posteriori* no puede cumplir la función encomendada por el legislador al trámite previo de la homologación judicial.

Algunos autores[22] consideran que los pactos privados han de ser plenamente vinculantes para las

---

18. Ver Capítulo Quinto, apartado VI.3.A.

19. Ver, por ejemplo, SEISDEDOS, ya citado, p.244; y VALLADARES RASCON, *Nulidad, separación y divorcio. Comentarios a la Ley de reforma del matrimonio* (1982), p.385.

20. Así, por ejemplo, la STS de 25 de junio de 1987 (CCJC 1987, nº 368).

21. Por ejemplo CLAVERIA GOSALVEZ, ya citado.

22. VALPUESTA, ya citado, p.231.

partes, pues no cabe reconocer la autonomía de la voluntad si no lleva aparejada la responsabilidad por los propios actos.

Otro argumento en favor de la admisión del pacto privado con toda su fuerza vinculante es que no puede considerarse que la falta de homologación por el juez sea en cierto modo reprochable a los padres pues ni tienen la obligación de someter al control del juez las decisiones que sobre sus hijos toman, ni existe siquiera una vía prevista para que puedan hacerlo. Muy al contrario el Código parece considerar que lo lógico es que no acudan al juez mientras no estén en desacuerdo, como pone de manifiesto claramente el art. 159[23].

Por último, hay que decir que la validez de los pactos extra-judiciales por los que se regula la situación de los hijos está siempre sometida a los mismos límites que la de los pactos incluidos en un procedimiento judicial: los padres podrán por lo tanto regular la situación de sus hijos como crean más conveniente, siempre que dicha regulación no suponga un perjuicio para los mismos[24].

3. ¿Es homologable judicialmente este convenio?

El principal argumento en favor de una respuesta positiva se encuentra en la ya reiterada comparación con el funcionamiento del proceso matrimonial: si los

---

[23]. Durante el *iter* parlamentario de este artículo se dio una importancia preponderante al acuerdo de los padres como vía de solución de la cuestión de la guarda (ver LINACERO DE LA FUENTE, *"Acerca de la posible inconstitucionalidad del art. 159"*, RDP 1990, p.566).

[24]. En este sentido, VALPUESTA, ya citado, p.237.

padres que no conviven tienen la oportunidad de dar fijeza a los acuerdos a que lleguen respecto de sus hijos cuando demandan la separación, el divorcio o la nulidad, es indudable que los padres que no pueden acceder a la vía de la separación, el divorcio o la nulidad deben tener la misma oportunidad. Por lo tanto, es indudable que se debe encontrar la vía para que los padres de hijos no matrimoniales que no conviven puedan someter a la homologación del juez el convenio por el que pretendan regir la situación de sus hijos.

Esto es sobre todo cierto cuando se le niega al acuerdo privado la misma fuerza que al convenio sometido al control judicial, tal como ocurre en la práctica.

Por otra parte, en lo que se refiere a los pactos de separación de hecho, si en opinión de algunos autores lo único que vedaba la posibilidad de homologarlos era la ilicitud de la propia separación, al desaparecer tal ilicitud con la reforma introducida por las Leyes de 1981, hay que considerar homologables dichos pactos.

La vía adecuada para la homologación será indudablemente la del expediente de jurisdicción voluntaria, pues la petición en cuestión encaja a la perfección en la definición general del art. 1811 de la LEC: «Se considerarán actos de jurisdicción voluntaria todos aquellos en que sea necesaria, o se solicite la intervención del Juez sin estar empeñada, ni promoverse cuestión alguna entre partes conocidas y determinadas».

III. CONCLUSION: ¿QUE PAPEL JUEGA LA VOLUNTAD DE LOS PADRES EN LA DETERMINACION DE LA SITUACION JURIDICA DE SUS HIJOS

Podemos por último preguntarnos cuál es, en general, el papel de la voluntad de los padres que no conviven en la determinación de la situación de sus hijos.

Como se deduce de las características generales de la regulación jurídica de las relaciones paterno-filiales, que estudiamos en el apartado III del Capítulo Primero, y como hemos ido viendo a través de las distintas vías que para la determinación de la situación de los hijos existen (vías judiciales, Capítulo Tercero, y vías convencionales, Capítulo Cuarto), la autonomía de la voluntad de los padres es el principio rector de esta materia[25].

Por lo tanto, todas las limitaciones que al juego de esa autonomía establezca el legislador habrán de ser interpretadas restrictivamente, teniendo siempre presente que la determinación de cuál es el interés de los menores corresponde principal y casi exclusivamente a los padres[26], y que sólo circunstancias especiales que supongan verdadero peligro para el bienestar de los hijos justifican la limitación de los poderes de los padres y la ampliación correlativa de los del juez.

---

[25]. DIEZ-PICAZO y GULLON (ya citado, p.135) dicen que «la reforma coloca siempre en primer lugar a la voluntad de los interesados».

[26]. En este sentido la SJPI nº 17 de Barcelona, de 27 de abril de 1983 (RJC 1984.J.271) que no aplicó el art. 159 por respeto a la voluntad concorde de los padres.

PARTE SEGUNDA:

LOS ASPECTOS PERSONALES EN PARTICULAR

CAPITULO QUINTO

EL CUIDADO DE LOS HIJOS

I. TERMINOLOGIA: EQUIVALENCIA DE LOS TERMINOS "CUIDADO" Y "GUARDA" DE LOS HIJOS

II. PRECEPTOS LEGALES RELATIVOS AL CUIDADO DE LOS HIJOS

III. CONCEPTO
   El concepto de guarda en el Derecho francés

IV. CONTENIDO
   1. Especial referencia a la convivencia con el hijo
   2. Funciones que engloba la guarda
      A. Alimentar al hijo
      B. La educación y la formación integral del hijo
      C. El deber y el derecho de velar por el hijo
   3. Autonomía de actuación del guardador
   4. Especial referencia al cambio de domicilio

V. MODALIDADES
   1. Guarda unilateral
   2. Guarda alternada
   3. Guarda conjunta
   4. Guarda por un tercero

VI. CANALES DE ATRIBUCION DE LA GUARDA
   1. Atribución de la guarda por acuerdo de los padres
      A. Atribución en convenio regulador
         Especial referencia a la sujeción del juez a lo decidido por los padres
      B. Atribución extra-judicial
   2. Atribución de la guarda por decisión judicial
      La sujeción del juez a las peticiones de las partes

VII. CRITERIOS PARA LA ATRIBUCION JUDICIAL DE LA GUARDA

1. Criterios legales
   - A. El interés del menor como criterio general
   - B. La no separación de hermanos
2. Instrumentos al servicio del juez
   - A. La audiencia del menor
   - B. El dictamen de especialistas
     - a. Naturaleza del dictamen
     - b. Función del dictamen
3. Criterios judiciales
   - A. El mantenimiento del *statu quo*
   - B. La no separación de hermanos
   - C. La capacidad para permitir una adecuada relación entre el niño y el otro progenitor
   - D. El deseo del menor
   - E. La convivencia del progenitor con otra persona
   - F. Enfermedad mental, alcoholismo
   - G. Vida desordenada
   - H. Otras circunstancias tenidas en cuenta
4. El problema de la discriminación por razón de sexo en la concesión de la guarda

VIII. MODIFICACION DE LA GUARDA

Especial referencia al problema del incumplimiento del derecho de visita como causa de modificación de la guarda

CAPITULO QUINTO

EL CUIDADO DE LOS HIJOS

Es nuestra intención estudiar en primer lugar la figura que se conoce por la doctrina y la jurisprudencia con el nombre de guarda, o guarda y custodia, y más raramente con el cuidado de los hijos.

Cuando se leen un cierto número de sentencias sobre este tema llama poderosamente la atención el hecho de que en casi ninguna se parta de una simple situación de no convivencia de los padres, debatiéndose su respectiva aptitud para hacerse cargo del niño, sino que en la generalidad de los casos contemplados por estas sentencias, la no convivencia se acompaña de circunstancias que podemos llamar especiales, como pueden ser trastornos psíquicos, traslado de residencia, o malos cuidados, todas ellas referidas a la madre. ¿Qué consecuencia podemos sacar de ello a primera vista? Creemos que no es aventurado pensar que sólo se discute sobre la guarda cuando se considera que la madre no es apta para desempeñarla, mientras que frente a una madre "normal" los padres (varones) no piden la custodia, bien porque piensan que lo adecuado es que las madres cuiden de los hijos, bien porque se despreocupan, o bien porque considerando que no se les concederá en ningún caso dicha custodia, optan por no solicitarla (todo ello dejando a salvo los casos en que se produce un verdadero acuerdo entre los padres sobre la cuestión de la guarda de los hijos). Creemos que esta realidad que ponen de manifiesto

las sentencias no debe ser olvidada a la hora de analizar el tema de la guarda más detenidamente.

Tampoco hay que olvidar que la guarda es el eje central de la situación de los hijos cuyos padres no conviven. Como dice SIMLER[1] -un autor al que citaremos a menudo por ser el que más detenidamente ha estudiado esta institución-, es «el eje alrededor del cual gravitan y se ordenan todas las demás prerrogativas de la patria potestad». En primer lugar, porque el contenido mismo de la guarda, el cuidado directo de los hijos, constituye el núcleo fundamental de las relaciones paterno-filiales, y en segundo lugar porque a la guarda están ligadas en gran medida otras parcelas de la patria potestad, principalmente el ejercicio. Todo ello hace que en la mayoría de los casos el guardador sea el único que mantenga una verdadera relación paterno-filial con el hijo, y que, por lo tanto, cuando ambos progenitores se disputan la guarda, la pelea sea encarnecida.

I. TERMINOLOGIA: EQUIVALENCIA DE LOS TERMINOS "CUIDADO" Y "GUARDA" DE LOS HIJOS

La segunda cuestión que llama la atención al estudiar este tema es que al referirse al mismo nuestro Código en su redacción actual, no utiliza nunca el término guarda, salvo en el art. 158[2]. Es más, son llamativos los circunloquios que a veces realiza,

---

1. *"La notion de garde de l'enfant"*, RTDC 1972, p.697.

2. Véanse los arts. 90, 92, 94, 96, 103, 156 y 159.

circunloquios que se hubiesen podido evitar empleando la palabra guarda con la que la doctrina, e incluso la jurisprudencia suelen referirse a la misma cuestión.

Las expresiones utilizadas por el Código para referirse al tema que aquí nos ocupa pueden encuadrarse en dos categorías:

- las que hacen referencia expresamente al cuidado de los hijos: "a cuyo cuidado hayan de quedar", "el cuidado de ellos corresponda", "al cuidado de qué progenitor". Son las expresiones de los arts. 90, 92 y 159, es decir aquellos artículos que regulan la guarda; la única excepción la constituye el art. 103 que regula esta cuestión en el ámbito de las medidas provisionales pero diciendo que se debe decidir «con cuál de los cónyuges han de quedar los hijos»;
- las que hacen referencia a la comunidad de vida entre el hijo y uno de sus progenitores: "en cuya compañía queden" (art. 96), "con quien el hijo conviva" (art.156), y en sentido negativo "que no tenga consigo a los hijos" (art. 94). Son las expresiones empleadas por los artículos que no regulan la guarda sino que parten de ella como un hecho para regular otras cuestiones.

Por último tenemos dos artículos que emplean el término guarda:

- el art. 158: «... a fin de evitar a los hijos perturbaciones dañosas en los casos de cambio del titular de la potestad de guarda», emplea este término dentro de la regulación de las relaciones paterno-filiales;
- y también el art. 1903: «... los hijos que se encuentren bajo su guarda», aunque ya en sede de responsabilidad extracontractual.

La insistencia en evitar la palabra guarda nos hace preguntarnos cuál será la causa de tal omisión, pues no parece que pueda ser casual.

En primer lugar, observamos como tampoco se utilizaba este término en la regulación de esta materia anterior a las reformas de 1981: ni los arts. 67, 68, 70, 71 y 73 del Código Civil en sus distintas redacciones, ni los arts. 1881 y 1888 de la LEC -artículos todos ellos que regulaban los efectos provisionales o definitivos de la separación y la nulidad- han empleado nunca el término guarda, sino las expresiones cuidado y poder[3].

La razón pudiera estar en el hecho de que la palabra guarda se empleaba en el Derecho tradicional español para designar las instituciones que aseguran el cuidado de los menores e incapacitados en defecto de sus padres, es decir como sinónimo de tutela y curatela principalmente. Así lo recogían las Partidas (Ley I. Tít.16. P.6.): «Tutela tanto quier dezir en latín como guarda en romance, q es dada e otorgada al huerfano libre menor de catorze años: e a la huerfana menor de doze años, q no se puede, nin sabe amparar»[4] y señala D. Juan SALA[5] que «en las leyes de las *Partidas* apenas se hallan

---

[3]. Más concretamente las expresiones utilizadas por el Código en redacciones anteriores a 1981 han sido: "poner a los hijos al cuidado de" (art. 68, redacción originaria), "quedarán al cuidado de" y "quedarán bajo su poder y cuidado" (art. 70, 1º y 2º párr.), "ser puestos los hijos bajo la potestad y protección" y "tendrá a su cuidado" (art. 73-2º, 1º y 2º párr.), aunque la enumeración no sea exhaustiva.

[4]. "Las Partidas" glosadas por Gregorio Lopez, edición del Boletín Oficial del Estado, 1974.

[5]. *Ilustración del Derecho Real de España.* Tercera edición, Madrid, 1832. Tomo I, p.66.

los nombres de *tutela, curadoría, tutor, curador,* sino en su lugar las generales de *guarda* y *guardadores*».

Esta puede ser sin duda la explicación de porqué nuestro Código no empleaba originariamente este término en el ámbito de la patria potestad. Pero hay que señalar que a pesar de que el Código sólo hablaba de cuidado de los hijos, la doctrina y sobre todo la jurisprudencia se han referido a este tema con el nombre de guarda o guarda y custodia, aunque sin detenerse nunca a explicar si eran la misma o diferente figura.

En cuanto a la omisión de este término por el legislador de 1981, creemos que la ausencia de la palabra guarda de la redacción hasta entonces vigente del Código civil no pudo ser razón suficiente para que el legislador de 1981, tan rupturista con la regulación anterior del Derecho de Familia, mantuviese esta omisión, cuando la utilización del término guarda (con el que se conocía esta figura fuera del ámbito estricto de la ley) hubiese simplificado sustancialmente la dicción de varios artículos.

A pesar de todo ello creemos que no existió en el legislador de 1981 una intención deliberada de omitir el término guarda, como lo prueba su utilización, ya reseñada, en dos artículos, de los cuales al menos el 158 se refiere sin lugar a dudas a la misma figura que aquí estudiamos. Su exclusión parece más bien fruto de una casualidad en la que intervinieron varios factores:

- el hecho de que el Código denominase a esta figura "cuidado de los hijos" mientras que la jurisprudencia le llamaba "guarda" sin que nunca se hubiese suscitado ninguna discusión sobre la equivalencia o no equivalencia

de ambos términos, lo que hacía que en la práctica cuando se leía "cuidado" se entendía inconscientemente "guarda";

- el que no existiese reflexión doctrinal sobre el contenido de esta figura, sobre su configuración como algo distinto o desgajado de la patria potestad;

- el que el único tema que suscitaba discusión en el ámbito de la guarda era el del criterio de su atribución, que hasta entonces había estado basado en la culpabilidad de los cónyuges como tales (ya fuese culpabilidad en la separación, ya mala fe al contraer matrimonio), y que había sido fuertemente criticado por no tener en cuenta el interés del menor.

Creemos que este cúmulo de factores pudo hacer que el legislador de 1981 asumiese la terminología hasta entonces utilizada por el Código, dejando fuera de nuevo la palabra guarda, con la que la doctrina y sobre todo la jurisprudencia conocía esta figura.

Pero esta asunción por parte del legislador de 1981 de la terminología anterior creemos que fue inconsciente, como lo prueba el que al introducir un artículo de nueva creación como fue el 158 se refiriese a los cambios en el titular de la "potestad de guarda", como si ésta fuese una figura ya regulada por él. Indudablemente el legislador no era consciente de que la figura a la que se estaba refiriendo, y que efectivamente había regulado en otros artículos, no había recibido el nombre de potestad de guarda sino de cuidado de los hijos.

Por último, en cuanto a la significación del art. 1903, hay que tener en cuenta que este artículo que tan sólo parte de una situación que llama "guarda" para deducir una determinada consecuencia, no puede tener en

ningún momento una importancia relevante para desvelar el concepto de guarda.

Como conclusión de todo ello podemos decir que la exclusión de la palabra guarda del Código civil no tiene ninguna significación especial, pudiendo considerarse que para el legislador guarda y cuidado de los hijos son expresiones sinónimas, igual que lo son para la jurisprudencia. Por lo tanto como tales las utilizaremos de ahora en adelante.

II. PRECEPTOS LEGALES RELATIVOS AL CUIDADO DE LOS HIJOS

El Código hace referencia a las medidas a adoptar con respecto al cuidado de los hijos en los casos en que sus padres no convivan entre sí en varios momentos:

- art. 103: «Admitida la demanda, el Juez, a falta de acuerdo de ambos cónyuges aprobado judicialmente, adoptará, con audiencia de éstos, las medidas siguientes: 1ª. Determinar, en interés de los hijos, con cuál de los cónyuges han de quedar ...»;
- art. 91: «En las sentencias de (...), o en ejecución de las mismas, el Juez, en defecto de acuerdo de los cónyuges o en caso de no aprobación del mismo, determinará conforme a lo establecido en los artículos siguientes las medidas que hayan de sustituir a las ya adoptadas con anterioridad en relación con los hijos ...», y art. 92: «Las medidas judiciales sobre el

cuidado y la educación de los hijos serán adoptadas en beneficio de ellos, tras oírles ...» y «Podrá también acordarse, cuando así convenga a los hijos, (...) que el cuidado de ellos corresponda a uno u otro procurando no separar a los hermanos»;

- art. 90: «El convenio regulador (...) deberá referirse, al menos, a los siguientes extremos: A) La determinación de la persona a cuyo cuidado hayan de quedar los hijos ...».

- art. 159: «Si los padres (...) no decidieren de común acuerdo, el Juez decidirá, siempre en beneficio de los hijos, al cuidado de qué progenitor quedarán los hijos ...».

Como ya resaltamos con anterioridad existe una diferencia terminológica entre el art. 103 y los restantes artículos aquí señalados. Todos hablan de encomendar el cuidado a uno u otro de los padres, salvo el art. 103 que, al referirse a las medidas provisionales, dice tan sólo que los hijos quedarán con uno de los progenitores. ¿Quiere esto decir que la medida adoptada en uno y otro caso tendrá distinto alcance? Ateniéndonos a la dicción parece que la medida provisional únicamente establecería la convivencia de los hijos con uno u otro cónyuge, única medida realmente imprescindible mientras se sustancia el proceso, mientras que la medida definitiva adoptada después de un análisis más detenido de las circunstancias (bien en proceso matrimonial, bien en proceso de menor cuantía) decidiría no sólo sobre la convivencia, sino que también encomendaría al elegido la responsabilidad del niño. Sin embargo, aunque aún desconozcamos cuál es el contenido de la guarda, podemos adelantar que la posición jurídica del progenitor con quien los hijos conviven es

siempre la misma, conclusión que podemos extraer principalmente del art. 156-párr.5º, que concede el ejercicio de la patria potestad al progenitor que convive con el hijo, sin establecer ningún tipo de condición añadida, lo que significa que para el legislador todas las situaciones en que el hijo convive con uno solo de los padres pueden considerarse similares.

Por último hemos de tener en cuenta el art. 158 que, aunque no regula directamente la guarda, sí hace referencia a ella al decir: «El Juez, a instancia del propio hijo, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal, dictará: 2º. Las disposiciones apropiadas a fin de evitar a los hijos perturbaciones dañosas en los casos de cambio del titular de la potestad de guarda.»

III. CONCEPTO

Antes de la reforma de 1981 la doctrina española no se había detenido en el tema de la guarda, tal como en general ocurría con las distintas facetas de la patria potestad. Sólo en DIEZ-PICAZO[6] encontramos una preocupación por deslindar los conceptos de cuidado y poder que, como ya vimos[7], empleaba el Código civil al regular la situación de los hijos en los casos de separación o nulidad del matrimonio de sus padres. Identificaba este autor "poder" con patria potestad y

---

[6]. *"La situación jurídica del matrimonio separado"*, RDN enero-marzo 1961, pp. 105 y ss.

[7]. En particular ver nota nº 3.

consideraba recomendable que el "cuidado de los hijos" quedase encomendado a aquel de los padres a quien se confiriese la patria potestad. Pero cuando excepcionalmente se escindiesen -pues la patria potestad se concedía siempre al cónyuge inocente, mientras que el cuidado de los hijos menores de 7 años correspondía normalmente a la madre (art.73)-, había que preguntarse «¿cómo se deslindan las facultades que componen lo que la ley llama cuidado de los hijos de aquellas otras que son contenido de la patria potestad?» Indudablemente la solución del tema exigía, en opinión del autor, un análisis minucioso de cada una de las facultades que componían la patria potestad: consideró que la facultad de tener a los hijos en compañía y la prestación de alimentos en especie eran inseparables del cuidado; mientras que el otro progenitor, aunque ostentase la patria potestad, habría de limitarse a contribuir pecuniariamente. Más difícil de resolver consideraba DIEZ-PICAZO el problema de las facultades de educación, instrucción y moderada corrección, «tan inseparables de la patria potestad como del hecho de tener a los hijos en compañía. El problema es arduo y no se ve una solución clara como no sea considerar la patria potestad como poder preferente y remitir en todo caso los conflictos a la decisión de la autoridad judicial».

En el resto de obras consultadas la facultad de guarda en general, así como su especial problemática en los casos de separación o nulidad, es cuestión solucionada con una mera reproducción de la normativa legal (arts. 155, y 67, 68, 70, 71 y 73). El propio DIEZ-PICAZO, a pesar de haberse preocupado por este tema en el estudio antes citado, no debió considerar que tuviera trascenden-

cia suficiente para incluirlo en una obra de difusión general, pues en su obra en colaboración con GULLON, *Sistema de Derecho Civil*, posterior a dicho artículo, se limita a reproducir la regulación legal con comentarios muy breves y no argumentados (extraídos del mencionado artículo)[8]. CASTAN TOBEÑAS[9] también se plantea la necesidad de distinguir entre "quedar al cuidado" y "quedar bajo el poder y cuidado", pero no realiza tal clarificación. Tampoco en obras más específicas como, por ejemplo, la de Luis GOMEZ ROMAN, *La posición jurídica del menor en el Derecho comparado*[10] -en la que a pesar del título se refiere detenidamente al Derecho español- o *La patria potestad*, de CASTAN VAZQUEZ[11], encontramos más que la reproducción del articulado del Código. Estos no son más que algunos ejemplos cogidos al azar, pero lo mismo ocurre con las restantes obras de esa época. Prueba de ello son las bibliografías recogidas en los manuales de Derecho de Familia, en las que no se reseña ningún estudio sobre la guarda, ni tampoco sobre otros aspectos personales de la patria potestad[12]. Tampoco en la doctrina posterior a las reformas de 1981 encontramos interés por el tema de la guarda. Sólo se estudia con ocasión de las distintas obras de Comentarios que al Código civil o a sus reformas en materia de familia se

---

8. Edición de 1978. Tomo IV, pp. 400, 283 y ss., 304 y ss.

9. *Derecho Civil español, común y foral. V. Derecho de familia. 1º. Relaciones conyugales* (9ª edición, 1976), p.899.

10. Madrid, 1947, pp. 314 y ss.

11. 1960, p.188.

12. Ver, a título de ejemplo, DIEZ-PICAZO Y GULLON, ya citado (edición de 1978), pp. 293, 300, 311 y 416.

han dedicado, y en ninguna de ellas podemos encontrar una definición de guarda[13].

Esta tradicional falta de atención a nuestro tema de estudio es la causa de que se utilicen las expresiones guarda, guarda y custodia, y cuidado de los hijos (que, como ya dijimos, pueden ser consideradas sinónimas) sin saber qué significan realmente, qué derechos y qué deberes conllevan para su titular, cuál es, en definitiva, la posición jurídica de éste.

Para clarificar este concepto hay que tener en cuenta que la razón que hace nacer la institución de la guarda es la ausencia de convivencia entre los padres y la consiguiente imposibilidad de que ambos convivan con el niño. Ante esta situación el niño tendrá necesariamente que vivir con uno o con otro, y por lo tanto todos los aspectos de la patria potestad, de la relación paterno-filial, que requieran el contacto directo y continuo entre el adulto y el niño sólo podrán ser desarrollados por aquél de los progenitores con quien el niño conviva. Serán, pues, estas funciones las que constituyan la guarda.

Podremos decir que la guarda significa encomendar el cuidado directo del menor, y con tal fin la convivencia con el niño y el desarrollo de todas las

---

13. GARCIA CANTERO, *"Comentario a los arts. 92, 93 y 94"*, y CASTAN VAZQUEZ, *"Comentario al art. 159"*, ambos en AA.VV. (dirigidos por ALBALADEJO), Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales; RIVERO HERNANDEZ, *"Comentario al art. 92"*, en AA.VV. (coordinados por LACRUZ BERDEJO), Matrimonio y divorcio, Comentarios al nuevo Título IV del Código Civil; ROCA TRIAS, *"Comentario al art. 92"*, y BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, *"Comentario al art. 159"*, ambos en AA.VV., Comentarios a las reformas del Derecho de Familia.

funciones paterno-filiales que necesiten el contacto directo y continuo con el niño. Aunque en el siguiente apartado detallaremos cuáles son estas funciones, podemos desde ya afirmar que la guarda incluye subvenir a las necesidades materiales del niño, protegerlo y educarlo. En el mismo sentido se manifiesta la doctrina francesa: dice SIMLER[14] que la guarda es «el derecho de retener junto a sí al niño, de fijar su residencia, y la obligación de cuidar de su salud, de su moralidad, de su educación», y el mismo criterio es acogido más recientemente por otros autores[15].

Una vez establecido que la guarda consiste en el cuidado directo del niño, hemos de decir que este cuidado, el desarrollo de estas funciones que hemos considerado incluidas en la guarda, se puede realizar de muy distintas formas. El poder de decidir cómo se habrá de desarrollar tal cuidado puede considerarse incluido en la guarda o independiente de la misma. La inclusión o exclusión de tal poder de decisión nos dará dos conceptos distintos de guarda: la guarda como el derecho y la obligación de cuidar al niño, o la guarda como responsabilidad global del niño, incluyendo el poder de decidir sobre su vida además del derecho y deber de cuidarlo.

Debemos entonces preguntarnos cuál de estos conceptos de guarda es el que recoge nuestro Derecho. Dado que, como hemos visto, la ayuda que puede brindarnos la doctrina es poca, habremos de basarnos fundamentalmente en el Código civil.

---

14. Ya citado, p.719.

15. Por ejemplo, FULCHIRON, *Autorité parentale et parents désunis* (1985), p.46.

Aunque el legislador no realice una regulación ordenada de la patria potestad en los casos en los que los padres no conviven, es indudable que en tales situaciones distingue entre la guarda, regulada en el art. 159, y el ejercicio de la patria potestad, regulado en el art. 156-párr.5º. Por lo tanto, guarda y ejercicio de la patria potestad son dos figuras distintas[16].

Aunque el concepto de ejercicio resulta algo oscuro a primera vista, adelantando en parte el resultado del análisis que de esta figura realizaremos en el capítulo siguiente, podemos afirmar que el poder de decidir sobre la vida del niño constituye el núcleo fundamental del ejercicio de la patria potestad. Por lo tanto si el ejercicio de la patria potestad confiere el poder de decidir sobre la vida del niño, y si, por otro lado, el ejercicio de la patria potestad es cosa distinta de la guarda, hemos de llegar a la conclusión de que en el Código guarda y poder de decisión no se encuentran ligados, sino que son figuras distintas.

Otro argumento que se puede aportar en apoyo de esta interpretación encuentra su base en la propia razón de ser de la guarda. Como anteriormente dijimos, la guarda es el cúmulo de funciones que necesariamente han de ser confiadas al que convive con el hijo porque sólo con el contacto diario se pueden desarrollar correctamente. Pero el tomar decisiones sobre la forma de llevar a cabo tal cuidado no requiere la presencia constante del progenitor junto al niño, y por lo tanto no existe razón que justifique la inclusión de tal poder de decisión en la guarda.

---

16. En este mismo sentido, SEISDEDOS, ya citado.

Por todo ello, el concepto de guarda que recoge nuestro Código civil no puede ser el concepto amplio que incluye el poder de decisión sobre la vida del niño, sino el más primario, el que sólo incluye el cuidado del hijo, coincidiendo así con los propios términos del Código que en los casos de no convivencia sólo encomienda el cuidado de los niños a uno de los cónyuges.

Resumiendo lo dicho hasta ahora podemos afirmar que la guarda encomienda las funciones parentales que requieren el contacto constante entre el adulto y el niño -principalmente las de alimentarlo (en sentido amplio), protegerlo y educarlo-, pero no concede el poder de decidir cómo se habrán de desarrollar tales funciones.

El concepto de guarda en el Derecho francés

Frente a este concepto restringido de guarda que recoge nuestro Derecho, en otros ordenamientos, y particularmente en el francés, el concepto de guarda es un concepto amplio. Creemos conveniente detenernos un momento en el concepto de guarda que recoge el Derecho francés porque la discusión que sobre dicho concepto se ha desarrollado ha sido importante doctrinalmente, pero sobre todo porque ha dado lugar a una profunda reflexión jurisprudencial, posteriormente recogida por el legislador, y con fuertes repercusiones en la práctica.

Con anterioridad a las Leyes de 4 de junio de 1970 de reforma de la patria potestad (Ley que cambió el nombre tradicional por el de autoridad parental), y de 11 de julio de 1975 de reforma del divorcio, en Francia la guarda se concedía al cónyuge declarado inocente en la

separación o el divorcio, siempre que el interés del niño no exigiese otra solución (antiguo art. 302 del Código civil francés). La titularidad de la patria potestad seguía siendo de ambos progenitores y nada se establecía sobre el ejercicio de la patria potestad. Ante este silencio la doctrina y la jurisprudencia entendieron que con la guarda se transmitía al progenitor inocente el contenido fundamental de la patria potestad[17].

Dos eran las premisas que permitían llegar a esta conclusión: la primera, el hecho de que la doctrina, al estudiar la guarda como facultad inherente a la patria potestad en las situaciones normales del matrimonio, había entendido que la misma absorbía casi por completo el contenido personal de la patria potestad[18]. La segunda premisa en la que se apoyaba dicha conclusión era considerar que el cónyuge culpable del divorcio o de la separación era, en razón de su incumplimiento de los deberes que el matrimonio impone, indigno de continuar ostentando la responsabilidad de sus hijos[19]. Y sobre ambas bases se podía construir el razonamiento según el cual era necesario y justo que en los casos de separación o divorcio el cónyuge inocente recibiese no sólo el

---

17. Así, COLIN et CAPITANT, *Précis de Droit Civil*, Tomo I. (1953) p.350, ponen de manifiesto el amplísimo concepto de guarda que sustentan al considerar que fuera de la atribución de la guarda sólo quedan el usufructo legal, el derecho de consentir al matrimonio y a la adopción. También recogen este concepto amplio de guarda, entre otros, MARTY et RAYNAUD, *Droit Civil*, Tomo I, 2º volumen (1967), p.383, y la sentencia del Tribunal Civil de Briançon, de 6 de enero de 1948 (citada por SIMLER, p.697).

18. Ver, por ejemplo, MARTY et RAYNAUD, *Droit Civil*, ya citado, p.253; y SIMLER, ya citado, p.689, que a su vez cita a varios autores así como jurisprudencia.

19. COLIN et CAPITANT, ya citado, p.233.

cuidado directo de los hijos, sino la responsabilidad global de los mismos.

La reforma de 1975, abandonando la idea de la culpabilidad como rectora de los efectos del divorcio, estableció como único criterio para la concesión de la guarda el interés del menor (art. 287). Mientras tanto, la Ley de 4 de junio de 1970, en un afán por clarificar el funcionamiento de la autoridad parental en estos supuestos[20], había dispuesto expresamente que el ejercicio de la autoridad parental correspondería al guardador, quedándole al no guardador tan sólo el derecho de visita y el de vigilancia (art. 373-2). A pesar de estas modificaciones legales, doctrina y jurisprudencia mantuvieron la misma interpretación que con anterioridad[21], considerando que conceder el ejercicio de la patria potestad al guardador significaba que éste era -igual que en la anterior legislación- el único responsable del niño[22], interpretación que estaba en consonancia con la intención simplificadora manifestada por el legislador. Sin embargo, esta solución no estaba ya igual de justificada que en la anterior legislación, pues en el nuevo sistema la no atribución de la guarda no se acompañaba de un juicio de reproche[23].

En el caso de los hijos de padres no casados la situación era aun más drástica, concediéndose siempre a

---

[20]. Así lo refleja SIMLER, ya citado, p.705.

[21]. SIMLER, ya citado, pp. 706-707.

[22]. Para NICOLAS-MAGUIN, (*"A propos de la garde conjointe des enfants de parents divorcés"*, D.1983.I), el mecanismo es clarísimo: «a uno de los padres se le confía la guarda y la guarda contiene el ejercicio» (p.111).

[23]. En este sentido, SIMLER, ya citado, p.705, y autores por él citados.

la madre la guarda y el ejercicio *completo*[24] de la patria potestad, sin reserva ni del derecho de visita, ni del de vigilancia. La justificación del legislador fue impedir que la madre, que era la que habitualmente se ocupaba en exclusiva del hijo, se viese entorpecida por las interferencias caprichosas del padre. La existencia de dicho régimen no hizo más que reafirmar el concepto de guarda vigente: el guardador era el único responsable del niño.

Por consiguiente, tanto la regulación anterior a las reformas de 1970 y 1975 como estas mismas leyes hicieron que la atribución del ejercicio al guardador se considerase el único modelo posible. Se llegó a la identificación entre guarda y ejercicio, como si sólo formasen uno (a pesar de que el Código francés los distinguía claramente, aunque atribuyendo siempre el ejercicio al guardador).

Cuando en un momento posterior las posiciones sobre este problema evolucionaron hasta llegar al convencimiento de que era deseable que aun en los casos de no convivencia la responsabilidad de los hijos fuese compartida por los padres, la única vía que para ello encontraron la doctrina[25] y la jurisprudencia[26] francesas -probablemente por la fuerte limitación que suponían la dicción de los arts. 373-2 y 374, ya citados- fue la de conceder la guarda conjuntamente a ambos progenitores -y así la responsabilidad conjunta-, mientras que

---

24. Palabra esta que ha tenido una especial relevancia en la interpretación que de este artículo han hecho la jurisprudencia y la doctrina.

25. NICOLAS-MAGUIN, ya citado, p.111.

26. Civ.2º, 21 marzo 1983 (D.1984.II.53 y JCP.1984 II.20163).

abandonaron la otra posible vía de solución que hubiese consistido en otorgar el ejercicio de forma compartida al guardador y al no guardador.

La identificación entre guarda y ejercicio y la confusión de ella nacida llegó por este camino hasta tal punto que la Ley de 22 de julio de 1987[27], cuya intención principal fue permitir que aun faltando la convivencia entre los padres la responsabilidad de los hijos pudiese ser compartida, optó por eliminar del vocabulario legal la palabra guarda[28]. Después de esta reforma, el Código civil francés (y la legislación concordada) sólo habla de "residencia habitual del niño" y de "modalidades del ejercicio de la patria potestad".

De todo ello parece deducirse que el concepto de guarda que el Derecho francés recogía hasta la mencionada reforma de 1987 era el concepto amplio, asimilándose guarda a responsabilidad del niño. Creemos, sin embargo, que esto no es más que una impresión equivocada porque tampoco en Francia la guarda incluía el poder de decisión sobre la vida del niño, sino que éste constituía una figura separada: el ejercicio de la patria potestad. La diferencia estriba en que en el Derecho francés el guardador absorbía por completo y necesariamente el ejercicio de la patria potestad, lo que provocó la confusión entre las figuras de guarda y ejercicio de la patria potestad, de tal manera que cuando el legislador, la doctrina y la jurisprudencia empleaban este

---

27. DORSNER-DOLIVET, *"Les nouvelles dispositions relatives à l'exercice de l'autorité parentale"*, ADL.1988.103.

28. En este sentido, BASTIEN-RABNER, *"Le charme discret de la loi Malhuret (Une reconnaissance imparfaite du droit de l'enfant à l'égalité parentale)"*, JCP 1992.I.3613, p.400.

término incluían en él el ejercicio de la patria potestad.

En la actualidad el Código civil francés distingue entre residencia del niño (con uno u otro de los padres) y ejercicio de la patria potestad, pudiendo éste corresponder bien a los dos progenitores -ejercicio conjunto-, bien sólo al que convive con el hijo -ejercicio unilateral- (art. 287). La doctrina duda, sin embargo, de que la desaparición del concepto de guarda sea real y de que no se haya tratado simplemente de una sustitución de la palabra "guarda" por la expresión "residencia habitual del niño"[29]. Pero indudablemente, aunque esto sea así, el único concepto de guarda que en la actualidad puede esconderse bajo el nombre de residencia habitual es el restringido puesto que en el régimen establecido por la Ley de 22 de julio de 1987 ejercicio y residencia habitual no coinciden, necesariamente y en su totalidad, en la misma persona.

IV. CONTENIDO

Una vez establecido el concepto de guarda que recoge nuestro Código, habremos de pasar a estudiar su contenido.

1. Especial referencia a la convivencia con el hijo

El primer punto que hemos de resolver es el de la convivencia con el niño. La guarda conlleva el derecho

---

[29]. Así DORSNER-DOLIVET, ya citado, p.104.

a vivir con el hijo: es ésta una verdad indiscutible: Tal como se deduce del concepto de guarda, el derecho a convivir con el hijo es a la vez contenido fundamental de la misma e instrumento para la función encomendada. Mas hemos de preguntarnos si el guardador tiene, además del derecho, la obligación de convivir con el hijo cuya guarda ostenta o si, por el contrario, puede encomendar el cuidado del mismo a terceras personas bajo su supervisión.

Es indudable que cuando ambos progenitores conviven el deber (que también es facultad) que establece el art. 154-1º de "tener en su compañía" a los hijos no se interpreta de forma estricta, admitiéndose únanimemente por la doctrina la posibilidad de encomendar el cuidado del hijo a terceros[30]. La discusión doctrinal se centra sobre los límites de dicha potestad. Encontramos, dos posturas profundamente diferentes, al menos en apariencia, situadas antes y después de las reformas de 1981. Antes de dichas reformas parecía aceptarse sin discusión que dentro del ámbito de actuación del titular de la patria potestad se encontraba el derecho a establecer que el hijo conviviese con un tercero, siempre que se proveyese correctamente a su cuidado. Así lo aceptaban algunos autores, aunque sin detenerse en el tema[31], pero

---

[30]. Ver RUIZ-RICO RUIZ, *Acogimiento y delegación de la patria potestad* (1989), p.105, que ha analizado con detenimiento la doctrina, sobre todo nacional, pero también extranjera, sobre este tema.

[31]. Así DIEZ-PICAZO y GULLON mantenían en la edición del *Sistema de Derecho Civil* de 1978 (p.400) que dicha obligación de convivencia no se incumplía cuando se entregaba el niño a un establecimiento de enseñanza o se le confiaba a una tercera persona. De forma más contundente CASTAN VAZQUEZ (*La patria potestad*, ya citado, p.186) afirmaba que el cumplimiento de la obligación de convivencia puede tener lugar en la casa paterna o en sitio distinto.

sobre todo así se desprende de dos sentencias del Tribunal Supremo reiteradamente citadas por la doctrina[32], en las que se reconocía al padre titular de la patria potestad el derecho a fijar la residencia habitual de sus hijos, en un caso con los abuelos, y en el otro en un colegio, derecho que se afirmaba aun en contra de la petición de la madre separada. Era por lo tanto indudable que tal derecho se reconocía por la jurisprudencia como integrante de la patria potestad.

La posición hoy en día es mucho más matizada. Al modificarse el concepto de patria potestad, menos centrado en los poderes de sus titulares y más, mucho más, en el interés del niño, y partiendo de la idea por todos aceptada, de que la convivencia del hijo con sus padres es, en principio, la situación óptima para su adecuado desarrollo, es más difícil aceptar hoy en día el poder omnímodo de los titulares de la patria potestad de fijar la residencia de los hijos donde crean conveniente. Por ello la doctrina actual no reconoce tal derecho aunque sí interpreta de forma flexible la obligación de convivencia, considerando que los titulares de la patria potestad pueden encomendar el cuidado de sus hijos a un tercero cuando así lo exija su interés (por motivos de salud o de educación principalmente) o cuando una necesidad imperiosa de la familia lo haga necesario, y siempre que esta decisión no sea contraria al interés del menor[33].

---

[32]. STS de 9 de junio de 1909 y 24 de junio de 1929.

[33]. En este sentido DIEZ-PICAZO, *"Notas sobre la reforma del Código civil en materia de patria potestad"*, ADC 1982, p.15; y también BERCOVITZ, *"Comentario al art.154"*, en AA.VV., Comentarios a las reformas del Derecho de Familia, p. 1049.

Sin embargo, teniendo en cuenta que en la realidad social de nuestros días se siguen produciendo casos en los que los padres encomiendan el cuidado de sus hijos a terceras personas (normalmente familiares) de forma casi definitiva, sin dejar por ello de mantener con sus hijos una verdadera relación paterno-filial (no muy diferente en ocasiones de la de un padre separado o divorciado con derecho de visita), cabe plantearse si tal conducta debe ser calificada de incumplimiento de los deberes parentales, y en particular del deber de tener a los hijos en su compañía, o si debe reconocerse a favor de los padres un derecho a fijar la residencia de sus hijos con un tercero. No son muchos los autores que se han planteado específicamente este problema después de la reforma de 1981. CASTAN VAZQUEZ, al comentar el art. 154[34] acepta tal posibilidad igual que la aceptaba antes de la reforma, y apoyándose en la doctrina referida a la anterior legislación, sin tener en cuenta que pese a que el actual art. 154 es en este punto sustancialmente igual al anterior art. 155, los principios que rigen la patria potestad han cambiado radicalmente. En el mismo sentido se manifiesta también LOPEZ PEREZ[35]. Por el contrario, las opiniones de DIEZ-PICAZO y BERCOVITZ que antes hemos recogido, aunque sin plantearse directamente esta cuestión suponen la negación del derecho de los padres a fijar libremente la residencia de sus hijos con un tercero.

En nuestra opinión, el argumento principal para aceptar esta posibilidad se encuentra en los arts. 90-A)

---

[34]. *"Comentario al art. 154"*, en AA.VV. (dirigidos por ALBALADEJO), Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, p.113.

[35]. *La patria potestad: voluntad del titular* (1982), pp.63-67.

y 103 del Código civil. De acuerdo con el art. 90-A) los padres habrán de señalar en el convenio regulador de la separación o el divorcio la «persona a cuyo cuidado hayan de quedar los hijos». Podríamos dudar si es un llamamiento amplio o si sólo se refiere a la designación de uno de los padres como encargado del cuidado de los hijos. Pero hay que tener en cuenta que el art. 103 permite al juez otorgar el cuidado de los hijos a una tercera persona cuando así lo aconsejen las circunstancias, y que la doctrina considera que la remisión que los arts. 81 y 86 hacen en cuanto al contenido del convenio regulador tanto al art. 90 como al 103 sólo puede ser entendida en el sentido de que los criterios del art. 103 constituyen una pauta de interpretación de las posibles incertidumbres del art. 90[36].

Entendido pues en este sentido el art. 103, la conexión de ambos artículos parece permitir que los padres designen como guardador a una tercera persona, aunque claro está con la supervisión del juez a que está sometido todo el convenio regulador. LOPEZ y LOPEZ considera que la facultad de los padres de fijar la residencia de sus hijos con un tercero es sólo para circunstancias excepcionales, aplicando a la decisión de los padres la limitación que el art. 103 establece para la decisión del juez en este mismo sentido. Pero no hay que olvidar que la decisión del juez privaría a los padres del derecho a convivir con sus hijos, y que sólo circunstancias excepcionales pueden justificar tal desposesión, mientras que en los casos en que sean los propios padres quienes lo decidan no está justificada tal limitación. Son por el contrario favorables a la admisión

---

[36]. Así lo estima LOPEZ Y LOPEZ, ya citado, p.617.

de esta posibilidad sin ninguna limitación aparte del control judicial, RUIZ-RICO RUIZ[37], GARCIA CANTERO[38] -aunque sin ninguna argumentación-, y ROCA TRIAS[39].

Por lo tanto, una vez reconocido que los padres pueden en trámite de divorcio o separación fijar la residencia de sus hijos con un tercero, hemos de preguntarnos cuál es el origen de esta facultad. Creemos que no puede nacer *ex-novo* en el momento en que los padres acuerdan separarse o divorciarse pues, como establece el art. 92-párr.1º, «la separación, la nulidad y el divorcio no eximen a los padres de sus obligaciones para con los hijos». Por lo tanto, necesariamente esta facultad tiene que existir con anterioridad, es decir tiene que ser un derecho de los padres en cuanto tales, y por lo tanto un derecho nacido de la propia patria potestad.

Afirmar el derecho de los progenitores a establecer la residencia de su hijo con terceros no significa que tal derecho no tenga límites: su ejercicio no debe suponer el incumplimiento de los deberes de los padres (velar por los hijos, alimentarlos, educarlos, etc), en definitiva, no debe suponer el desamparo del niño, o al menos el desamparo por sus padres (aunque otras personas cuiden de él por voluntad propia).

Por lo tanto hemos establecido que la patria potestad no sólo concede a los padres el derecho a vivir con su hijo sino también el derecho a fijar su residencia con un tercero. Habremos de preguntarnos ahora si con la

---

37. *Acogimiento y* ..., ya citado, p.40.

38. *"Comentario al art. 92"*, ya citado, p.380.

39. *"Comentario al art. 90"*, ya citado, p.553.

guarda se transfiere al guardador este derecho, o si no se transfiere y, por consiguiente, la guarda conlleva la obligación de vivir con el hijo.

En nuestra opinión el derecho a fijar la residencia del hijo con un tercero no se transmite con la guarda. Las razones son varias.

En primer lugar, hemos dicho que la guarda concede el cuidado directo del niño, el desarrollo de las funciones paterno-filiales que necesitan de la inmediatez, pero que no concede el poder de decisión sobre la vida del niño. Por lo tanto, teniendo en cuenta que el fijar la residencia del niño con un tercero es indudablemente decidir sobre la vida del niño, este derecho no se encuentra en el ámbito de la guarda.

También hay que tener en cuenta que la patria potestad concede a ambos progenitores el derecho a convivir con su hijo. Cuando los padres viven separados estos dos derechos de idéntico contenido resultan incompatibles, por lo que habrá que privar a uno de los progenitores de su derecho en favor del otro. La razón que justifica tal privación es, por lo tanto, la incompatibilidad con el derecho del otro titular. Por consiguiente, cuando éste no puede o no quiere ejercitar su derecho a la convivencia, entonces el derecho del otro progenitor no encuentra ya ningún obstáculo para manifestarse.

Por lo tanto creemos poder afirmar que la concesión de la guarda impone al guardador la obligación de encargarse personalmente del cuidado del hijo, y que sólo podrá renunciar a tal cuidado en favor del otro progenitor.

Respecto a este mismo problema, en el Derecho francés se ha producido tradicionalmente una identificación entre guarda y derecho a fijar la residencia del menor[40]. Se reconocía pues al guardador el derecho a fijar la residencia del menor con un tercero, sin que el no guardador pudiera oponerse, salvo en el caso de que la decisión fuese contraria al interés del menor[41]. La razón estaba, más que en la identificación entre guarda y ejercicio, en la identificación más amplia entre guardador y único responsable del menor. Como dijimos, esta identificación proviene del tiempo en que la guarda se concedía siempre al cónyuge inocente. Por lo tanto, al otorgar la guarda no se estaba valorando si al niño le convenía más vivir con él que con el otro por las cualidades personales de cada uno, sino que se consideraba *a priori* que quien había sido declarado culpable de la separación o el divorcio no era persona adecuada para asumir la responsabilidad del niño[42]. Por lo tanto, lo que se hacía al otorgar la guarda a uno de los progenitores era concederle la responsabilidad total que antes recaía en ambos, es decir, la totalidad de los derechos que conforman la patria potestad, con las únicas limita-

---

40. MARTY et RAYNAUD, *Droit civil*, ya citado, p.253; CARBONNIER, ya citado, (1977), p.544; pero sobre todo SIMLER, ya citado p.692, analiza esta cuestión con detenimiento.

41. C.A. Rouen, 8 julio 1958 (citada por SIMLER, p.692): «El derecho de guarda concede a su titular el derecho de elegir el establecimiento (el colegio) en el cual el niño será internado».

42. La sentencia de la C.Cass. de 25 de febrero de 1970 (citada por SIMLER, p.722) consideró que la concesión de la guarda al cónyuge culpable requería que se probase expresamente que el interés del niño así lo exigía. En ausencia de tal prueba la guarda correspondería automáticamente al cónyuge inocente. En opinión de SIMLER existía una presunción que identificaba el interés del menor con la guarda por el cónyuge inocente.

ciones de los derechos de visita y de vigilancia que se reconocían al no guardador. Era pues lógico que el derecho a fijar la residencia incluido en la patria potestad se transfiriese al guardador.

Pero hoy en día esta solución carece de razón de ser puesto que el no guardador es tan digno para desempeñar las funciones parentales como el guardador, y, de hecho, el juicio emitido por los jueces al conceder la guarda valora con quién vivirá mejor el niño, sobre todo por su afecto o por su mayor capacidad para cuidar al niño. Esta valoración carecería de sentido si el niño no fuese a vivir finalmente con esta persona, si el juez sólo estuviera eligiendo a la persona que a su vez decidirá con quién vivirá el niño. Sin embargo, la idea de que la guarda comprende el derecho a fijar la residencia del niño con un tercero ha sido refrendada por la jurisprudencia y la doctrina francesas con posterioridad a las reformas de 1970 y 1975, y aun en épocas muy recientes[43].

2. Funciones que engloba la guarda

Como vimos más arriba, DIEZ-PICAZO se planteó ya en 1961[44] el problema del contenido concreto de la guarda. Estudió para ello los casos en que, correspondiendo la patria potestad exclusivamente al padre (inocente en la separación) y el cuidado de los hijos a la madre (por ser éstos menores de 7 años), el ámbito de actuación reconocido a la madre sólo podía responder al

---

43. Ver BONNARD, *"La garde du mineur et son sentiment personnel"*, RTDC.1991, p.51; FULCHIRON, *Autorité parentale...*, ya citado, p.46.

44. *"La situación jurídica ..."*, ya citado, pp. 105 y ss.

hecho de ser la encargada del cuidado de los hijos, es decir de la guarda, sin confusión posible con la titularidad o el ejercicio de la patria potestad. Las conclusiones a las que llegaba DIEZ-PICAZO nos pueden servir, por lo tanto, de punto de partida para determinar el contenido de la guarda en sí misma, aunque indudablemente las matizaciones que habrán de introducirse serán muchas pues mucho ha cambiado la patria potestad desde entonces.

En la doctrina española más reciente no hemos encontrado una preocupación similar. RIVERO[45], que ha sido el único autor que recientemente ha analizado con cierto detenimiento el problema de la guarda, plantea como uno de los puntos de su estudio los derechos que confiere a su titular la guarda por sí sola, pero remite inmediatamente al art. 156-párr.5º y al ejercicio de la patria potestad que este artículo concede al guardador. Pero las facultades y derechos derivados del ejercicio de la patria potestad no integran la guarda, sino que la acompañan, y por lo tanto, el contenido propio de la guarda queda sin tratar.

En la doctrina francesa, SIMLER -en su reiteradamente citado estudio sobre la guarda- analiza la figura de la guarda cuando ésta corresponde a un tercero y -en virtud del art. 373-2- el ejercicio de la patria potestad sigue siendo de los padres, pues en tal caso los derechos y obligaciones que a la persona que ostenta la guarda correspondan sólo pueden provenir de su calidad de guardador, nunca de otras circunstancias jurídicas coincidentes como puedan ser la titularidad o el ejercicio de la patria potestad.

---

[45]. RIVERO HERNANDEZ, *"Comentario al art. 92"*, ya citado, p.656.

El estudio del contenido de la guarda requerirá que partamos del propio concepto de guarda que ofrecimos en el apartado anterior. Dijimos que la guarda supone encomendar a uno de los progenitores el cuidado directo de los hijos, el desarrollo de todas las funciones paterno-filiales que necesitan la inmediatez, como son alimentarlo, protegerlo y educarlo principalmente. SIMLER, en su intento de hallar un concepto de guarda desligada del ejercicio, llega a una conclusión similar: la guarda es «el derecho de retener junto a sí al niño, de fijar su residencia, y la obligación de cuidar de su salud, de su moralidad, de su educación...»[46], concepto adoptado mucho más recientemente por FULCHIRON[47].

Pero tal como lo han hecho todos los autores que se han preocupado por el concepto de guarda, hemos de preguntarnos si la guarda absorbe el contenido total de estas funciones, privando absolutamente de ellas al progenitor no guardador. Para contestar a tal pregunta hemos de tener presente que la razón de que la guarda englobe estas funciones es que necesitan la relación constante entre progenitor e hijo para poder ser desarrolladas[48]. Pero esta necesidad de relación constante no abarca a la totalidad de estas funciones, que en parte pueden ser desarrolladas por quien no convive con el hijo. Por lo tanto, si consideramos incluidas estas funciones en la guarda sólo porque necesitan la inmedia-

---

46. SIMLER, ya citado, p.719.

47. *Autorité parentale* ..., ya citado, p.46.

48. Así lo expresa con claridad SIMLER (p.695) cuando dice que «no es concebible que una persona tenga la guarda del niño y que otra, privada de la presencia física de éste, sea la única encargada de su educación».

tez de la relación con el hijo, no estará justificada su absorción por la guarda en la medida en que no necesiten el contacto continuo. Habremos pues de concluir que la guarda incluye las funciones paterno-filiales que necesitan la relación inmediata con el niño, pero sólo en la porción en la que tal inmediatez sea necesaria. El progenitor no guardador podrá participar en estas funciones en la porción restante, dependiendo el alcance de su participación de la modalidad de ejercicio de la patria potestad, como más adelante veremos.

Pero, ¿cuáles son entonces las funciones parentales incluidas en la guarda? Debemos remitirnos al contenido de la patria potestad que el art. 154 establece. Este artículo distingue dos grupos entre estos deberes-derechos, separando aquéllos referidos al cuidado personal del hijo (nº1), de los restantes (nº2). Puesto que hemos dicho que la guarda equivale al cuidado personal del niño, aquí sólo nos interesarán los derecho-deberes incluidos en el art. 154-1º, que son: velar por los hijos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral.

Velar por los hijos es expresión introducida por la reforma de 1981 y sobre cuyo contenido concreto no se pone de acuerdo la doctrina. Quizás sea mejor dejar su estudio para un momento posterior, cuando ya hayamos analizado las funciones que tradicionalmente han constituido la patria potestad: alimentar a los hijos, tenerlos en compañía, educarlos e instruirlos, tal como las recogía el art. 155 con anterioridad a la reforma de 1981.

El deber de tener al hijo en su compañía ya ha sido analizado pormenorizadamente en el apartado anterior. Hemos visto que desde luego tal derecho-obligación corresponde al guardador. Mas aquí hemos de plantearnos si esta facultad queda totalmente absorbida por la guarda. Nuestra respuesta ha de ser negativa. En nuestra opinión el derecho-deber que a los dos titulares de la patria potestad corresponde, de tener a los hijos en su compañía se manifiesta de forma idéntica para ambos mientras conviven. Pero cuando tal convivencia no existe este derecho-deber tiene dos manifestaciones distintas: para uno se manifiesta en una convivencia diaria con el niño, mientras que para el otro se manifiesta en una convivencia no continuada, en forma de visitas o cortas estancias con el niño. La primera de ellas es la que corresponde al guardador, mientras que la segunda constituye el derecho de visita del no guardador.

A. Alimentar al hijo

Es otra de las funciones parentales atinentes al cuidado personal del hijo tradicionalmente recogida por el Código civil. La palabra alimentos sólo puede ser interpretada aquí en un sentido amplio, aunque no similar al contemplado por el Código cuando regula la figura de los alimentos entre parientes[49], pues esta institución tiene un contenido exclusivamente patrimonial, mientras que la obligación de alimentar al hijo tiene una vertiente personal fundamental. Creemos que la obligación de

---

[49]. En este punto es total el acuerdo de la doctrina: ver, entre otros, CASTAN VAZQUEZ, *"Comentario al art. 154"*, en AA.VV. (dirigidos por ALBALADEJO), Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, p.120; y BERCOVITZ, *"Comentario al art. 154"*, en AA.VV., Comentarios a las reformas del Derecho de familia (1984), p.1051.

alimentar al hijo puede ser entendida como la obligación de subvenir a sus necesidades materiales, de darle los alimentos, sí, pero también los cuidados higiénicos y de salud que requiere un niño según la edad que tenga, así como protegerlo de posibles peligros físicos. En el mismo sentido se manifiestan BERCOVITZ[50] y MARTIN-GRANIZO[51], considerando éste en particular que el deber de dar alimentos a los hijos es hoy en día la traducción civil del deber que el art. 39 de la Constitución impone a los padres de dar a sus hijos asistencia de todo orden. La obligación de alimentar al niño tiene también una vertiente patrimonial pero no es ella la que nos interesa cuando nos ocupamos del cuidado personal del niño, de su guarda.

La obligación de dar alimentos al hijo en este sentido personal corresponde indudablemente al guardador pues sólo se puede subvenir a las necesidades materiales de un niño cuando se convive con él. Es difícil determinar si esta facultad es absorbida en su totalidad por el guardador o si parte de ella puede corresponder al no guardador. Indudablemente el no guardador tendrá que subvenir a las necesidades del niño durante los periodos en los que conviva con él (lo veremos más adelante en el Capítulo Séptimo, dedicado al derecho de visita). Pero además de ello, el Derecho italiano establece a cargo del no guardador una obligación de colaboración, que la doctrina[52] ha identificado como el deber de realizar

---

50. *"Comentario al art. 154"*, ya citado, p.1051.

51. *"Comentario al art. 154"*, en AA.VV. (coordinados por ALBACAR y MARTIN-GRANIZO), Código Civil. Doctrina y Jurisprudencia (1991), p.979.

52. GRASSI, *La legge sul divorzio* (1971), p.190.

determinadas prestaciones personales que el guardador puede exigir cuando circunstancias excepcionales le impidan desarrollar adecuadamente las tareas que le han sido encomendadas: así será exigible la colaboración del no guardador en el cuidado del hijo cuando una enfermedad del guardador le impida hacerse cargo momentáneamente del niño, o también ante una enfermedad del niño que requiera unos cuidados más intensos que los normales (velar al niño por las noches, acompañarlo en el hospital, etc). RIVERO[53] considera que esta obligación se puede considerar subyacente en el Derecho español, como contrapunto al derecho de vigilancia que reconoce al no guardador. Nosotros creemos que, sin necesidad de reconocer tal derecho de vigilancia, el deber de colaboración se deriva de la propia patria potestad: el padre o la madre deben hacer todo lo necesario para cuidar adecuadamente de su hijo, y tal como se puede deducir del art. 92-párr.1º, la no convivencia con el hijo no les exime de tales deberes.

B. La educación y la formación integral del hijo

Se trata de una única función, aunque el Código utilice dos vocablos para describirla. La razón puede estar, como señala BERCOVITZ[54], en que todas las acepciones de la palabra educar son fragmentarias en relación a la función que recoge el Código. Este carácter global de la función educativa está hoy en día refrendado por el art. 27-2 de la Constitución que establece que «la

---

53. *"Las relaciones paterno-filiales ..."*, ya citado, p.101; también en *"Comentario al art. 92"*, ya citado, p.661.

54. *"Comentario al art. 154"*, ya citado, p.1052.

educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana ...».

Es la función de más problemática ubicación pues, como decía DIEZ-PICAZO[55], es «tan inseparable de la patria potestad como del hecho de tener a los hijos en compañía» (aunque el problema no sea actualmente igual de agudo que entonces pues hoy en día el guardador es, en principio, titular de la patria potestad).

Antes de nada será necesario aclarar cuál es el contenido de esta función, y cómo se lleva a cabo. Indudablemente las palabras educación y formación integral tienen un contenido muy variado. En primer lugar está la educación escolar, la formación profesional y también los aprendizajes complementarios, normalmente llamados actividades extra-escolares. A este sector de la educación del hijo le daremos en adelante el nombre global de educación formal para entendernos de forma más sencilla. Estas labores educativas están hoy en día encomendadas a terceros ajenos a la familia.

Pero el papel fundamental en la educación del niño (en sentido amplio) lo sigue desarrollando la familia, y ello por varias vías. En primer lugar, toda la vida de la familia es una fuente inagotable de educación pues los niños aprenden antes que nada por imitación, y aquí todos y cada uno de los comportamientos de sus padres y, en general, de las personas con las que conviven, son una fuente inigualable de modelos a imitar, adquiriendo por lo tanto un relevante papel educativo. En segundo lugar, tienen una importante faceta educativa todas las actividades que el niño realiza durante el día, en principio encaminadas a otras finalidades que las

---

55. *"La situación jurídica ..."*, ya citado, p.105.

educativas, pues con ellas el niño adquiere hábitos de alimentación, de higiene, de comportamiento en sociedad, de ocio, etc. En tercer lugar se encuentran las enseñanzas directas que los padres imparten, las reglas de comportamiento que ofrecen o que imponen a sus hijos.

Será necesario establecer qué parcelas de la educación corresponden en exclusiva al guardador y qué parcelas pueden ser compartidas. Como siempre, el criterio que habremos de seguir es el de la inmediatez, y por lo tanto habremos de preguntarnos si la educación requiere necesariamente una relación continua con el niño o si es posible desarrollarla en parte cuando no se convive con él.

En cuanto a la que hemos llamado educación formal, a los padres corresponde fundamentalmente decidir en qué condiciones se va a realizar. Como ya avanzamos anteriormente, y como veremos con más detalle en el Capítulo Sexto dedicado al ejercicio, el poder de decisión no está incluido en la guarda. Por lo tanto, las decisiones sobre la educación formal no corresponderán al guardador como tal. Pero respecto de la educación formal también juegan los padres otro papel más difuso, pero cada vez más valorado por los pedagogos, que hace que el rendimiento escolar de un niño dependa fuertemente del nivel cultural de su familia, así como de la actitud de ésta hacia los estudios. Esta segunda faceta de la labor de los padres respecto de la educación formal no es más que otra vertiente de la labor educativa que tiene la vida familiar, y por lo tanto debe ser analizada conjuntamente con ella.

La función educativa que juega la vida familiar está indudablemente ligada a la vida cotidiana. Como bien dice FULCHIRON[56], «¿cómo educar al niño si no se puede ejercer sobre él una influencia cotidiana?». Por lo tanto esta función educativa corresponderá fundamentalmente al guardador, que es con quien vive el niño. Pero el niño también convive con el no guardador durante los periodos de visita, y esta convivencia tendrá necesariamente repercusiones en la educación del hijo, de tal forma que a veces el niño se verá periódicamente confrontado a dos modelos educativos muy distintos. ¿Puede cada uno de los padres desarrollar durante sus periodos de convivencia con el hijo el modelo educativo que le parezca más adecuado, o debe existir un único modelo educativo y atenerse ambos a él? Creemos que este problema pertenece ya al ámbito de las decisiones sobre la educación y por lo tanto deberá ser analizado en el Capítulo dedicado al ejercicio de la patria potestad.

Recapitulando, podemos decir que la función educativa corresponde fundamentalmente al guardador por estar necesariamente ligada a la vida cotidiana, aunque también corresponderá en parte al otro progenitor; y que respecto de esta función tiene el poder de decisión una importancia destacable.

C. <u>El deber y el derecho de velar por el hijo</u>

Después de este análisis hemos de retomar la expresión "velar por los hijos". La doctrina ha dado varias respuestas a la incógnita que supone su significado: es una más de las funciones parentales, con un contenido específico; es simplemente un deber general que

---

[56]. *Autorité parentale ...*, ya citado, p.46.

encuentra su aplicación en las restantes funciones encomendadas a los padres; señala la especial diligencia que se debe emplear en el cumplimiento de esas funciones, etc.

Creemos que el primer paso necesario para dilucidar este problema es plantearnos qué diferencia ha supuesto en las obligaciones de los padres la inclusión de esta expresión en el art. 154-1º: ¿significa acaso que los padres tienen en relación al cuidado de los hijos algún deber específico que antes no tenían? No creemos posible imaginar que antes de 1981 los padres no tuviesen la obligación de cuidar de su salud o de su seguridad personal (contenido específico dado por algunos autores a este deber[57]), es decir, que no tuviesen que cuidar al niño enfermo, que intentar prevenir sus enfermedades, que no tuviesen que vigilar al niño pequeño para impedir que se lastimase, o al mayor para evitar que frecuentase amistades o lugares no adecuados para él. Tampoco creemos que se pueda concebir que antes de la reforma los padres no tenían el deber y el derecho de atender a la persona del hijo, a su salud física y psíquica, a su equilibrio afectivo, a su educación moral o religiosa, cívica y demás, contenido específico que RIVERO HERNANDEZ[58] atribuye al deber de vela. Por lo tanto no creemos que ni uno ni otro puedan constituir el contenido de este deber.

Para BERCOVITZ[59] el contenido específico de este derecho-deber es la vigilancia de las personas legalmente encargadas del cuidado del niño, ya sea el

---

57. MARTIN-GRANIZO, ya citado, p.978.

58. *"Comentario al art.110"*, en AA.VV. (Ministerio de Justicia), Comentario del Código civil, ya citado, p.434.

59. *"Comentario al art. 154"*, ya citado, p.1049.

propio cónyuge con el que se convive, ya sea el titular de la guarda (progenitor o no). Nos parece una solución muy forzada, motivada por el deseo de conceder a este derecho-deber un contenido específico que pueda pervivir en quien no es titular de la patria potestad de acuerdo con el art. 110. No creemos sostenible considerar que el art. 154 encomienda expresamente a cada progenitor la tarea de vigilar al otro aun en las situaciones en que conviven. Ahora bien, la negación de esta especial función de vigilancia no significa que el normal desarrollo de las funciones parentales no deba llevar a detectar aquellas actitudes del otro progenitor o del tercero guardador que sean perjudiciales para el hijo, y a actuar en consecuencia.

Una vez desechados los posibles contenidos específicos del deber de vela, quedan otras dos soluciones propuestas por la doctrina, que debemos analizar. En primer lugar, algunos autores entienden que el derecho-deber de velar es un deber general de cuidado, manifestado en las restantes funciones, o, como dice PEÑA BERNALDO DE QUIROS[60], la traducción jurídica de la obligación natural de amparar a los propios hijos. Pero aceptar tal significado supondría que con anterioridad a la reforma de 1981 los padres no tenían un deber y derecho general de cuidar a sus hijos, sino solamente el deber de desarrollar las funciones expresamente citadas por el art. 154-1º. Tal afirmación no es sostenible, por lo que también debemos desechar esta posible interpretación.

---

60. *"Comentario al art. 110"*, en AA.VV., Comentarios a las reformas del derecho de familia (1984), p.815.

Por último, se ha entendido por la doctrina -principalmente por DIEZ-PICAZO[61], después seguido por otros autores[62]- que el deber de vela es la indicación de la especial diligencia con que se deben desarrollar las funciones que configuran el cuidado personal del niño. Quizás esta interpretación pueda venir corroborada por el cambio que al mismo tiempo que se introducía en el Código civil esta expresión, sufrieron las causas de privación de la patria potestad. Antes de la reforma las causas eran taxativas: «... si trataren a los hijos con excesiva dureza, les dieren órdenes, consejos o ejemplos corruptores», las causas hoy en día son amplísimas: «... el incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad». Aunque esta expresión no significa que actualmente cualquier incumplimiento pueda dar lugar a medida tan drástica, es indudable que se ha producido un cambio sustancial: el margen en el que a los padres les es lícito actuar ha quedado fuertemente reducido. Esto quiere decir que aunque las funciones que constituyen la patria potestad sean hoy las mismas que antes de la reforma, no es la misma la diligencia que el Código considera exigible. Este argumento parece pues apoyar la tesis según la cual el derecho-deber de vela significa que el cuidado personal del niño debe realizarse con una especial diligencia.

Este sería su significado como deber, mientras que en la vertiente de derecho que también le reconoce el art. 154-1º, creemos que significa que su titular tiene

---

61. *"Notas sobre la reforma de ..."*, ya citado, p.15.

62. CASTAN VAZQUEZ, *"Comentario al art. 154"*, en AA.VV. (Ministerio de Justicia), Comentario del Código Civil, p.547; y SANCHO REBULLIDA en LACRUZ BERDEJO y otros, ya citado, volumen 2º, p.246.

el derecho a preocuparse personalmente de sus hijos, y que este derecho se plasma normalmente en las funciones paterno-filiales que le corresponden como titular de la patria potestad.

Debemos ahora plantearnos a quién o quiénes corresponde este derecho-deber de vela en los casos de no convivencia de los padres. El art. 103-1º nos dice claramente que el no guardador tiene el deber de velar por sus hijos, al menos durante la pendencia del proceso matrimonial: «... adoptará (...) las medidas siguientes: 1ª. Determinar (...) en particular la forma en que el cónyuge apartado de los hijos podrá cumplir el deber de velar por éstos ...». Pero teniendo en cuenta la conexión entre los arts. 103, y 90 y 91, lo mismo se puede afirmar para todos los casos de no convivencia. Por supuesto, esto no significa que el no guardador sea el único titular de este deber. En nuestra opinión, si el derecho-deber de vela indica que se debe emplear una diligencia especial en el desarrollo de las funciones propias de la patria potestad (compañía, alimentos, educación), y si, como hemos visto, esas funciones corresponden principalmente al guardador, pero también en parte al no guardador, es indudable que ambos deberán emplear en el desarrollo de las mismas una especial diligencia, y que por lo tanto el deber de velar por lo hijos corresponderá a ambos.

Al mismo tiempo, si dichas funciones parentales son la vía por la que normalmente encuentra su cauce de desarrollo el derecho de los padres titulares de la patria potestad a preocuparse personalmente de sus hijos, así seguirá siendo en los casos de no convivencia puesto

que ambos progenitores siguen estando encargados, aunque parcialmente, de dichas funciones.

Para algunos autores[63] el derecho-deber de vela se manifiesta en estos casos en un derecho del no guardador a vigilar el desempeño que el guardador hace de su función. Creemos que no es éste el lugar para analizar la existencia en los casos de no convivencia de un específico derecho de vigilancia, pues esta cuestión está relacionada con el ejercicio de la patria potestad. Pero, adelantándonos a su tratamiento posterior, podemos decir que si negamos la existencia de un específico derecho de vigilancia en los casos de convivencia, no creemos que este derecho deba surgir en los casos de no convivencia, pues las circunstancias no lo justifican, no existe razón para desconfiar del progenitor cuando es guardador si no se desconfía de él en general. Como dijimos anteriormente, esto no significa que no deban los padres detectar posibles anomalías si éstas existen, pero no sólo el no guardador, sino igualmente el guardador. De hecho vemos como muchos de los procedimientos de modificación de medidas están motivados por los supuestos peligros que para el niño supone la actitud del otro progenitor, denunciados tanto por los no guardadores como por los guardadores.

No debemos terminar nuestro análisis del derecho-deber de vela sin hacer referencia al art. 110, que impone a los progenitores no titulares de la patria potestad el deber de velar por sus hijos. Creemos que la especial diligencia con la que normalmente ha de desarro-

---

63. RIVERO HERNANDEZ, *"Comentario al art.110"*, ya citado, p.434; BERCOVITZ, *"Comentario al art. 154"*, ya citado, p.1048.

llarse la patria potestad se traduce en estos casos especiales en que el progenitor, aunque no tiene derecho a convivir con sus hijos, ni a educarlos, ni a alimentarlos (en el sentido amplio y no pecuniario que antes vimos), sigue teniendo la obligación de preocuparse por ellos. Es decir, significa que el progenitor no titular no puede desentenderse de sus hijos, no puede olvidarse de que es padre o madre. Pero nada más. En este sentido, creemos que el art. 110 supone más una declaración de principios que el establecimiento de un verdadero deber jurídico. En efecto, el deber de vela del art. 110 (sea cuál sea el significado que se le quiera dar), no puede ser exigido coactivamente, por su especial naturaleza, ni puede dar lugar a sanciones civiles puesto que el progenitor no es ya titular de la patria potestad. Sólo cabría quizás una sanción penal.

Con respecto a este deber de vela del art. 110, son varios los autores que opinan que es un derecho-deber igual al recogido en el art. 154[64]. Esto significaría reconocer que el progenitor no titular de la patria potestad tiene el derecho a preocuparse personalmente por sus hijos, y que por lo tanto le han de ser concedidos los instrumentos adecuados para desarrollar esta función. Estos instrumentos serían, como ya hemos visto, la participación en las funciones parentales. Pero como el progenitor no titular ha sido privado (*a priori* -art. 111-, o *a posteriori* -art. 170-) de estas funciones, llegamos a la conclusión de que el progenitor no titular de la patria potestad no tiene derecho a velar por sus

---

64. RIVERO HERNANDEZ, *"Comentario al art.110"*, ya citado, p.433; y PEÑA BERNALDO DE QUIROS, *"Comentario al art.110"*, ya citado, p.816.

hijos, sólo tiene el deber de hacerlo, tal como dice el art.110.

3. Autonomía de actuación del guardador

Al tratar el concepto de guarda dijimos que en Derecho español el poder de decisión sobre la vida del menor está incluido en el ejercicio de la patria potestad y no en la guarda. Corresponderá por lo tanto a los que ejerzan la patria potestad decidir en qué forma se va a realizar el cuidado del menor. Esto no significa sin embargo que el guardador no tenga cierta autonomía de actuación dentro de las directrices marcadas en el ejercicio de la patria potestad. La frontera entre el poder de decisión que corresponde a los que tienen el ejercicio de la patria potestad y la autonomía de actuación que tiene el guardador no es desde luego fácil, y menos cuando no tenemos aun claro el concepto de ejercicio de la patria potestad. Por otra parte, el hecho de que siempre que el guardador es uno de los progenitores (es decir, en la mayoría de los casos) le corresponde también el ejercicio de la patria potestad hace aun más difícil la distinción entre ambos conceptos.

Por el momento nos limitaremos por lo tanto a afirmar que el guardador tiene autonomía para desarrollar las funciones que se le encomiendan por virtud de la guarda, es decir, el tener al niño en su compañía, alimentarlo y educarlo, dejando el análisis más detallado para el Capítulo Sexto.

4. Especial referencia al cambio de domicilio

Pero la autonomía del guardador en el desempeño de su función plantea un problema que conviene resolver

en este momento: saber si puede cambiar de domicilio llevando con él al hijo encomendado a su guarda. La respuesta dada por la doctrina y la jurisprudencia es tajantemente afirmativa y unánime.

Se aduce como primera razón la libertad de elección de residencia recogida por la Constitución en su art. 19. En efecto, y aunque nunca se ha negado que el guardador pueda cambiar de residencia, si este cambio condicionase la continuidad de la guarda no existiría de hecho verdadera libertad de elección de domicilio para el guardador[65].

La segunda razón se encuentra en los motivos por los que se otorga la guarda a uno de los progenitores. Estos versan fundamentalmente sobre las cualidades personales que le hacen más apto para ocuparse del hijo, y tales cualidades se mantienen en el guardador sea cual sea su residencia, por lo que el cambio de domicilio no debe influir en principio sobre la guarda. Cierto es que al conceder la guarda se tienen también en cuenta las condiciones materiales de vida, como pueden ser la vivienda, el barrio en el que se ubica o la población en la que se encuentra, pero no son más que factores secundarios no determinantes para la concesión de la guarda.

La tercera razón se encuentra en el que denominamos criterio del "mantenimiento del *statu quo*". La doctrina en general, así como los jueces, consideran que para el correcto desarrollo del niño es fundamental la continuidad de sus relaciones personales, principal-

---

[65]. En tal sentido, la sentencia francesa del TGI de Périgueux, de 17 de mayo de 1992 (JCP 1993.II.22104), que invoca en su apoyo la Convención Europea de Derechos del Hombre.

mente de la que mantiene con la persona que diariamente se ocupa de él. Frente a esta necesidad de continuidad, el cambio de domicilio, de escenario en el que se desarrollan esas relaciones carece prácticamente de importancia. Tal es el criterio que parece subyacer en las sentencias que hacen frente a esta situación[66].

Podemos afirmar, por lo tanto, que el guardador tiene el derecho de cambiar de residencia y de llevar consigo a los hijos confiados a su guarda. Esto quiere decir que dentro del ámbito de autonomía que tiene el guardador para desarrollar esta función se encuentra incluido el poder cambiar de domicilio. Y por lo tanto podemos afirmar desde este momento que la fijación del domicilio de los niños no se incluye en el ejercicio de la patria potestad.

Esto no significa que el cambio de residencia no pueda tener ninguna consecuencia sobre la guarda. El no guardador podrá, considerando el cambio de residencia del guardador como alteración sustancial de las circunstancias, utilizar la vía de la modificación de medidas y pedir la concesión de la guarda a su favor. Sin embargo, creemos que reconocer la posibilidad de alterar la guarda por la vía de la modificación de medidas es algo muy distinto a negar el derecho del guardador a cambiar de residencia junto con sus hijos.

El derecho a cambiar de domicilio se reconoce en Derecho francés y en el italiano, como se puede deducir de la obligación que ambos establecen a cargo del

---

66. SAT Valencia, 29 de abril de 1988 (La Ley 1988-3, p.374); SAP Madrid, 22 de marzo de 1989 (RGD.1989, p.4015); SAP Bilbao, 11 de diciembre de 1991 (RGD.1992, p.6157).

guardador, de comunicar al otro progenitor todo cambio de domicilio del niño[67].

También se puede señalar, dentro de la variopinta regulación que de las consecuencias del divorcio existe en los Estados Unidos, que en el Estado de Illinois la concesión de la guarda conlleva para el guardador la obligación de mantener su residencia en el mismo Estado en que reside el otro progenitor.

LLegados a este punto, y resumiendo todo lo dicho en este apartado, podemos afirmar que la guarda incluye el derecho y la obligación de convivir con el hijo, las funciones parentales que requieren para su desarrollo la relación continua entre el progenitor y el hijo, pero sólo en la medida en que tal relación sea necesaria, y la autonomía de actuación imprescindible para desarrollar adecuadamente estas funciones. Quedarán por lo tanto fuera de la guarda la porción de las funciones parentales que no necesite de la inmediatez para ser desarrollada, así como la totalidad del poder de decisión sobre la vida del menor. El que todo esto quede fuera de la guarda no significa que quede fuera del ámbito del guardador, pues éste tendrá necesariamente el ejercicio de la patria potestad, ya sea exclusivo, ya compartido o repartido, lo que hará que se superpongan en la persona del guardador las facultades que la guarda concede y las que otorga el ejercicio (salvo en el caso de guarda por un tercero que, como más adelante veremos, es algo peculiar).

---

[67]. Ley francesa de 22 de julio de 1987 y Ley italiana de 6 de marzo de 1987.

V. MODALIDADES

Pasaremos a continuación a analizar las distintas modalidades de guarda que hoy en día se contemplan: guarda unilateral, guarda alternada y guarda conjunta, y como última posibilidad y claramente distinta, la guarda por un tercero.

1. Guarda unilateral

Es la que corresponde a uno sólo de los padres, quedando el otro limitado, en lo que a la compañía del hijo se refiere, a un derecho de visita más o menos amplio.

Es la fórmula más obvia teniendo en cuenta que se trata de decidir con quién va a vivir el menor cuando sus padres no viven juntos. Es por lo tanto la fórmula que antes surgió históricamente. Es además la modalidad más generalizada, la que habitualmente se pide por las partes, se establece por el juez o en convenio, y sobre la que se disputa cuando disputa sobre la guarda hay.

Sin embargo, son cada vez más las voces que se levantan contra este sistema de atribución de la guarda, acusándolo de crear entre los progenitores vencedores y vencidos[68], y de favorecer con ello la animadversión y las disputas entre los padres, con graves repercusiones para los hijos.

En particular en Italia, donde todo el problema de la guarda ha sido sometido a una profunda reflexión que conjuga los análisis jurídicos y los realizados por psicólogos (principalmente forenses), nos encontramos con varios estudios en los que se analizan con detenimiento

---

[68]. DORSNER-DOLIVET, ya citado, p.106.

las repercusiones que tiene el sistema clásico -la guarda unilateral de la madre- sobre todos los implicados: hijo, madre y padre[69].

Para la madre resulta una carga excesiva el desempeño en solitario de la dirección de la familia que hasta entonces había compartido con el marido, máxime cuando ese rol se ve agravado por el empeoramiento de la situación económica de la familia y por las repercusiones psicológicas en los hijos, factores ambos que suelen acompañar a la separación. Esto provoca en la madre ansiedad, miedo al fracaso, y, como reacción a todo ello, la creación de una relación con los hijos de mayor dependencia afectiva.

Esta situación de la madre, acompañada de la pérdida de la figura paterna, tiene repercusiones graves sobre los niños (agresividad, o por el contrario pasividad excesiva, malos resultados académicos), que tradicionalmente se han achacado por los analistas a la pérdida de la figura paterna. Sin embargo, estas reacciones no se dan en los casos de muerte del padre, por lo que los más recientes estudios psicológicos la achacan no a la desaparición de la figura paterna, sino a características propias de la separación, como son la sensación de abandono que sufre el niño y la sensación de fracaso de la madre (que indudablemente no se produce en los casos de muerte del marido).

Por último, la relación que se instaura con el padre, habitualmente limitada a los fines de semana, se ve inevitablemente afectada por los rasgos de superficia-

---

[69]. GRIMALDI, *"Affidamento congiunto e alternato della prole tra psicologia e diritto"*, DFP.1989, pp. 320-321; SAVOINI, *"L'affidamento alla madre"*, en AA.VV. (a cura di SACCHI), Affidamento del minore nei casi di separazione e di divorzio (1984), pp.199-207.

lidad y convencionalismo, provocando un cuadro típico que ha sido gráficamente bautizado por los psicólogos americanos como "síndrome de Disneylandia"[70]. Este cuadro se ha visto agravado por la tradicional atribución del ejercicio de la patria potestad al guardador, con lo que el padre no atributario de la guarda quedaba totalmente marginado de la vida del hijo. Como consecuencia de todo ello, el padre tiene la sensación de haber perdido un papel verdadero en la crianza de los hijos.

Este cúmulo de condiciones provocan en un gran número de ocasiones el distanciamiento del padre, proceso que ha sido comprobado estadísticamente en países con larga tradición divorcista. En particular, según un estudio realizado en Francia en 1989[71], más de la mitad de los hijos de padres divorciados no mantienen ningún contacto con el progenitor no atributario de la patria potestad (normalmente el padre) o sólo se relacionan con él de forma muy esporádica (menos de una vez al mes).

Comprobados los perjuicios que a todos los implicados, y especialmente a los hijos, podía causar el sistema de guarda unilateral, empezaron a surgir intentos de reparto distinto de las funciones parentales.

2. Guarda alternada

Consiste en que el hijo viva por periodos alternos con uno y otro de sus progenitores. La alternancia se establece a veces por periodos cortos (15 días ó

---

[70]. BATA, *"Le forme di affidamento previste nella nuova legge sul divorzio"*, Corriere Giuridico, 1987, pp.1296-1299.

[71]. Citado por BASTIEN-RABNER (p.402).

1 mes), y otras veces por periodos largos (habitualmente por años).

Es la modalidad que más controversia levanta. Tiene defensores en el Derecho norteamericano, que consideran que es la solución más justa cuando existe un divorcio, pues ambos progenitores tienen derecho a disfrutar de la compañía de sus hijos en igualdad de condiciones, y sólo esta fórmula lo permite. Esto la convirtió en el sistema legal de varios Estados de EE.UU. También el Derecho italiano la ha aceptado recientemente, en la reforma efectuada en la regulación del divorcio por Ley de 6 de marzo de 1987, aunque no ha despertado el entusiasmo en la doctrina[72].

En Francia, el proceso seguido por esta modalidad fue más controvertido. La guarda alternada fue una fórmula inventada por los propios padres, que la sometieron a la aprobación de los tribunales en varias ocasiones, siendo aceptada por unos[73] y rechazada por otros, por considerarla perjudicial para el equilibrio del menor[74]. La doctrina se manifestó en contra[75]. Finalmente la Cour de Cassation declaró que tal modalidad era contraria al interés del menor[76], y esta misma posición fue recogida por la Ley de 22 de julio de 1987.

---

72. Ver GRIMALDI, *"Affidamento congiunto ..."*, ya citado, p.301; y CANOVA y GRASSO, *"Ancora sull'affidamento congiunto od alternato: interesse del minore o fizione giuridica?"*, DFP.1991, p.725.

73. C.A. Nîmes, 23 de octubre de 1980 y C.A. Montpellier, 22 de abril de 1980 (citadas por NICOLAS-MAGUIN, p.113).

74. C.A. Grenoble, Sala 2ª, 8 de marzo de 1982 (JCP.1983.IV.331).

75. NICOLAS-MAGUIN, ya citado, p.113.

76. C.Cass., Civ., Sala 2ª, 2 de mayo de 1984 (JCP.1985.II.204-12) y 20 de noviembre de 1985 (citada por DORSNER-DOLIVET, p.106).

También en Alemania esta posibilidad ha sido prohibida por la Ley de reforma del BGB de 1976 (art. 1671).

En nuestro país el art. 158, sin negar tal posibilidad, parece mirarla con recelo, considerando que puede ser fácilmente generadora de perjuicios para el menor. En este mismo sentido, la única sentencia que sobre el tema conocemos[77], rechaza la guarda alternada por considerarla perjudicial para el equilibrio del menor. Por el contrario la sentencia de primera instancia había aceptado la guarda alternada, aunque desconocemos los argumentos.

Podemos plantearnos si un amplio derecho de visita puede llegar a convertirse en algo similar a la guarda alternada. No cabe duda que un mismo reparto temporal del cuidado de los hijos puede recibir el nombre de guarda alternada, o de guarda unilateral acompañada de un amplio derecho de visita. En nuestro país tal diferenciación no tiene sin embargo razón de ser puesto que nuestro ordenamiento no prohíbe la guarda alternada. Será por lo tanto tan sólo una cuestión de idoneidad con respecto al concreto interés de los hijos lo que deba influir en la decisión del juez. Podemos citar como ejemplo la SAT de Palma de Mallorca de 11 de mayo de 1988[78] por la que se concedió a la madre un derecho de visita que incluía la totalidad de los periodos de vacaciones, por considerar que era ésta la solución que

---

[77]. SAT Bilbao, 23 de abril de 1985, citada por LINACERO DE LA FUENTE, *"Acerca de la posible inconstitucionalidad ... "*, p.570.

[78]. RGD.1989, p.687.

mejor se adaptaba a las especiales necesidades de la niña.

Es grande el acuerdo de la doctrina francesa e italiana en considerar 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[79]. En particular dicen CANOVA y GRASSO[80] que la guarda alternada, al conllevar para el menor periódicos cambios espacio-temporales, hace necesaria su adaptación a dos modos de vida diferentes y puede determinar confusión en el niño, tanto más marcada cuanto más pequeño sea. Sin embargo, a veces se ha pensado que es el sistema ideal para los adolescentes, que pueden alternar su residencia con uno u otro de sus progenitores, y así mantener una relación estrecha con ambos. Consideran sin embargo los autores antes citados que aun en estos casos se corre el riesgo de que el adolescente no aprenda a tolerar las frustraciones, cambiando de residencia ante cualquier contrariedad.

Como argumentos favorables a la guarda alternada podemos aportar los ofrecidos por el Tribunale di Piacenza en su sentencia de 4 de febrero de 1986[81], en la que admitió esta modalidad por considerar que la presencia del niño en los dos núcleos familiares hace imposible su instrumentalización y la denigración del progenitor ausente (cierto es que también debió influir en su decisión el hecho de que la niña en cuestión

---

79. BATA, ya citado, p.1298; GRIMALDI, *"Affidamento congiunto ed ..."*, ya citado, p.304; DOSNER-DOLIVET, ya citado, p.106; NICOLAS-MAGUIN, ya citado, p.113.

80. Ya citado, p.737.

81. DFP.1986, p.183.

llevase 6 años viviendo una semana con cada uno de sus padres, con al parecer excelentes resultados). Cita además este Tribunal en apoyo de su decisión la Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa de 28 de febrero de 1985, en la que se propone a todos los países miembros la adopción de esta fórmula porque con ella los hijos pueden continuar disfrutando del clima pedagógico paterno y materno, y continuar identificándose con lo que de positivo tiene cada uno de los progenitores. También FULCHIRON[82], aunque sin manifestarse claramente a favor de la guarda alternada, pone de relieve la inexistencia de estudios empíricos que hayan comprobado sus perjuicios. Por último, CANALI[83], recogiendo la doctrina estadounidense, incide en los efectos positivos que supone el mantenimiento de la relación parental con ambos progenitores, mientras que el desasosiego que efectivamente produce este tipo de guarda en los menores, se ha comprobado que es la reacción de los primeros tiempos, pero que luego es superado con éxito por los niños.

3. Guarda conjunta

Esta modalidad no es entendible sin un concepto amplio de guarda que englobe la responsabilidad general del niño. En este ámbito esta fórmula quiere expresar que se encomienda la responsabilidad del niño a ambos progenitores.

En nuestro país no tiene razón de ser puesto que la guarda sólo comprende el cuidado personal. Y dado

---

82. Ya citado, p.141.

83. *"L'affidamento congiunto"*, in AA.VV. (a cura di SACCHI), Affidamento dei minore ... (1984), p.93.

que éste conlleva necesariamente la convivencia, sólo uno de los progenitores puede ser guardador cuando los padres no conviven entre sí[84]. El resultado que se pretende obtener en otros ordenamientos mediante el instrumento de la guarda conjunta se consigue en el nuestro mediante la concesión del ejercicio conjunto de la patria potestad, confiriéndose de esta forma la responsabilidad global del hijo a ambos progenitores aunque éste conviva habitualmente con uno sólo de ellos.

La guarda conjunta ha tenido un gran desarrollo en Francia donde (como consecuencia del proceso histórico que reseñamos en el apartado III) ha regido un concepto amplio de guarda, y aquella fórmula ha sido el instrumento que ha permitido la participación de ambos progenitores en las responsabilidades parentales. Mas, como ya dijimos, como conclusión de dicho proceso se dictó la Ley de 22 de julio de 1987, por la que se suprimió el término guarda del Código civil. En definitiva esta Ley ha venido a establecer un sistema en cierto modo similar al existente en nuestro país, según el cual el niño vivirá con uno u otro de sus progenitores (aunque esto ya no se llame guarda, sino residencia habitual) y el ejercicio de la patria potestad corresponderá bien sólo a aquél con quien el hijo resida, bien a ambos progenitores conjuntamente.

Es menos comprensible el reconocimiento que de esta fórmula realiza la Ley italiana de 6 de marzo de 1987, pues no rige en este ordenamiento un concepto amplio de guarda.

Los resultados de la inclusión expresa de esta modalidad en los ordenamientos italiano y francés, que

---

[84]. SEISDEDOS, ya citado, p.324.

fue contemporánea (Leyes de 6 de marzo y de 22 de julio de 1987, respectivamente), han sido totalmente desiguales. Mientras que en Italia la aplicación de esta modalidad parece haber sido excepcional[85], en Francia, en donde ya se concedía la guarda conjunta con anterioridad a su admisión expresa, el éxito de esta fórmula parece haber sido fulgurante después de la Ley de 22 de julio de 1987[86].

La doctrina se ha manifestado a favor de esta modalidad por considerar que es la solución a todos los defectos que presenta habitualmente la guarda exclusiva, sin suponer a su vez otros defectos nuevos como la guarda alternada[87]. Con este modelo, los padres asumen la misma responsabilidad en relación al desarrollo físico y moral de los hijos, y a su educación, y conservan iguales derechos y poderes en las decisiones que afectan a los hijos. Se atenúan las ansias provocadas en el niño por la sensación de abandono, cuya consecuencia habitual es la aparición de sentimientos hostiles hacia el progenitor ausente. Además, la presencia de dos modelos adultos positivos permite al niño construir mejor su personalidad[88].

---

85. Ver CANOVA y GRASSO, ya citado, p.725.

86. Así lo pone de manifiesto un estudio que, aunque limitado territorialmente, permite conocer válidamente los resultados de esta aplicación, y según el cual el porcentaje de sentencias que establecen la guarda conjunta ha pasado de un 4% de las sentencias anteriores a 1987 a un 10% después de esta fecha (ver su reseña en VAUVILLE, *"Premier regard judiciaire sur la loi Malhuret"*, D.1989., Chr.p.123).

87. GRIMALDI, *"Affidamento congiunto ed ..."*, ya citado, p.304, NICOLAS-MAGUIN, ya citado, p.113.

88. BATA, ya citado, p.1298.

La única nota discordante a este canto de bondades parece ser la opinión de CANOVA y GRASSO[89], que consideran que esta modalidad no es en realidad más que una ficción. En su opinión, la guarda conjunta sólo se solicita en situaciones de lucha entre los padres, por aquél que no consigue o que cree que no va a conseguir que se le conceda la guarda exclusiva. Son éstas por lo tanto circunstancias que no recomiendan la adopción de esta medida. Consideran además estos autores que esta modalidad de guarda no consigue eliminar de forma real la exclusión de uno de los progenitores de la crianza de los hijos.

Doctrina y jurisprudencia están de acuerdo en que la guarda conjunta no es un modelo válido para todos los casos sino que deben darse algunos requisitos sin los cuales no se puede garantizar su éxito. Consideramos que, teniendo en cuenta que guarda conjunta es equivalente a guarda unilateral más ejercicio conjunto de la patria potestad, es más adecuado analizar los citados requisitos en el Capítulo Sexto que dedicaremos al estudio del ejercicio de la patria potestad.

4. Guarda por un tercero

Es un modelo peculiar respecto a los demás puesto que ninguno de los padres asume el cuidado del hijo, al contrario de lo que es habitual en nuestra sociedad y en nuestro Derecho. Son dos los problemas principales que plantea este tipo de guarda. En primer lugar, saber quiénes (el juez o los padres) y en qué circunstancias pueden establecer que sea un tercero el encargado de la guarda del niño. En segundo lugar, saber

---

89. Ya citado, p.727.

cuál es la situación jurídica de cada uno de los implicados en este supuesto: el guardador y los padres. Creemos que ambos problemas son más fácilmente abordables si analizamos por separado los casos en que la guarda por tercero es establecida por los padres y aquéllos otros en que es el juez el que la establece.

En el apartado IV.1 nos planteamos la posibilidad de que los padres estableciesen en el convenio regulador que la guarda fuese desempeñada por un tercero, llegando a la conclusión de que la interpretación conjunta de los arts. 90 y 103-1º permitía afirmar que los padres disponían de tal facultad, tal como entendía la doctrina[90]. También en aquel momento nos preguntamos si esta facultad de los padres se encontraba limitada a los casos en que la existencia de circunstancias excepcionales aconsejase adoptar tal decisión, o si, por el contrario, no tenía más límite que el general de todas las medidas adoptadas en convenio, que es que no sean contrarias al interés del menor. Consideramos entonces que los padres no estaban sometidos a las limitaciones que el art. 103-1º impone al juez para poder adoptar esta medida, y que, por lo tanto, podían encargar la guarda de sus hijos a un tercero cuando así lo estimasen oportuno, quedando a salvo siempre la facultad del juez de estimar que tal medida es contraria, en el caso concreto, al interés del hijo[91].

---

[90]. Ver, en particular, LOPEZ Y LOPEZ, ya citado, p.617.

[91]. La sentencia de la C.Cass. (Italia), de 1 de febrero de 1983, nº 858 (citada en MENGONI, *"Affidamento del minore nei casi di separazione e di divorzio"*, in AA.VV., Affidamento del minore... (1984), p.67), declaró que los padres podían acordar en el momento de divorciarse que el niño viviese con los abuelos, debiendo el juez

El segundo problema que plantea esta modalidad de la guarda es el de la posición jurídica de cada uno de los implicados: el guardador y los padres del niño. En el apartado IV delimitamos el contenido de la guarda, que podemos resumir diciendo que comprende las funciones parentales que necesitan para su desarrollo la convivencia con el niño, pero sólo en la parcela en que tal convivencia es necesaria, así como la autonomía de actuación necesaria para desarrollar estas funciones. Como vimos entonces, éste es el contenido mínimo de la guarda, por lo tanto es el que habrá de tener en todos los casos. Estas facultades corresponderán, pues, necesariamente al tercero-guardador, con la misma autonomía de actuación. El Derecho francés, después de la reforma de 22 de julio de 1987 atribuye expresamente al tercero-guardador la potestad de realizar todos los actos usuales relativos a la "vigilancia y a la educación del niño" (art. 287-1). Estas expresiones han sido intepretadas por la doctrina[92] como actos de la vida cotidiana necesarios para el ejercicio inmediato de las funciones conectadas a la guarda.

¿Cuál será mientras tanto la posición de los padres? El hecho de que la guarda del niño no sea desempeñada por los padres sólo significa que no conviven con él y que, por lo tanto, no pueden desempeñar las funciones del cuidado personal que requieren la presencia continua. Pero, del mismo modo que cuando la guarda corresponde a uno de los progenitores el otro tiene una

---

respetar tal decisión mientras no fuese acompañada de otros hechos que revelasen un incumplimiento de los deberes paternos.

[92]. RAYMOND, *"De la réalité de l'absence du couple conjugal à la fiction du couple parental"*, JCP.1987.I.3299, nº13.

pequeña parcela en cada una de las funciones parentales de carácter personal, en este caso serán los dos progenitores los que desempeñen esa pequeña parcela. En cuanto al ejercicio de la patria potestad, el art. 156 (único que lo regula) no contempla la posibilidad de que la guarda corresponda a un tercero. Por otro lado, la guarda de un tercero no supone la imposibilidad para los padres de ejercitar la patria potestad, puesto que del párrafo 5º del propio art. 156 se puede deducir que no es necesario convivir con el hijo para ejercer la patria potestad. Sólo queda, pues, la regla general del párrafo 1º, es decir que el ejercicio de la patria potestad corresponde a ambos progenitores. Este será el régimen en el caso que contemplamos.

Resumiendo, podemos decir que al guardador corresponderá estrictamente el desarrollo de las funciones atinentes al cuidado personal, con su correspondiente autonomía de funcionamiento, mientras que a los progenitores corresponderá la porción de las funciones parentales personales no absorbida por la guarda, y el ejercicio de la patria potestad. 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.

Cuando es el juez el que establece que los hijos queden bajo la guarda de un tercero el problema adquiere una dimensión totalmente distinta. El art. 103-1º limita claramente esta posibilidad al caso en que existan circunstancias excepcionales que así lo aconsejen. Consideramos lógica esta exigencia puesto que con esta medida el juez está privando a los padres de su

derecho a tener consigo a los hijos[93]. Pero hemos de saber cuáles serán las circunstancias excepcionales que justificarán la adopción de tal medida? Teniendo en cuenta las consecuencias que el propio art. 103-1º conecta a esta medida (la asunción por el tercero de las funciones tutelares) es congruente que la doctrina[94] la ponga en paralelo con la privación de la patria potestad, considerando, en consecuencia, que los únicos motivos que podrán justificar que el juez adopte tal medida serán los mismos que permitirían privar a los padres de la patria potestad[95].

En efecto creemos que la concesión de la guarda a un tercero juega en el ámbito de las medidas provisionales el mismo papel que la privación de la patria potestad en el de las medidas definitivas (art.92-párr.3º), es decir es la reacción del ordenamiento ante la presencia de graves circunstancias que desaconsejan que sean los propios padres los que sigan cuidando de los hijos. Si en el momento de dictar las medidas provisionales no se prevé esta medida más drástica es porque se considera que el juez no tiene elementos de juicio suficientes para poder juzgar con seguridad. Por lo tanto el rigor con el que habrá de concederse en este ámbito la guarda a un tercero será similar al que se debe emplear ante la drástica medida de privar a los padres de la

---

93. La misma importancia le otorga la doctrina francesa (RAYMOND, ya citado, nº13) a pesar de que allí la medida no va acompañada de privación del ejercicio de la patria potestad.

94. DE LOS MOZOS y HERRERO GARCIA, *"Comentario al art. 103"*, en AA.VV., Matrimonio y divorcio, Comentarios al nuevo Título IV del Código Civil (1982), p.858.

95. De nuevo DE LOS MOZOS-HERRERO GARCIA, *"Comentario al art. 103"*, p.859.

patria potestad, y el carácter necesariamente temporal, diríamos cautelar, de la medida no nos ha de engañar sobre sus consecuencias, pues para el niño puede resultar muy grave el verse privado de la presencia de sus padres, aunque sólo sea temporalmente.

RIVERO[96] opina que no son sólo las cicunstancias del art. 170, es decir, el incumplimiento grave de los deberes inherentes a la patria potestad, las que pueden justificar la adopción de esta medida, sino también otras que no supongan tal incumplimiento. En primer lugar, hay que decir que el art. 170 no exige que el incumplimiento sea voluntario, como parece entender RIVERO, sino que basta con que no se cumplan esos deberes, aunque sea por causas ajenas al rpogenitor para que se le pueda privar de la patria potestad, cuando ello redunde en beneficio del hijo. En segundo lugar, creemos que otras de las situaciones por él descritas no exigen una solución tan drástica como la privación temporal de la patria potestad, sino la medida que analizaremos en el apartado siguiente.

La asimilación que hemos realizado entre concesión de la guarda a un tercero y privación de la patria potestad nos lleva a afirmar que es una medida que ha de quedar confinada al ámbito de las medidas provisionales pues la existencia de causas similares en el momento de dictar sentencia deberá llevar al juez a privar a los padres de la patria potestad.

El tema de la situación jurídica de las distintas partes presentes queda en este caso claramente dibujada por el propio art. 103-1º: el guardador tendrá

---

96. *"Comentario al art. 103"*, en AA.VV., Comentario a las reformas del Derecho de familia (1984), p.697.

las funciones propias de la guarda y además las que corresponden a los tutores, lo que la doctrina ha llamado "tutela temporal"[97]. Esto significará que, de hecho, los padres se encuentran provisionalmente suspendidos de su patria potestad. La referencia a la función que habrá de desempeñar el juez en estos casos sólo fue una adaptación por adelantado a la que se preveía nueva regulación de la tutela, por lo que no tiene relevancia especial después de la Ley de 24 de octubre de 1983 de reforma de la tutela[98].

Por todo ello pensamos que el hablar en este caso de guarda por un tercero es un eufemismo que no puede ocultar que en realidad estamos ante un verdadero supuesto de suspensión cautelar de la patria potestad. Es posible pensar que la intención del legislador fue justamente la de ocultar bajo un nombre más discreto una medida que resulta infamante, ante la posibilidad de que un mayor conocimiento de las circunstancias a lo largo del proceso demostrase que tal medida no estaba justificada. Pero como ya hemos dicho, las consecuencias especialmente graves que esta medida puede tener sobre los niños en caso de no estar justificada, no pueden ser ocultadas bajo ningún nombre ficticio, por lo que el juez habrá de ser especialmente cauteloso al adoptarla.

¿Cabe preguntarse también si la posibilidad de encomendar la guarda a un tercero queda circunscrita a las situaciones graves hasta ahora descritas, con su

---

97. DE LOS MOZOS-HERRERO GARCIA, ya citado p.858, y RIVERO, *"Comentario al art. 103"*, ya citado, p.697.

98. En el mismo sentido DE LOS MOZOS-HERRERO GARCIA, ya citado, p.858.

consabida consecuencia de suspensión de la patria potestad, o si también podrá el juez encargar únicamente el cuidado personal del niño a un tercero, por considerar que por las circunstancias especiales que concurren en el caso es la solución que mejor protege su interés (por ejemplo, porque su equilibrio exige su alejamiento de las tensiones familiares), pero sin que de esas circunstancias se pueda deducir razón alguna para privar a los padres de las restantes funciones parentales. En el Derecho francés (art. 287-1 actual, y antiguo 287) se recoge expresamente la concesión de la guarda a un tercero con estas consecuencias limitadas. RAYMOND[99] interpreta que tales motivos serán la incapacidad psíquica o psicológica de los padres para desarrollar la guarda. En definitiva, la cuestión es saber si el juez puede adoptar una medida similar a la que pueden establecer los padres en el convenio regulador. Creemos que esta posibilidad puede ser admitida para los casos especialmente graves, y siempre que la solución adoptada sea más beneficiosa para el niño que la guarda por uno de sus padres. Esto dependerá en gran medida de la persona a la que se encomiende la guarda y de la relación que previamente tenga el niño con ella, que han de ser tales que puedan evitar que para el niño la privación de la presencia de sus padres tenga las perjudiciales consecuencias que normalmente tiene.

Tampoco hay que olvidar que esta medida supone para los padres la privación de su derecho a tener consigo a los hijos, por lo que habrá de ternerse especial cuidado en no conculcar el derecho de defensa

---

[99]. Ya citado, nº13.

tal como ocurriría si esta decisión se adoptase sin que los padres hubiesen podido probar su inadecuación.

Por todo ello una resolución del juez en tal sentido deberá estar especialmente motivada. Las sentencia en que tal medida se ha adoptado así lo han hecho y las razones en cada caso aducidas por el juez resultan convincentes.

Esta medida que aquí contemplamos no es ya la del art. 103-1º. Por lo tanto no tiene por qué quedar circunscrita al ámbito de las medidas provisionales. Sin embargo, su excepcionalidad con respecto al régimen normal debe hacer que sea adoptada con mayor cuidado en el ámbito de las medidas definitivas que en el de las provisionales, aunque las medidas que afectan a los hijos son por naturaleza revisables.

En estos casos la situación jurídica de las partes será la misma que en el supuesto de guarda por un tercero establecida en convenio regulador.

VI. CANALES DE ATRIBUCION DE LA GUARDA

Como todas las cuestiones relativas a la situación de los hijos de padres que no conviven, la guarda de los hijos podrá ser resuelta por una multitud de vías diferentes, según sea la situación jurídica de los padres y también según su propia decisión.

Realizaremos el estudio de los canales de atribución de la guarda en función de los problemas que plantean, razón por la cual analizaremos en primer lugar los casos en que la solución al problema de la guarda

nace del acuerdo de los padres, y en un segundo paso los casos en que la solución ha de ser hallada por el juez.

1. Atribución de la guarda por acuerdo de los padres

A. Atribución en convenio regulador

La guarda de los hijos es una de las cuestiones que el art. 90-párr.1º señala como contenido obligatorio del convenio regulador, al decir que habrá de determinarse «la persona a cuyo cuidado hayan de quedar los hijos». Como hemos visto en el apartado V.4, esta expresión ha dado lugar a que se plantee la duda de si es posible que los padres acuerden en el convenio regulador otorgar la guarda de sus hijos a terceras personas, a lo que respondimos afirmativamente.

Con esta cuestión se suscita ya el problema principal del convenio regulador, en general, que también tiene repercusiones en lo que a la guarda se refiere, que es saber qué ámbito corresponde a la autonomía de la voluntad de los padres y cuál al control judicial, problema que a continuación analizaremos.

Especial referencia a la sujeción del juez a lo decidido por los padres

Indudablemente esta cuestión debe resolverse aplicando los criterios generales que sobre la sujeción del juez a lo decidido por las partes en el ámbito del convenio regulador vimos en el Capítulo Cuarto, apartado I.1., a los problemas originados por la guarda.

El problema suscitado cuando los padres acuerdan otorgar la guarda de todos o algunos de sus hijos a un tercero, ya fue tratado en el apartado V.4., y entonces consideramos que en principio ello era factible. Pero como todas las cuestiones incluidas en el convenio regulador, esta decisión estará sometida al control negativo del juez. Esto quiere decir que el juez podrá denegar la aprobación de dicha medida si considera que es perjudicial para el menor. Ya vimos en el apartado I.1. del Capítulo Cuarto que el juez debe realizar tal control con los escasos datos que le ofrece el convenio regulador[100], y que no puede por principio rechazar todos los convenios reguladores en que no se aporten datos suficientes justificar que la decisión adoptada por los padres es la más adecuada. Esto que, por ejemplo, en el ámbito de la guarda, los padres no necestirán justificar que es más conveniente que la guarda la ostente el padre o la madres.

Pero cuando se trate de conceder la guarda a un tercero la cosa cambia, pues se trata de una medida que en principio es contraria al interés de los hijos, pues es principio generalmente aceptado, tanto por las instancias científicas como por la sociedad en general, que lo mejor para los niños es convivir con sus padres. Por lo tanto, el convenio regulador que acuerde otorgar a un tercero la guarda de los hijos habrá de aportar las razones que justifiquen tal medida, o éstas habrán de ser puestas en conocimiento del juez por otra vía, pues en caso contrario este podrá denegar su aprobación a la espera de que tales justificaciones se aporten en el periodo de prueba.

---

100. BONET NAVARRO, ya citado, p.1057.

Una postura similar cabe adoptar respecto de la guarda alternada, considerada en general contraria al equilibrio necesario a los hijos para su adecuado desarrollo. Esta opinión viene además refrendada por la especial referencia que a los cambios en la guarda (entendemos que se refiere a una situación similar a la producida por la guarda alternada) hace el art. 158-1º, como posible generadora de «perturbaciones dañosas» para los hijos. Por lo tanto, también cuando se acuerde la guarda alternada en el convenio será necesario justificar porqué se considera que es medida adecuada para los hijos, o cuales son las circunstancias que impiden adoptar otra medida quizás más adecuada, de tal manera que el juez pueda llegar al convencimiento de que efectivamente tal medida no es perjudicial para los hijos.

Por lo tanto podemos concluir que en los casos en que los padres decidan adoptar una modalidad de guarda considerada *a priori* perjudicial para los hijos, habrán de justificar tal medida en el propio convenio o acompañar la justificación. En otro caso el juez podrá denegar la aprobación y abrir un periodo de prueba para que los padres aporten las pruebas que justifiquen tales medidas.

B. Atribución extra-judicial

El art. 159 no deja ninguna duda sobre la posibilidad de que la guarda sea establecida por un acuerdo de los padres adoptado fuera del ámbito judicial. Es más, el art. 159 parte de la premisa de que tal acuerdo existe en la mayoría de los casos, limitándose a establecer los criterios que habrán de regir en el caso

de que, debido a la falta de dicho acuerdo, sea necesario someter la cuestión al conocimiento del juez.

El que la guarda de los hijos sea decidida por acuerdo de los padres no es más que una manifestación de la regla general que rige la patria potestad, según la cual los padres pueden decidir de manera soberana qué es lo que más conviene en cada momento a sus hijos, regla general que no sufre modificación en los casos en que los padres no conviven, pues los arts. 90 y ss. sólo establecen la obligación de someter estas cuestiones al conocimiento del juez en los casos en que se demande la separación, el divorcio o la nulidad, no en los casos de falta de convivencia en general.

El acuerdo de los padres sobre la guarda podrá ser incluido en un convenio general plasmado por escrito, y, como ya dijimos en el apartado II.3 del Capítulo Cuarto, cabrá su homologación mediante un expediente de jurisdicción voluntaria.

Pero el art. 159 plantea un problema relacionado con la sujeción del juez al acuerdo de los padres. De este artículo parece deducirse que no cabe la posibilidad de que el juez rechace el acuerdo de los padres en materia de guarda. Indudablemente si se trata de un proceso matrimonial podrá hacerlo cuando lo exija imperiosamente el interés de los hijos tal como expresamente lo permite el art. 90-párr.2º. El problema queda por lo tanto reducido a saber si podrá rechazar el acuerdo de los padres en los procesos en que no rige el art. 90-párr.2º, cuando dicho acuerdo sea contrario al interés de los hijos.

El mismo criterio antes empleado debe ahora servirnos para resolver este problema. Entender que el juez puede en el proceso matrimonial rechazar el acuerdo de los padres sobre la guarda cuando el bienestar de los hijos lo exija (en virtud del art. 90-párr.2º), y que no puede hacerlo en otros procesos que versen sobre los mismos asuntos, porque el art. 159 no le concede tal facultad, sería dar a la dualidad de legislaciones una interpretación discriminatoria. Interpretación prohibida por la propia Constitución y por el art. 108 del Código civil, tal como vimos con más detenimiento en el Capítulo Segundo, Apartado II.

2. Atribución de la guarda por decisión judicial

Cuando el tema de la guarda se somete a la decisión judicial pueden ser varias las situaciones que se den:

- que exista un acuerdo explícito sobre la guarda fuera del ámbito del convenio regulador,
- que uno de los progenitores pida en juicio la concesión de la guarda y el otro no se manifieste sobre este extremo,
- que uno de los progenitores pida en juicio la concesión de la guarda y el otro lo acepte,
- que exista petición por ambas partes.

El último caso es indudablemente el de solución más sencilla: el juez habrá de decidir a quién concede la guarda, en base a los datos aportados y probados por las partes. Por el contrario, la solución de las otras tres situaciones es problemática y la duda en todas ellas es similar, pues no existiendo en ninguno de los tres casos

controversia entre las partes, debemos preguntarnos si el juez habrá de examinar la cuestión de la guarda y resolver sobre la misma o deberá limitarse a realizar un control negativo, examinando si el acuerdo al que expresa o tácitamente han llegado los padres no es contrario al interés del menor.

La sujeción del juez a las peticiones de los padres

La solución del problema planteado en los casos en que no exista controversia entre los padres sobre el tema de la guarda[101] vuelve a suscitar las cuestiones que fueron objeto del Capítulo Tercero, apartado II, es decir, saber en qué medida está el juez sujeto por las peticiones de las partes, lo que significa en definitiva plantearse en qué grado juega el principio de disponibilidad en el ámbito de las relaciones paterno-filiales.

En el Capítulo Tercero dijimos que las cuestiones relativas a dichas relaciones habían de ser resueltas de acuerdo con el juego del principio de disponibilidad y todas sus consecuencias, principios que sólo serían apartados en el caso de que el interés de los hijos lo exigiese, y aun así, de forma que no produjese indefensión a los padres. Estas reglas son las que hemos de aplicar aquí al caso particular de la guarda, cuando sea sometida al conocimiento del juez.

El problema principal está en saber si el juez podrá conceder la guarda a quién no la solicitó, tal como

---

[101]. Sobre este tema, ver RIVERO HERNANDEZ, *"Comentario al art. 92"*, ya citado, p.650; AA.VV., *La ley del divorcio*, ya citado, p.37; y DIEZ-PICAZO y GULLON, ya citado, p.307.

hacen algunas sentencias, y como afirma a menudo la doctrina que puede hacerse si es lo más conveniente para los hijos. Nuestra opinión es sin embargo contraria a tal posibilidad, salvo en casos muy excepcionales.

En primer lugar por las razones que expusimos en el Capítulo Tercero, apoyadas a su vez en las características generales de las normas que regulan las relaciones paterno-filiales, que analizamos en el apartado III del Capítulo Primero, es decir por el carácter fundamentalmente privado de dichas normas y el sometimiento de los procesos en que se resuelve sobre estas cuestiones los principios del proceso civil común, es decir, al principio de disponibilidad y sus derivados, que impide que el juez pueda decidir en sentido contrario a lo pedido por las partes, o que pueda resolver sobre cuestión no planteada por éstas.

Pero en el ámbito de la guarda esta misma solución tiene otros puntos de apoyo:

En primer lugar nos encontramos con un argumento que no tiene carácter jurídico, sino que deber ser extraído de la observación de la realidad fáctica, que nos muestra que resolver sobre la guarda en sentido contrario de lo deseado por los padres puede tener sentido si la solución judicial consiste en que el niño conviva con un tercero. Pero si la solución consiste en conceder la guarda del niño al progenitor no designado por el acuerdo -tácito o expreso- de los padres, cabe dudar de la virtualidad de tal medida, en primer lugar porque nada podrá impedir que los hijos vivan con aquél de sus padres no designado por el juez como guardador, y en segundo lugar, porque aun en el caso de que los padres acatasen realmente la sentencia, cabría dudar de las

bondades que para un niño tendría vivir con quien no lo desea.

El segundo argumento se encuentra en el art. 159, que establece que el juez sólo decidirá sobre la guarda en los casos en que los padres no lo hagan de común acuerdo, y no exige que este acuerdo se exprese de ninguna forma especial, por lo que afectará a cualquier situación en que expresa o tácitamente se manifieste el acuerdo de los padres sobre la guarda. Este artículo puede merecer dos interpretaciones. Para unos es un artículo que regula en general la guarda de los hijos de padres que no conviven pero que debe ceder, en cuanto los contradiga, ante artículos específicos, como son los arts. 90 a 96 para el caso de hijos matrimoniales. Para otros es un artículo que rige todos los casos y debe ser conciliado con los que regulan los efectos de la separación y el divorcio sin preeminencia de unos sobre otros.

Lo cierto es que, sea cual sea la interpretación que le demos al artículo 159, éste será el que habrá de regular las decisiones sobre la guarda en los casos de hijos no matrimoniales. En consecuencia, la respuesta al problema que tenemos planteado, es decir si el juez debe atenerse al acuerdo que los padres hayan adoptado sobre la guarda de los hijos, será afirmativa en el caso de hijos no matrimoniales, pues tal es el sentido indubitado del art. 159.

Mas seguimos teniendo la duda de si el juez podrá decidir contra el acuerdo que los padres hayan adoptado con respecto a la guarda de sus hijos cuando la cuestión se plantee en un juicio matrimonial. Pero tal como dijimos en el Capítulo Segundo, la dualidad de regulaciones que recae sobre la situación de los hijos de

padres que demandan la separación, el divorcio o la nulidad, debe ser resuelta compaginando ambas regulaciones, pues cualquier otra interpretación daría lugar a soluciones discriminatorias, como podemos ver claramente en este caso, pues la no aplicación del art. 159 podría quizás llevar a afirmar que en los procesos matrimoniales el juez puede resolver sobre la guarda en contra del acuerdo de los padres, mientras que no podría hacerlo en el caso de que la situación de los hijos fuese objeto de otro proceso.

Como conclusión podremos afirmar que ante un acuerdo tácito o expreso de los padres sobre la guarda de los hijos el juez sólo podrá realizar un control negativo con el fin de verificar que el acuerdo no es perjudicial para los hijos, aprobándolo en todos los demás casos. Por el contrario no podrá por lo tanto decidir de forma distinta a lo acordado por los padres aunque crea que existen soluciones que protegen mejor el interés de los menores.

VII. CRITERIOS PARA LA ATRIBUCION JUDICIAL DE LA GUARDA

Una vez que sabemos en qué casos y con qué alcance debe el juez adoptar una decisión sobre la guarda, hemos de preguntarnos qué significado real tienen este tipo de decisiones. Creemos que al establecer quién va a ostentar la guarda del hijo lo que se pretende es dirimir con cuál de sus progenitores estará mejor el

niño. Debemos preguntarnos en primer lugar qué significa que el niño "esté mejor", pues puede tener múltiples acepciones: que el niño se sienta personalmente bien, confiado, querido; que su educación esté correctamente asegurada; que su atención material se encuentre garantizada. En muchos casos no será necesario elegir uno de estos criterios porque todos ellos designarán al mismo progenitor, pero en los casos en que cada criterio designe como más idóneo a uno de los progenitores habrá que decidir cuál es el criterio decisorio[102].

Son pocas las sentencias en las que se toma tal decisión en situaciones normales de separación (es decir, en situaciones en las que sólo hay falta de convivencia entre los padres, y no otros problemas añadidos), probablemente coincidiendo con la realidad social que hace que los padres (varones) sólo pidan la custodia en situaciones especiales, principalmente cuando la madre presenta algún problema mental o cuando no cuida correctamente a los hijos.

1. Criterios legales

Para hallar los criterios que deben regir las decisiones judiciales sobre la guarda, en primer lugar habremos de examinar los criterios que nos proporciona el Código. Los artículos que en alguna medida se refieren a este tema son los siguientes:

- art. 159: «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

---

[102]. La misma pregunta se plantea el juzgador en la Sentencia del Trib. di Genova, de 22 de septiembre de 1988 (DFP.1990, p.873).

quedarán los hijos menores. El Juez oirá, antes de tomar esta medida, a los hijos ...»;

- art. 92-párr.2º: «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», y párr.4º: «Podrá también acordarse, cuando así convenga a los hijos, ... que el cuidado de ellos (los hijos) corresponda a uno u otro, procurando no separar a los hermanos»;

- art. 103-1ª: «Determinar, en interés de los hijos, con cuál de los cónyuges han de quedar ... Excepcionalmente los hijos podrán ser encomendados a otra persona y, de no haberla, a una institución idónea ...».

Pueden distinguirse tres posibles criterios: el beneficio del menor, el procurar no separar a los hermanos y la opinión del menor. Este último no es, a nuestro entender, un verdadero criterio de decisión, sino un instrumento para ayudar al juez a encontrar la decisión más correcta, y como tal lo estudiaremos en el apartado 2.a. Por lo tanto como únicos criterios legales quedan el interés del menor y la no separación de los hermanos.

A. <u>El interés del menor como criterio general</u>

Como acabamos de ver, siempre que el Código se refiere a la decisión sobre la guarda señala que ha de hacerse en atención al bienestar del hijo. El interés del menor juega en este ámbito un doble papel. En primer lugar es el criterio rector de la reforma que de esta materia realizó el legislador por Leyes de 13 de mayo y de 7 de julio de 1981, y como tal debe ser el principal criterio interpretativo. En segundo lugar, es un mandato

del legislador dirigido al juez, el criterio que debe regir todas las decisiones judiciales relativas a la guarda de los hijos. Estas dos funciones del interés del menor, como criterio legislativo y como criterio judicial, coinciden con las funciones que el art. 53.3 de la constitución atribuye a los principios reconocidos en el Capítulo Tercero del Título Primero de la misma, entre los cuales se encuentra el de protección integral del menor (art. 39-2). Coincide igualmente con lo establecio en el art. 3-1 de la Convención de los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución 44/25 de 20 de noviembre de 1989, y ratificada por España el 31 de diciembre de 1990: «En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño». Más concretamente, la Resolución 1207 (de 29 de mayo de 1987) del Consejo Económico y Social de la ONU estableció que «el interés de los hijos debe ser la consideración primordial (...) en los procedimientos relativos a la custodia de éstos (los hijos), en caso de divorcio, anulación del matrimonio o separación judicial».

Por lo tanto, el Código ordena al juez adoptar en relación con la guarda la decisión que mejor garantice el interés del menor. Pero el interés del menor es un concepto totalmente abierto, en el que caben tantas interpretaciones como personas existen. Hemos de preguntarnos entonces si el Código nos ofrece indicaciones de cómo debe ser interpretado el interés del menor.

La única indicación que encontramos en la ley es la que hace referencia a la no separación de los hermanos. Es una indicación complementaria pues no nos permite acercarnos mejor al interés del niño en general, sino sólo en una cuestión en concreto. Como criterio complementario lo analizaremos en el apartado siguiente.

Por lo tanto, volvemos a encontrarnos con el concepto desnudo de interés del menor. Con él hay que enfrentarse a las difíciles situaciones que se producen en la realidad, lo que significa en la práctica dejar la decisión sobre la guarda al criterio personal del juez. Y, tal como pone de relieve SPARGLIONE[103], sobre la base de un estudio que realizó en 1983 de los criterios de decisión empleados para la concesión de la guarda en un gran número de sentencias, esto lleva a que no exista ninguna homogeneidad entre las distintas sentencias sobre la guarda, de manera que el criterio tenido en cuenta en un juzgado para conceder la guarda, en otro no tendría relevancia. Pero sobre todo tiene como consecuencia que la circunstancia considerada determinante por el juez de primera instancia es considerada irrelevante por el de apelación. Como bien dice RIVERO[104] esta falta de criterios legales genera inseguridad jurídica y es necesario, dentro de lo posible, encontrar criterios «que sin perjuicio de la solución individual más justa para cada caso, permitan una orientación en el marco de unas pocas reglas generales y flexibles que garanticen un cierto norte al juzgador en su busca del *iustum* concreto e

---

103. *"Alcune osservazioni sui criteri giudiziari di affidamento"*, en AA.VV., Affidamento dei minore nei casi di separazione e di divorzio (1984), p.88.

104. *"El derecho de visita ..."*,ya citado, p.203.

individualizado, y una expectativa razonable al justiciable». Aunque el autor se refería al decir esto al derecho de visita, creemos que las mismas exigencias son aplicables al derecho de guarda, y quizás son más necesarias en este ámbito pues es más trascendental la decisión sobre la guarda que la que se refiere al derecho de visita. Han de encontrarse, por lo tanto, criterios que sirvan de guía al juez en su búsqueda de la decisión sobre la guarda que mejor preserve el interés del menor concreto.

En primer lugar habremos de ver cuál es el sentido que en el ámbito de la guarda tiene el interés del menor. Tradicionalmente en la investigación del interés del menor se han utilizado dos criterios enfrentados: para unos lo importante era que el niño estuviese a gusto en el momento actual; para otros lo más importante era la capacidad del guardador para educar al hijo, pues consideraban que era fundamental garantizar el futuro del menor. Creemos que el enfrentamiento entre ambas posiciones puede ser superado hoy en día, porque las modernas tendencias de la psicología consideran que la circunstancia más importante tanto para el adecuado desarrollo del niño, como para su futuro como adulto, es su bienestar afectivo en la niñez. Ambas posiciones deben por lo tanto llevarnos a la misma conclusión: si queremos que el niño esté bien en la actualidad y que se desarrolle adecuadamente en el futuro debemos conceder la guarda al progenitor con el que el niño tenga una relación afectiva más fuerte.

Coincide esto con los criterios establecidos por GOLDSTEIN, FREUD y SOLNIT[105], y luego seguidos por una gran parte de la psicología moderna, que consideran, que el niño necesita para desarrollarse adecuadamente la presencia de lo que llaman "progenitor psicológico", es decir, un adulto que sobre la base de una relación diaria, continuada, de intercambio afectivo, satisfaga sus necesidades biológicas. En muchos casos de separación ambos progenitores tendrán las aptitudes necesarias para desarrollar este papel. Existe entonces un segundo criterio, fundamental en opinión de estos autores (opinión basada en su experiencia como psicólogos infantiles en EE.UU. donde existen "hijos del divorcio" desde hace muchos años): el niño tiene necesidad perentoria de mantener la continuidad de sus relaciones. Por ello deberá ser preferido aquel progenitor que ya en el momento de la decisión esté jugando el papel de progenitor psicológico, que tenga una fuerte relación afectiva con el niño. Este es el progenitor que garantizará la continuidad del desarrollo psicológico del niño[106], pues el niño necesita puntos de referencia estables para poder proseguir un desarrollo psicológico normal. Por el contrario la sensación de abandono que le puede provocar la desaparición de su vida cotidiana del progenitor con

---

105. *Beyond the Bests Interests of the Child*, 1973, citado por GULOTTA, *"Affidamento del minore nei casi di separazione e di divorzio"*, en AA.VV., Affidamento del minores nei casi di separazione e di divorzio (1984), p.34.

106. CESARANO y LOMUSCIO, *"L'esame delle tecniche peritali correnti"*, en AA.VV., L'affidamento dei minori ... (1984), p.150; PESCHIERA, *"La decisione di ordinare una perizia ed i rapporti con i consulenti tecnici"*, en la misma obra colectiva, p.78; GRIMALDI, *"L'affidamento dei figli al genitore più idoneo nella separazione e nel divorzio"*, Giur. Merito.1990.IV, p.190.

el que mantenía una mayor relación puede interrumpir el desarrollo normal[107].

Opinaban los autores citados que la necesidad fundamental que el niño tiene de una continuidad en sus relaciones no era comprendida por los adultos. Creemos que podía ser cierto en aquel momento (1973), pero que desde entonces este criterio ha penetrado profundamente en la conciencia social. Lo podemos comprobar a través de la evolución de la regulación legal, pero sobre todo de la jurisprudencia. Particularmente en nuestro país las decisiones sobre la guarda anteriores o contemporáneas de la obra de estos autores se tomaban en base a la culpa, considerando que la rectitud educativa del guardador era fundamental para el niño. No muy lejos de esta solución, en Francia la Cour de Cassation[108] estableció la presunción de que el interés del menor coincidía con la guarda por el progenitor inocente. En Italia mientras tanto el criterio decisorio seguía siendo la culpa en la separación[109]. Por lo tanto en ninguno de estos casos se tenían en cuenta las relaciones que existían entre el niño y sus progenitores con anterioridad a la separación, y la posible continuidad de la relación más fuerte. Pero la prueba más contundente de que la continuidad era realmente un factor ajeno a la decisión la encontramos en la regulación legal española anterior a la reforma de 1981 (arts. 70 y 73), que al conceder siempre la guarda de los hijos pequeños a la madre, mientras que la de los mayores a veces correspondía al padre, establecía las

---

107. GULOTTA, ya citado, p.35.

108. C.Cass., Civ., 25 de febrero de 1970 (citada por SIMLER, p.722).

109. Así lo pone de relieve SPARGLIONE, ya citado, p.88.

bases para que llegada la edad por ella marcada (7 años) los niños fuesen transferidos de la guarda de la madre a la del padre[110]. La necesidad de continuidad en las relaciones del niño era simplemente ignorada.

Por el contrario, hoy en día vemos como en nuestro país el criterio del mantenimiento de la situación anterior se ha convertido en el criterio rey, y así lo ponen de relieve los jueces al dictar sentencia (más adelante lo veremos en el apartado 3.1). Creemos que ésta es también una de las razones por las que se concede la guarda mayoritariamente a las madres: ellas son, aun hoy en día, las que siguen desempeñando el papel principal en la crianza de los hijos, y por lo tanto el criterio de la continuidad exige que se les conceda a ellas la guarda.

Por lo tanto en el ámbito de la guarda el interés del menor coincide habitualmente con quedar al cuidado de aquel de sus progenitores al que le une una relación más fuerte, normalmente aquél que se ha ocupado principalmente de él.

B. La no separación de hermanos

Es un criterio sólo complementario, pues no resuelve el problema central de la guarda que es saber con cuál de los progenitores han de quedar los hijos, sino sólo el problema de saber si todos los hijos deben ser confiados al mismo progenitor o no. Además, incluso en relación a este problema es sólo un criterio orientativo, como pone claramente de manifiesto su propia

---

110. Así lo concedió la STS de 3 de marzo de 1950 (RA 703).

dicción: "... procurando ..."[111]. Creemos que ha de ser interpretado como una presunción: el legislador entiende que el beneficio del menor está normalmente en no ser separado de sus hermanos, pero admite que en algunas ocasiones no sea así. Si las circunstancias concretas demuestran que tal es el caso, el juez podrá separar a los hermanos, pero habrá de manifestar qué circunstancias especiales justifican esa decisión[112].

Al igual que el nuestro, el Derecho alemán establece desde la reforma de 1976 que el juez no debe, en la medida de lo posible, separar a los hermanos (art. 1671).

Este criterio legal no surge de la nada. En primer lugar, coincide con un sentir creemos que generalizado (es siempre difícil hacer estas afirmaciones pues sólo tienen como base nuestra propia percepción) de que esto es lo más conveniente para los niños, y en segundo lugar, también coincide con los resultados de las investigaciones realizadas sobre las consecuencias psicológicas que la separación de los padres puede tener en los hijos. Así lo pone de relieve BERTI[113] que señala que la presencia de hermanos es uno de los factores que más favorecen la adaptación de los niños tras la separación de sus padres, principalmente porque suponen un

---

111. SEISDEDOS MUIÑO, *La patria potestad ...* , ya citado, p.321.

112. En tal sentido, RIVERO, *"Las relaciones paterno-filiales..."*, ya citado, p.87, y SEISDEDOS.

113. *"Problemi psicologici dei figli di coppie separate"*, en AA.VV., Affidamento del minore nei casi di separazione e di divorzio (1984), p.142.

elemento de seguridad, un factor de continuidad tal como señala MENGONI[114].

Este criterio es relativamente nuevo. Anteriormente no sólo no se recomendaba no separar a los hermanos sino que el criterio legal para la concesión de la guarda era en algunas ocasiones el reparto entre los padres según la edad y el sexo de los hijos. Así en la regulación anterior a la Ley de 7 de julio de 1981 el art. 70, en los casos en que el matrimonio se había contraído de buena fe por ambos cónyuges, confiaba las hijas de todas las edades y los hijos varones menores de 7 años a la madre, y los hijos varones mayores de esta edad al padre. Por su parte, el art. 73 confiaba los hijos al cónyuge inocente en la separación salvo los menores de 7 años que siempre eran confiados a la madre, con lo cual si era la madre la culpable quedaban a su cargo los hijos pequeños y los mayores al cuidado del padre. Según DELL'ANTONIO[115] estos criterios de reparto de los hijos coincidían con las conclusiones de los primeros estudios psicológicos, que afirmaban que los niños pequeños estaban más necesitados de protección, necesidad que, también de acuerdo con estos estudios, podía ser mejor cubierta por la madre, mientras que los mayores necesitaban la presencia de un modelo de identificación de su propio sexo sobre el que construir su propia personalidad. Pero este esquema de las necesidades de los niños ha sido superado por la psicología moderna, que, como ya vimos al principio de este apartado, considera fundamen-

---

114. Ya citado, p.60.

115. *"La consulenza psicologica per l'affidamento dei figli nei procedimenti di separazione e di divorzio"*, DFP 1986, p.705.

tal la presencia de hermanos para mejor enfrentar la separación de los padres.

2. Instrumentos al servicio del juez

Hemos dicho que en general el interés del menor consistirá en convivir con aquel progenitor al que le una una relación afectiva más intensa, con el que le dé más seguridad. Mas, ¿cómo puede el juez saber cuál es el progenitor con el que el hijo mantiene una relación más fuerte, con el que más le conviene vivir? Para ello el juez tiene, además de las manifestaciones de las partes, dos instrumentos fundamentales: la audiencia del menor y los informes de especialistas. El primero le viene impuesto por el legislador siempre que el niño tenga una cierta edad, el segundo es una ayuda a la que puede recurrir cuando lo considere necesario.

A. La audiencia del menor

El art. 92-párr.2º y el 159 establecen expresamente la necesidad de que el juez oiga a los hijos cuando haya de decidir sobre la guarda, siempre que sean mayores de 12 años, o tengan suficiente juicio.

Esto no significa que a partir de esta edad el interés del menor coincida con el deseo por él expresado. Es más, es opinión generalizada[116] que no es conveniente que el juez pregunte al niño con cuál de sus padres quiere vivir, sino simplemente que debe hablar con él

---

116. AA.VV., *La Ley del divorcio* (1987), ya citado, p.161; y SANCHEZ PRIETO, *"La audiencia del menor en las causas matrimoniales"*, La Ley 1988-1, p.961. LOPEZ-MUÑIZ GOÑI (*El procedimiento contencioso de separación y divorcio* (1989), p.336), mantiene una posición intermedia pues aunque opina que el juez debe charlar distendidamente y a puerta cerrada con el niño, cree que se debe hacer constar en acta la elección que el niño haya hecho.

distendidamente para conocerle mejor -conocer sus sentimientos como dice el Código civil francés- antes de decidir. En la doctrina extranjera BONNARD[117] considera que si el niño no tiene en estos casos el derecho a elegir es justamente en un afán de protegerlo[118]. Ahora bien, en algunos casos la doctrina y la jurisprudencia estiman que la voluntad manifestada por el niño puede ser el criterio decisivo en la atribución de la guarda. Creemos que el estudio de la voluntad del menor bajo ese aspecto no corresponde a este apartado sino al de los criterios judiciales de decisión, y así la analizaremos en el apartado 3.D[119].

En todo caso, como instrumento de mejor conocimiento de la situación sobre la que va a decidir, la entrevista del juez con el niño ha de enfrentarse a un grave obstáculo: es habitual que las opiniones o los sentimientos verbalizados por los menores no correspondan a la realidad de sus sentimientos, sobre todo en los casos en que existen graves enfrentamientos entre los padres[120]. Por ello, será necesario recurrir a la ayuda de peritos psicólogos que permitan al juez descifrar lo

---

117. Ya citado, p.57.

118. De la misma opinión, GEBLER, *"Regards éthiques sur les droits de l'enfant: la parole de l'enfant en justice"*, D.1989., Chr.p.120.

119. Esta distinción entre audiencia y valoración de la voluntad del menor la realiza expresamente RIVERO (*"Comentario al art. 92"*, ya citado, p.648).

120. Son muchos los ejemplos recogidos por la doctrina. Como especialmente reveladores podemos señalar los que recogen CANOVA y GRASSO, ya citado, p.738, y BERTI, ya citado, p.140.

expresado por el niño. Así lo considera la doctrina[121], y así lo permite el art. 92-párr.5º.

La obligatoriedad de la audiencia del menor, confirmada por la STS de 14 de mayo de 1987[122], sólo significa que el legislador considera que el juzgador no puede valorar adecuadamente cuál es el interés del menor si no conoce su opinión personal. Pero existen dudas sobre el alcance de tal obligatoriedad. Por una parte, existen diferentes posturas sobre las circunstancias que deben darse para que sea necesario oír a los niños menores de 12 años. Para RIVERO[123] el niño debe ser oído siempre que por su juicio y su edad pueda pensarse que tiene un criterio independiente. Esta opinión presenta a nuestro entender dos puntos débiles. En primer lugar, será difícil para el juez saber si el niño tiene suficiente juicio antes de haber hablado con él. En segundo lugar, creemos que los requisitos que aquí considera RIVERO necesarios para oír al niño son en realidad requisitos para tener en cuenta su opinión como criterio de decisión, y como ya hemos dicho la audiencia en sí y la valoración de los datos que con ella se obtengan son cosas distintas. LOPEZ-MUÑIZ, por el contrario, no cree que el juez deba oír directamente a los niños de menos de 12 años, sino que el conocimiento de su opinión necesitará la realización de un informe psico-social. Por último,

---

121. BONNARD, ya citado, p.57; GRIMALDI, *"L'affidamento dei figli ..."*, ya citado, p.198; RIVERO, *"Comentario al art. 92"*, ya citado, p.665; y SANCHEZ PRIETO, ya citado, p.692.

122. Dictada como consecuencia de recurso de casación en interés de la Ley interpuesto por el Ministerio Fiscal (RA 3550).

123. *"Comentario al art. 92"*, ya citado, p.648.

PUERTES MARTI[124], mantiene una posición muy peculiar puesto que opina que no se debe oír a los mayores de 12 años cuando su opinión haya sido captada por uno de los progenitores. Además de apartar la opinión del mayor de 12 años, en contra de lo que establece el Código, plantea los mismos problemas que la opinión mantenida por RIVERO, pues por una parte confunde requisitos para la audiencia y valoración de los datos con ella recabados, y por otra resulta difícil que el juez sepa que la voluntad del niño ha sido captada sin hablar con él.

En segundo lugar, también se discute sobre el tipo de proceso en qué es exigible la audiencia de los menores: para unos en todos los procesos en que se decida sobre la guarda[125]; para otros, sólo en los procesos contenciosos, dejando al margen aquéllos que por ser de mutuo acuerdo resuelven necesariamente el tema de la guarda por convenio regulador; para otros al fin, sólo deberá oírse a los hijos en los casos en que existan pretensiones enfrentadas sobre la guarda de los mismos[126]. Si mantenemos aquí la misma postura que en el apartado anterior al analizar el valor de los pactos en el ámbito de la guarda, habremos de llegar a la conclusión de que no es exigible la audiencia más que cuando exista controversia sobre la guarda. Creemos que el Código apoya la no exigencia de la audiencia en los casos en que exista convenio regulador porque el art. 91 nos dice que las normas del art. 92 (y por tanto la exigencia

---

124. *"Comentario a la STS de 14 de mayo de 1987"*, RGD 1988, p.1877.

125. PUERTES MARTI, ya citado, p.1877; SANCHEZ PRIETO, ya citado, p.961.

126. AA.VV., *La Ley del divorcio*, ya citado, p.161.

de audiencia) son aplicables a los casos en que «en defecto de acuerdo o en caso de no aprobación del mismo» el Juez haya de determinar las medidas relativas a la guarda, no por lo tanto en los casos en que exista convenio regulador. Mas en el caso de un procedimiento contencioso en que no exista controversia sobre la guarda, la interpretación conjunta de los arts. 91 y 92 parece exigir que de se oiga a los hijos, apartándose por lo tanto de nuestra opinión. Aunque con una regulación distinta a la nuestra, vemos como en Francia algunos autores[127] opinan que la audiencia obligatoria de los mayores de 13 años debería quedar circunscrita a los casos en que se debatiese sobre la guarda -lo que supone en el caso francés menos del 10% de los procesos matrimoniales[128]-, por considerar que en los demás casos es innecesaria.

La inclusión en nuestro sistema legal por la reforma de 1981 de la posibilidad y la obligatoriedad de la audiencia de los hijos fue bien acogida por la doctrina en general[129]. Con posterioridad, el expreso reconocimiento que la Convención de los Derechos del Niño ha hecho en su art. 12 del derecho del niño a ser oído en todo procedimiento que le ataña ha venido a confirmar el acierto de esta medida.

---

127. Así GOURON-MAZEL, *"Note à Montpellier, 3 février 1992"*, JCP.1992.I.21904; y VAUVILLE (ya citado, p.126) que considera que es la opinión generalizada, citando a numerosos autores.

128. Datos obtenidos en MAZEL, *"Conflit parental et pères gardiens"*, JCP.1985.I.3214, que en todo caso han disminuido con la evolución reciente del Derecho francés.

129. Ver, entre otros, AA.VV., *La Ley del divorcio*, ya citado, p.161; MUÑOZ SABATE, *El proceso matrimonial* (1981).

En Italia la posibilidad de oír al niño fue introducida por la Ley de reforma de 6 de marzo de 1987. Ya con anterioridad alguna sentencia había declarado procedente la audiencia del menor, atendiendo a su superior interés[130]. Ahora bien, el carácter con el que esta Ley introdujo la audiencia del menor en el ordenamiento italiano es muy diferente al que tiene en el nuestro, puesto que queda limitada a los casos en que sea estrictamente necesaria. La doctrina se ha mostrado en general favorable a la introducción de esta posibilidad y al carácter con el que se presenta. Considera GRIMALDI[131] adecuada esta limitación porque la introducción de la audiencia obligatoria habría podido tener efectos perturbadores en las relaciones paterno-filiales: el comportamiento educativo de los padres se habría visto modificado por el deseo de "agradar" al hijo, del que dependería en gran medida la elección del guardador; mientras que la necesidad en que se vería el niño de elegir a uno de los progenitores podría ser para él fuente de alteraciones psicológicas. Creemos que en realidad éstas no son las consecuencias de un sistema de audiencia obligatoria sino de un sistema en el que se concede al niño la posibilidad de elegir con cuál de sus padres quiere vivir. También DOGLIOTTI[132] considera adecuada la cautela con la que el legislador introdujo la audiencia del menor porque a su entender será difícil

---

130. Trib. di Trani, 28 de marzo de 1977 (citada por MENGONI, p.61).

131. *"L'affidamento dei figli ..."*, ya citado, p.197, y SCANNICCHIO al que cita.

132. *Separazione e divorzio. Il dato normativo. I problemi interpretativi* (1988), p.164.

para el juez, sobre todo si el niño es pequeño, acertar cuáles son su voluntad y sus aspiraciones, vencer su desconfianza o su miedo, individualizar en sus palabras lo que es fruto de condicionamientos y de influencias externas.

En el caso francés, hasta 1987 el art. 290-3º establecía la posibilidad de oír a los hijos si era necesario y no suponía inconvenientes para ellos. La Ley de 22 de julio de 1987 modificó este artículo al añadir que cuando los hijos fuesen mayores de 13 años la audiencia de los mismos sólo podría ser eludida por una decisión especialmente motivada. Esta modificación no fue bien acogida por los jueces de instancia[133], y su oposición a mantener entrevistas personales con los hijos fue ratificada por la sentencia de la Cour de Cassation de 5 de junio de 1991[134] que declaró que la obligación de oír al hijo mayor de 13 años que impone el art. 290-3º no significa que el niño deba ser oído por el juez en persona, sino que bastará que la opinión del niño llegue a él a través de un tercero imparcial (como puede ser el asistente social o el psicólogo a quien haya encargado la realización de un informe) para que dicho requisito se considere cumplido. Algunos autores han apoyado esta postura por considerar que la obligatoriedad de la audiencia no es recomendable, pues son pocas las posibilidades que ofrece de obtener informaciones relevantes mientras que son grandes los riesgos psicológicos que con

---

[133]. VAUVILLE, en su estudio ya citado sobre la aplicación de esta Ley, pone de manifiesto la existencia de esta opinión generalizada (pp.126-127).

[134]. RTDC.1991.523. y JCP.1991.IV.306.

ella corre el niño[135]. Totalmente contraria a esta postura de la Cour de Cassation se muestran HUET-WEILLER[136] y GOURON-MAZEL[137] para quienes la Cour de Cassation deja vacía de contenido la reforma que en este ámbito introdujo la Ley de 22 de julio de 1987, justo en el momento en el que la Convención de los Derechos del Niño (ratificada por Francia en 1990) ha hecho obligatorio oír al niño siempre que tenga discernimiento (art.12-1).

Sin embargo en Francia, donde tan mala prensa ha tenido la audiencia del niño decretada por el juez, ha surgido recientemente un movimiento que, con apoyo en la propia Convención de los Derechos del Niño, sostiene que el niño debe ser admitido como parte en el juicio en el que se debate sobre su guarda, y como tal representado por un abogado que defienda sus intereses específicos, pues éstos no tienen porqué coincidir con los de sus padres[138]. En un primer momento pareció que esta posibilidad despertaba una aprobación unánime, por considerar que el art. 12 de la Convención de los Derechos del Niño hace exigible la posibilidad de tal intervención[139].

---

135. En este sentido BASTIEN-RABNER, ya citado, p.402, nº19; y más matizadamente RUBELLIN-DEVICHI, *"Jurisprudence française en matière de personnes et de droit de la famille"*, RTDC.1987.736; y GEBLER, ya citado, p.119.

136. *"Jurisprudence française en matière de personnes et droit de la famille"*, RTDC.1991.522.

137. Ya citado, p.280.

138. GEBLER, ya citado, p.119.

139. MATOCQ, *"Note à Lyon, 28 novembre 1991"*, JCP.1992.II.21801; FENAUX, *"Note à TGI de Lille 14 mai 1991, 18 juillet 1991, ..."*, D.1993.II. p.176; BENHAMOU, *"Réflexions en vue d'une meilleure défense en justice de l'enfant"*, D.1993.Chr.22; BASTIEN-RABNER, ya

Para BASTIEN-RABNER ésta era, además, la vía más adecuada para obviar los problemas que plantea la audiencia del menor, cuyo mayor riesgo es que la opinión expresada por el menor sea fruto de la presión de sus padres. En opinión de esta autora, en el supuesto de una intervención del niño como parte en el proceso la presencia de un abogado propio le protegería de posibles presiones.

Pero han empezado a surgir voces contrarias a esta posibilidad, que consideran que ni la Convención exige la intervención como parte del menor, ni ello es recomendable para el propio interés del menor (que es en definitiva el criterio rey de la Convención) pues el juez no tiene en tal caso posibilidad de comprobar el discernimiento del menor, ni la espontaneidad de lo por él expresado[140]. Además, la lectura de las sentencias que resuelven casos en que se solicitaba tal intervención hace surgir inmediatamente una crítica muy contundente -ya apuntada en parte por la sentencia de la C.A. de Montpellier de 3 de febrero de 1992[141]-: la intervención del niño en el proceso no será nunca espontánea. No es creíble que el niño se dirija de *motu propio* a un abogado para que represente sus propios intereses en el juicio en el que se enfrentan sus padres, por lo tanto las pretensiones o las conclusiones presentadas por el niño serán siempre similares a las de uno de sus padres. Esto es lo que ocurre en todas los casos que conocemos en los que se

---

citado, p.403.

140. En este sentido sentencia de la C.A. Montpellier, de 3 de febrero de 1992, y el comentario que GOURON-MAZEL (ya citado) hace de la misma; también HUET-WEILLER, RTDC.1991.522, ya citado.

141. JCP.1992.I.21904, Comentario de GOURON-MAZEL ya citado.

solicitó la intervención voluntaria del niño: la similitud era asombrosa.

Este proceso, tan marcado en Francia, donde la jurisprudencia está muy influida por movimientos cíclicos (que podríamos llamar de moda), también ha tenido alguna manifestación en Italia. Creemos es en realidad el reflejo de un movimiento más generalizado por el que la existencia de un interés del niño distinto del de sus padres, y la utilización de la palabra del niño como vehículo de manifestación de este interés, hacen aparición en la sociedad y como consecuencia en la escena jurídica. La existencia de este movimiento de opinión queda claramente demostrada por el hecho de que la Convención de los Derechos del Niño haya incluido el derecho a manifestar su propia opinión como uno de los derechos del niño digno de ser protegido. La manifestación de este movimiento que más repercusión ha tenido a nivel general es sin duda el proceso seguido en EE.UU. a instancias de un niño para que se declarase extinta la patria potestad que sobre él seguían ostentando sus padres, a pesar de vivir con otras personas. El interés que este suceso despertó en la prensa y en la sociedad en general es la prueba de que estamos ante el nacimiento de un nuevo foco de debate.

B. <u>El dictamen de especialistas</u>

El art. 92-párr.5º prevé expresamente que el juez pueda recabar el dictamen de especialistas. Tal medida podrá ser adoptada a petición de parte o de oficio, lo que en principio no parece presentar problema alguno. En cuanto al ámbito al que habrá de referirse esta medida, dada su ubicación en el art. 92, dedicado

todo él a la regulación de las relaciones paterno-filiales de carácter personal, hemos de entender que éste es su ámbito de referencia[142]. Por lo tanto el tema de la guarda queda dentro. Ahora bien, ¿cuál es la función que debe cumplir el dictamen del especialista en el ámbito de la decisión sobre la guarda?

Como ya vimos en el apartado 1, el criterio que rige la concesión de la guarda es el interés del niño[143]. Como también vimos entonces, el interés del niño consiste en vivir con su "progenitor psicológico", es decir (en palabras de GRIMALDI[144]) aquel progenitor que ha instaurado con él una relación íntima y estable, que es sensible a sus exigencias y atento a sus necesidades de maduración y de apoyo afectivo, y que en virtud de todo ello constituye el punto de referencia psicológico del niño. Por lo tanto ha quedado resuelta la cuestión del criterio a seguir para decidir sobre la guarda, pero sigue quedando una última pregunta: ¿quién es en el caso concreto el progenitor que cumple la función de progenitor psicológico y al que, por lo tanto, habrá que conceder la guarda? Para ello habrá que saber qué relaciones tiene el niño con cada uno de sus progenitores, cuáles son sus necesidades (no materiales), y qué posibilidades tienen uno y otro progenitor de cubrir adecuadamente estas necesidades. Indudablemente para

---

142. En el mismo sentido, LOPEZ-MUÑIZ, ya citado, p.339.

143. A este respecto, GARE, *"L'enquête sociale dans la désunion des parents"*, RTDC.1987, p.692, dice que la encuesta social (nombre con que se conoce en Francia una figura parecida al dictamen de especialistas) se introdujo en el ámbito del divorcio cuando se sustituyó el criterio objetivo de la culpa por el subjetivo del interés del hijo.

144. *"L'affidamento dei figli..."*, ya citado, p.190.

resolver estas preguntas será necesario recurrir a especialistas, tal como establece el párr.5º del art. 92[145]. Como dice GULOTTA[146], se buscan en el dictamen psicológico criterios claros que vengan a suplir la falta de criterios legales (que ya pusimos de relieve en su momento). Y esto ocurre cada vez más, pues como señalan BERTI[147] y BARBARITO[148] cada vez se piden más informes, sustituyéndose los criterios de decisión tradicionales, de carácter jurídico o socio-cultural por criterios psicológicos.

Pero la delimitación de los casos en los que será necesario recurrir al dictamen de especialistas necesita alguna precisión más. Indudablemente sólo será necesario recurrir al informe en los casos en que haya desacuerdo entre los padres sobre el tema de la guarda. Pero aun en los casos en que ambos progenitores hayan solicitado la guarda, deberá el juez indagar si ambas solicitudes son serias, si no está basada alguna de ellas en un puro afán de revanchismo, o en el deseo de que los hijos no piensen que el progenitor se desentiende de ellos, etc. Sólo cuando existan dos peticiones serias de custodia se planteará verdaderamente la necesidad de determinar cuál es el progenitor que mejor puede cubrir las necesidades del niño, y sólo en este caso será

---

145. En el mismo sentido MUÑOZ SABATE, ya citado, p.96.

146. Ya citado, p.33.

147. Ya citado, p.138.

148. BARBARITO, ya citado, p.155.

necesario recurrir al dictamen de especialistas para hallar la mejor solución[149].

a. Naturaleza del dictamen de especialistas

La necesidad de recurrir a la ayuda de especialistas que puedan facilitar esa misión resulta bastante clara, pero cabe preguntarse porqué el legislador ha creído necesario hacer referencia expresamente a esta posibilidad en el ámbito de las relaciones paterno-filiales tras el divorcio o la separación, cuando tal posibilidad existía ya a través de la prueba de peritos (que también puede ser solicitada por las partes o acordada de oficio como medida para mejor proveer). La explicación se encuentra sin duda en el trámite parlamentario que sufrió el art. 92. El último párrafo fue fruto de una enmienda transaccional por la que se aceptó limitadamente la propuesta del Diputado Sr. Bandrés. Esta propuesta decía textualmente: «El Juez recabará el dictamen de un equipo de especialistas formado por un pedagogo/a, un sociólogo/a y un psicólogo/a, dependientes de los organismos competentes». Esta propuesta no se refería por lo tanto a una simple prueba de peritos, sino que establecía la obligatoriedad para el juez de asesorarse con un equipo de especialistas antes de decidir sobre la guarda del niño (en la propuesta de Bandrés el art. 92 se refería expresamente a la guarda). El grupo parlamentario de UCD consideró que tal obligatoriedad podría en ocasiones suponer un obstáculo para el normal desarrollo del proceso matrimonial por lo que propuso una

---

149. GOURON-MAZEL (ya citado, p.282) consideraba que éste era el ámbito al que debía quedar limitada la audiencia obligatoria de los hijos, porque en los demás casos resultaba innecesaria. Creo que con más razón se puede decir lo mismo del dictamen de especialistas.

enmienda transaccional con el mismo contenido que tiene en la actualidad el párr.5º. ¿Qué fue entonces lo que se aceptó con esa enmienda? Caben dos interpretaciones: o bien tan sólo se recordaba con ella la posibilidad de realizar una prueba de peritos, por considerar especialmente conveniente que se recurriese al dictamen en este ámbito; o bien se quiso dar al dictamen de especialistas del art. 92-párr.5º un sentido, unas características, distintos a los que tiene la prueba de peritos. Si adoptásemos esta segunda interpretación nos encontraríamos ante una nueva figura procesal, que carecería de regulación. Por lo tanto esta interpretación ha de ser descartada. Nos queda entonces una única interpretación posible: considerar que el dictamen de especialistas del art. 92-párr.5º es una prueba de peritos, sin más. Como tal se utiliza por los tribunales y como tal se considera por la doctrina[150].

Conectado aun con la naturaleza de este dictamen podemos plantearnos de nuevo en qué casos se ha de recurrir a él. Ya dijimos que sólo en los casos en que existen dos peticiones serias de custodia de los hijos. Pero ¿quiere esto decir que siempre que haya dos peticiones serias de custodia deberá el juez recurrir al dictamen de especialistas? Nuestra respuesta es afirmativa y a continuación expondremos las razones que creemos sustentan tal afirmación.

En primer lugar hay que tener en cuenta que el criterio de decisión fundamental es el de las necesidades que tiene el niño para madurar adecuadamente. Hemos dicho

---

150. MUÑOZ SABATE, ya citado, p.96; AA.VV., *La Ley del divorcio*, ya citado, p.157. Por el contrario LOPEZ-MUÑIZ (ya citado, pp.337 y 339) trata por separado los informes periciales y el informe psicosocial, de lo que parece deducirse que son algo distinto.

que para ello necesita junto a él un progenitor psicológico que cumpla determinadas funciones. Todos ellos son criterios psicológicos. El papel de la psicología podría quedarse en la determinación de las características que ha de reunir el guardador para desarrollar adecuadamente su función. Pero, ¿puede el juez, ante un padre y una madre que afirman querer ocuparse de su hijo y poder ofrecerle el apoyo afectivo que el niño necesita, saber cuál de los dos es el que mejor se ocupará del niño, con cuál se sentirá éste más seguro, más respaldado psicológicamente, la separación de cuál de los dos sería más dolorosa para él por suponer la ruptura de la relación en la que se apoyaba principalmente para su desarrollo físico y sobre todo intelectual? ¿Puede el juez saber cuándo son verdaderas las afirmaciones de un niño que se niega a ver o a vivir con uno de sus padres y cuando están motivadas por miedos, inhibiciones, etc, pero en realidad la relación del niño con ese progenitor sería especialmente fructífera para él?

Indudablemente todos creemos tener unos ciertos conocimientos de psicología y una cierta intuición, que podrían permitirnos determinar cuál de las dos soluciones es la mejor. Pero, como dice MUÑOZ SABATE[151], no se debe caer en «la falsa autosuficiencia psicológica en virtud de la cual lleguemos a pensar que las leyes de la psicología son reglas del sentido común que cualquiera se halla en condiciones de dominar perfectamente», pues con ello se puede llegar en este ámbito a soluciones tan de sentido común como lo son en otro afirmar que «la tierra es plana, la luna tiene luz propia y el sol gira alrededor de la tierra». Esta actitud es sin duda la que

---

[151]. Ya citado, p.96.

sustenta que una de las principales quejas de los psicólogos forenses[152] sea que los jueces y abogados obtienen conclusiones erróneas de los hechos y manifestaciones de los niños. Por todo ello creemos que sería necesario recurrir al dictamen de especialistas en todos los casos en que los dos progenitores reclamen con determinación la custodia de sus hijos.

Otro argumento, más débil, pero que también puede apoyar esta solución, se encuentra en el origen del párr.5º. La idea con la que originariamente nació era que el juez está desprovisto de conocimientos suficientes para decidir correctamente sobre la guarda y que por lo tanto le es siempre necesario el asesoramiento de un equipo de especialistas. Si esta propuesta se denegó fue por considerar que el juez no tendría siempre la posibilidad de recurrir a un equipo de especialistas, aceptándose por lo tanto que era conveniente acudir a él en todos los casos. Creo que esta es la filosofía que debe prevalecer: siempre que existan dos peticiones serias de custodia de los hijos el juez deberá recurrir al asesoramiento de especialistas, salvo que circunstancias excepcionales lo desaconsejen. El perito desarrollará aquí la función de auxiliar del juez que algunos autores consideran le es propia, tanto en general[153], como en el ámbito del proceso matrimonial[154].

---

152. AA.VV., *"Problemi giuridico-metodologici della consulenza tecnica psicologica e psichiatrica nel settore delle separazioni"*, DFP1988, p.1486: conclusiones de una reunión de psicólogos forenses en la que se pusieron en común las experiencias y las dificultades que experimentaban en sus relaciones con el mundo jurídico.

153. PRIETO-CASTRO, *Derecho procesal civil*, 5ª edición (1989), p.179.

154. ALBARRAN OLIVERA, *"Figura y función del psicólogo en los órganos judiciales"*, BIMJ nº 1525, de 25 de abril de 1989, p.1726.

Al ser una prueba de peritos estará sometida a la correspondiente regulación (arts. 1242 y 1243 del CC, y 610 a 632 de la LEC), será de libre apreciación por el juez, que no estará por tanto obligado a sujetarse al dictamen.

Los Juzgados de Familia gozan hoy de un equipo de especialistas adscritos a los mismos, habitualmente formados por psicólogos y asistentes sociales. Es a estos equipos a los que corresponde la realización de los dictámenes a que se refiere el art. 92-párr.5º, salvo que exista recusación de las personas que lo forman.

b. Función del dictamen de especialistas

Puesto que los equipos técnicos actualmente existentes en los Juzgados de Familia están compuestos por psicólogos y asistentes sociales, y es a ellos a quienes incumbe la realización de los dictámenes que en virtud del art. 92 se acuerden, debemos analizar la función de cada uno de estos especialistas en el dictamen que deben emitir.

Al ser criterios psicológicos los que justifican la concesión de la guarda a uno u otro de los padres, el papel del psicólogo está claro. Debe en primer lugar analizar la situación actual, es decir, saber cuál es la relación existente entre cada uno de los padres y el niño, cuál es el estado psico-afectivo de éste[155]. En segundo lugar debe analizar las consecuencias que previsiblemente tendrían las distintas soluciones a adoptar: guarda por la madre, por el padre, por un tercero, esto último sólo en caso de que se haya solici-

---

155. CESARANO y LOMUSCIO, ya citado, p.150.

tado por una de las partes o de que de las circunstancias se revele claramente contrario al interés del menor la guarda por uno de sus progenitores y la existencia de un tercero que podría cumplir adecuadamente esta función satisfaciendo las necesidades del niño. También creemos que el dictamen del psicólogo debe pronunciarse sobre los distintos regímenes de visitas posibles, pues la relación del hijo con sus padres y el adecuado desarrollo de aquél dependerá no sólo del régimen de guarda que se establezca sino también del régimen de visitas.

Creemos que sólo si el informe psicológico reúne estas dos vertientes podrá cumplir adecuadamente la misión que tiene encomendada, que es asesorar al juez, pues por mucha importancia que se le dé al dictamen la función de decidir sigue correspondiendo al juez, y sólo si conoce con detalle la situación actual y las consecuencias de las distintas decisiones que puede tomar podrá decidir con conocimiento de causa. Los informantes son, sin embargo, reacios a elaborar informes excesivamente detallados por varias razones: en primer lugar por las reacciones que pueden provocar en las partes, que han de conocerlos[156], y en segundo lugar porque consideran que la interpretación que de los informes detallados hacen los jueces no es la adecuada[157]. Sin embargo creemos que las decisiones, las recomendaciones en este caso, bien fundamentadas son las más convincentes y que puede resultar benéfico tanto para las partes como para el juez recibir de parte del psicólogo un informe detallado.

---

156. Ver GARE, ya citado, p.720.

157. AA.VV., *"Problemi giuridico-metodologici ..."*, ya citado, p.1486.

Hay que señalar como contrapunto que a menudo los propios psicólogos con experiencia como asesores o peritos en los procesos matrimoniales ponen de relieve sus dudas sobre los resultados verdaderos de los dictámenes[158]. Las razones que arguyen son varias. En primer lugar, la inadecuación de unas técnicas propias de una disciplina creada para ayudar, para curar al sujeto, a una actividad de diagnóstico[159]. En segundo lugar, la incomunicación existente entre el psicólogo y el jurista, que hace que los datos recogidos en el dictamen no sean entendidos por el juez y sean mal utilizados por él[160]. En tercer lugar ponen de relieve la incompatibilidad entre la actividad del psicólogo y el principio contradictorio que rige en el proceso civil, entre otras razones porque habitualmente los informes que se presentan al juez no permiten conocer las razones que han llevado al psicólogo a emitir el informe[161]. (GARE[162] señala que los asistentes sociales expresan en ocasiones sus reticencias a incluir en el informe todos los datos de que disponen, a pesar de que tales datos condicionan necesariamente el informe que realizan.) Por último, existen críticas que no se refieren a la inadecuación entre psicología y derecho en general, sino a la utiliza-

---

158. En particular BERTI (ya citado) basa sus conclusiones en el estudio sistemático de los informes periciales realizados durante tres años para los tribunales de Milán. También CESARANO y LOMUSCIO (ya citado) basan sus conclusiones en el examen de dictámenes.

159. GULOTTA, ya citado, p.31.

160. AA.VV., *"Problemi giuridico-metodologici ..."*, ya citado, p.1486.

161. BARBARITO, ya citado, p.156.

162. Ya citado, p.720.

ción que en la práctica se hace del informe psicológico. Estas críticas ponen de relieve que en ocasiones el dictamen se utiliza para ocultar intereses de las partes[163], que se utilizan criterios morales[164], etc.

A pesar de todo ello creemos que mayores son los problemas que puede presentar la decisión tomada por el juez sin el asesoramiento de un psicólogo, por lo que seguimos considerando que éste es necesario siempre que haya debate sobre la guarda.

A continuación debemos analizar el papel que debe jugar el asistente social, que es el otro especialista que forma parte de los equipos de asesoramiento de los Juzgados de Familia. La función del asistente social es observar al niño en su ambiente. No creemos que esta actividad esté justificada en el caso de separación: es verdad que podrá observar como vive cada uno de los padres, si las respectivas casas reúnen unas condiciones (de higiene y otras) suficientes. Pero el criterio básico para decidir no es éste, sino el de la relación que el niño tiene con cada uno de sus padres y lo que espera de cada uno de ellos, lo que le es necesario desde un punto de vista no material y lo que cada uno es capaz de darle para cubrir estas necesidades. Para emitir este informe el asistente social no está profesionalmente capacitado, no es un especialista, y por lo tanto no entra dentro del art. 92-párr.5º.

Creemos que la intervención del asistente social sólo estará justificada cuando en el caso concreto

---

163. GULOTTA, ya citado, p.31.

164. BERTI, ya citado, p.136; y CESARANO y LOMUSCIO, ya citado, p.144.

se den otras circunstancias añadidas (descuido, sospechas de malos tratos, etc) y siempre con muchos reparos porque supone una intromisión en la vida privada de los padres que tiene que estar especialmente justificada. Conviene no olvidar que la colaboración de los asistentes sociales con los juzgados surgió para resolver adecuadamente los casos de niños en peligro, casos en los que sí estaba justificada una intromisión en la esfera privada de los padres. No se debe llevar por lo tanto esta labor de los asistentes sociales a los pleitos matrimoniales sin más porque en éstos los padres no han cometido ninguna infracción, ningún acto reprobable, ni se sospecha que la hayan cometido, a menos que no ponerse de acuerdo sobre la guarda del hijo sea una actitud que merezca un serio reproche social.

Como conclusión podemos decir que creemos que se debe recurrir al dictamen al que se refiere el párrafo 5º del art. 92 en todos los casos en que ambos padres pidan la custodia de los hijos y se haya comprobado la seriedad de dichas peticiones, que el dictamen deberá limitarse a un estudio psicológico del niño cuya finalidad será descubrir cuál de los dos progenitores podrá cubrir mejor sus necesidades de apoyo psicológico, mientras que la intervención del asistente social quedará circunscrita a aquellos casos en que a la falta de convivencia de los padres se añada alguna otra circunstancia especial.

3. Criterios judiciales

Lo cierto es que en la práctica judicial muy a menudo no se recurre al dictamen del psicólogo y por lo

tanto no es éste el medio que se emplea para saber cuál es la decisión que mejor protege el interés del menor. Por el contrario en Italia se observa una tendencia creciente a recurrir a criterios psicológicos y a dictámenes de psicólogos para conceder la guarda[165].

Tampoco es claro el concepto de interés del menor que utilizan los jueces, aunque todas las decisiones hacen referencia a él. Indudablemente este concepto se refleja en los criterios más concretos que con regularidad aparecen en las sentencias como decisivos para conceder o denegar la guarda.

Estos criterios judiciales de atribución de la guarda presentan una cierta homogeneidad, pero sería necesario un estudio sistemático de la jurisprudencia para llegar a conclusiones fiables. Realizados estos estudios en otros países[166], se ha puesto de relieve la existencia de una gran heterogeneidad, y también la pervivencia de criterios de decisión que se creían superados como la culpa o la concesión sistemática de la guarda a la madre. Desde luego no podemos trasladar sin más estas conclusiones a la realidad de nuestro país, pero es preciso no olvidar que la situación puede ser la misma. Para combatir la heterogeneidad, y la arbitrariedad a que puede dar lugar, ciertos tribunales de los EE.UU. han creado cuadros de criterios *standard*, en base a los cuales se debe valorar en todos los casos la capacidad de cada progenitor para desarrollar adecuadamente la guarda[167]. Los criterios que forman estos

---

165. BERTI, ya citado, p.136.

166. SPARGLIONE, ya citado, en el caso italiano.

167. Ver referencia en SPARGLIONE, ya citado, p.91.

cuadros pueden considerarse más o menos acertados, pero lo más importante es la existencia previa de unos criterios de todos conocidos, lo que refuerza de forma contundente la seguridad jurídica.

Volviendo a los criterios empleados por los jueces en nuestro país, pueden clasificarse en positivos y negativos. Los negativos son los más claros y los más abundantes. Los más claros porque determinadas circunstancias que pueden rodear a uno de los progenitores son consideradas por casi todos, legos y doctos, absolutamente contrarias a la concesión de la guarda. Los más abundantes porque la mayor parte de las controversias están provocadas por la existencia de una de estas circunstancias. Los criterios positivos son los que permitirán decidir en aquellos casos en que simplemente los padres no convivan, sin que exista ninguna de estas circunstancias negativas. Será en estos casos cuando verdaderamente habrá que decidir quién es el más apto para cuidar del niño. Son los casos hasta ahora menos numerosos pero no deben ser olvidados, sobre todo porque son los que sin duda más van a crecer. Estos criterios positivos son los más difíciles de definir[168].

Por último, antes de encarar el estudio de los criterios empleados en la práctica por los jueces hay que tener en cuenta que las resoluciones analizadas son de dos tipos: las sentencias de separación, divorcio o nulidad, en las que se resuelve por primera vez sobre la guarda, y aquéllas otras dictadas en incidente de

---

168. En este sentido DOGLIOTTI, *"L'interesse dei figli nella separazione (A proposito de una ricerca interdisciplinare)"*, DFP 1990, p.222; y DELL'ANTONIO, *"Criteri per l'affidamento dei figli nelle separazioni giudiziali"*, DFP 1990, p.226.

modificación de medidas. En el tema de la guarda éstas últimas son las más numerosas, llegando a constituir más del 60% de las resoluciones que hemos analizado. Aunque en este momento estudiemos los criterios judiciales para decidir sobre la guarda en todos los casos, en el apartado VIII analizaremos con más detenimiento los problemas específicos que plantea la modificación de la guarda.

A. El mantenimiento del *statu quo*

El primer criterio positivo es el del mantenimiento del *statu quo*, el mantenimiento de la situación anterior.

Es un criterio que se puede deducir del propio Código, aunque sólo referido al ámbito de la modificación de medidas: los arts. 90-párr.3º y 91 *in fine* establecen que únicamente se podrán modificar las medidas adoptadas judicialmente o por convenio regulador cuando se alteren sustancialmente las circunstancias. La razón por la cual no se permite la modificación de medidas judiciales sin más, puede ser preservar la fijeza de las decisiones judiciales, o también permitir que el niño (y los padres) viva en una situación relativamente fija en el tiempo, no sometida a continuas revisiones, por considerar que ello es beneficioso para él. Ambos motivos no son incompatibles. Creemos sin embargo que la razón principal de esta norma está en garantizar el interés del menor, lo que nos lleva necesariamente a la conclusión de que para el legislador el interés del menor coincide, en general, con el mantenimiento del *statu quo*.

Así lo han entendido los jueces que lo utilizan como criterio general con el que resolver todos los

problemas que en el ámbito de la situación de los hijos de padres que no conviven se presentan. En particular en lo que hace referencia a la guarda, este criterio es utilizado especialmente cuando inmediatamente después de la separación uno de los progenitores ha desplazado su domicilio a otra población, y también cuando la intervención judicial se produce después un periodo de separación de hecho[169].

Pero creemos que este criterio también podría ser utilizado en los casos de separación simple -es decir, aquéllos en que sólo falta la convivencia de los padres, sin que otras circunstancias califiquen la situación- para decidir a cuál de los progenitores conceder la guarda. En aplicación de este criterio los niños quedarían con aquel progenitor con el cual su vida futura fuese a ser lo más parecida posible a su vida anterior, y para ello deberían quedar con el progenitor que se ocupaba de ellos con más intensidad. Coincidiría entonces este criterio judicial con la interpretación que del interés del menor hace la psicología moderna -y que nosotros acogimos en el apartado VII.1.a.- en el sentido de que el niño necesita estabilidad en sus relaciones, en sus puntos de referencia, y que, en particular en los casos de separación de los padres, lo mejor para él es seguir viviendo con aquél de sus progenitores con el que tenía antes de la separación una relación más

---

169. THERY, *"La référence à l'intérêt de l'enfant, usage judiciaire et ambigüités"*, en BOURGUIGNON, RALLU, THERY, Du divorce et des enfants (1985), (citado por GARE, p.705), considera que éste es el criterio que se debe emplear en estos casos.

intensa[170]. Es cierto que ésta puede ser una manera indirecta de conceder la custodia a la madre en la mayoría de los casos, pero esta vertiente del problema la estudiaremos en el apartado 4.

El mantenimiento del *statu quo* es especialmente importante porque la ruptura de la relación cotidiana entre el niño y el progenitor al que le unen lazos afectivos más fuertes puede suponer para aquél un fuerte trauma que marque todo su desarrollo futuro. En tal sentido se manifiesta GARCIA VICENTE[171], trayendo en su apoyo numerosas sentencias norteamericanas en las que la estabilidad es considerada el criterio rey en las decisiones sobre la guarda. En general, las soluciones adoptadas en EE.UU. en relación a las consecuencias del divorcio deben ser tenidas en cuenta porque la experiencia de aquel país en esta materia es larga y además muy importante por el número de personas afectadas. Según podemos ver en las sentencias que recoge GARCIA VICENTE, el criterio del *statu quo* es decisivo aun en casos en que las circunstancias que rodean al guardador podrían a primera vista desaconsejar que fuera él el encargado de criar a los hijos. Los tribunales consideran que el mantenimiento de unas relaciones estables es para los hijos de una importancia tal que frente a ello deben ser muy graves las deficiencias del que se ha venido ocupando de ellos para que inclinen la balanza en su contra.

En el Derecho español el criterio del mantenimiento del *statu quo* surge como interpretación del

---

170. Ver a este respecto los autores ya citados en el apartado VII.1.a.: GULOTTA, GOLDSTEIN y otros, CESARANO y LOMUSCIO, y GRIMALDI (*"L'affidamento dei figli ..."*).

171. *"Comentario a la STS de 19 de octubre de 1983"*, CCJC 1983, nº 91.

criterio general introducido por la reforma de 1981 de que la guarda debe ser concedida de acuerdo con el interés del menor. Con anterioridad los tribunales habían considerado que los criterios establecidos por el Código eran los adecuados, y éstos, como ya vimos, no tenían en cuenta la estabilidad como una de las necesidades del niño. Así la STS de 3 de marzo de 1950[172] condenaba a la madre a entregar al padre al hijo que había cumplido 3 años, en aplicación del art. 1887/LEC que regulaba las medidas provisionales concediendo el cuidado de los hijos menores de 3 años a la madre, y el de los mayores de esta edad al padre. Decía el Tribunal Supremo que era doctrina reiterada (Sentencias de 13 de febrero de 1909 y 20 de noviembre de 1912) «que asiste al padre el derecho a reclamar a sus hijos mayores de la indicada edad si la madre se niega a entregárselos». Pero ya en la STS de 19 de octubre de 1983[173] se aplica el criterio de la estabilidad, considerando que la convivencia de la madre con otro hombre, a pesar de ser reprobable desde el punto de vista social, «no alcanza trascendencia ética suficiente para determinar una mutación en la guarda, derecho éste primordialmente orientado en favor de la menor, y que en el supuesto de su variación podría, tal vez, actuar de manera negativa sobre la actual situación de la menor».

Los tribunales españoles hacen actualmente una generosa aplicación de este criterio, sobre todo en el ámbito de la modificación de medidas. Podemos destacar la reiteración con que los tribunales consideran que no se debe cambiar una situación que hasta el momento ha dado

---

172. RA 703.

173. CCJC 1983, nº91, Comentario de GARCIA VICENTE.

buenos resultados[174]. También pueden encontrarse algunas sentencias en las que tal criterio se aplica inmediatamente después de la ruptura de la convivencia: en tal caso la mayor intensidad de la relación de uno de los progenitores con el hijo durante la vida en común es uno de los criterios que favorecen la concesión de la guarda a ese progenitor, aunque nunca sea el único criterio en que se sustenta[175].

Los Tribunales españoles consideran hoy en día de tal importancia para el niño el mantenimiento del *statu quo* que en ocasiones justifica la concesión de la guarda a un tercero, aunque el progenitor que la solicita no haya incumplido sus deberes. Así la SAP de Santa Cruz de Tenerife, de 5 de julio de 1989[176], a la muerte de la madre, que ostentaba la guarda de la hija, concedió ésta a los abuelos maternos con los que madre e hija habían convivido al considerar que no era «conveniente para la menor un cambio radical de su guarda y custodia para atribuírsela de golpe al padre a quien puede considerar un desconocido, pudiendo irrogar evidentes perjuicios para la menor un cambio brusco y súbito en su convivencia». La misma solución había sido adoptada en Francia en varias ocasiones[177] antes de la reforma de la patria

---

174. SAT Bilbao, 8 de julio de 1987 (La Ley 1987-4, p.763); SAT Pamplona, 28 de marzo de 1988 (RGD 1989, p.1657); SAT Valencia, 29 de abril de 1988 (La Ley 1988-3, p.374); SAT Valladolid, 20 de junio de 1988 (RGD 1989, p.7258).

175. SAT Zaragoza, 5 de febrero de 1988 (RGD 1989, p.4235); SAT Pamplona, 28 de noviembre de 1988 (RGD 1989, p.1660); SAP Zaragoza, 24 de febrero de 1989 (RGD 1989, p.2898).

176. RGD 1990, p.1005.

177. Req., 5 de junio de 1931 (citada por SIMLER, p.693, nota 22), y C.A. París, 1 de junio de 1954 (RTDC.1954.638).

potestad por Ley de 4 de junio de 1970, y el art. 373-3 surgido de esta reforma prevé expresamente que tal decisión pueda ser adoptada a la muerte del guardador, a instancias de la familia o del ministerio fiscal.

B. La no separación de hermanos

Este criterio, que aquí estudiaremos en su aplicación judicial, es en cierta medida manifestación del anterior, puesto que la razón en que se sustenta es que el mantener a los hermanos unidos es un factor de continuidad respecto de la situación anterior a la separación, que ayuda a los niños a superar las dificultades que ésta suele acarrearles.

Es, como vimos, un criterio legal (art. 92-párr.4º), de carácter secundario y sólo indicativo. Con estas características se adapta plenamente al verdadero interés del menor.

Por el contrario, consideramos que en ciertos casos la aplicación que de él hacen los tribunales peca de excesivo automatismo. En efecto, en los casos en que, por las circunstancias que sea, se considera que uno de los hijos sólo puede quedar bajo la custodia de uno de los progenitores, automáticamente se concede a éste la custodia de todos los hijos, con el fin de no separar a los hermanos. También en los casos en que uno de los progenitores sólo pide la custodia de alguno de los hijos, y el otro la de todos, se concede la custodia a este último[178].

---

178. SAT Oviedo, 6 de febrero de 1985 (RGD 1986, p.1027), en donde la madre sólo había pedido la custodia de los tres pequeños, quizás no porque no quisiese tener con ella a los mayores sino respetando la posible voluntad de éstos de vivir con el padre.

Esta aplicación del criterio de la no separación de hermanos no es la más conforme con el interés de los menores. No hay que olvidar que para decidir sobre la guarda los hijos, éstos han de ser considerados individualmente. Hay que buscar por lo tanto cuál es el interés de cada uno de ellos[179], con cuál de sus progenitores se encontrará más a gusto y en mejores condiciones para desarrollarse adecuadamente. En la búsqueda de la respuesta a tal pregunta se tendrán en cuenta multitud de factores, y uno de ellos será que uno o varios de los hermanos viven o han de vivir con uno de los progenitores. Será indudablemente éste un criterio importante para hallar el interés de este menor en concreto, pero no determinante, pues no lo establece así el Código.

Como ejemplo de esta aplicación judicial cuasi-automática podemos fijar nuestra atención en la SAP de Santa Cruz de Tenerife de 28 de julio de 1988[180]. En el caso de autos, la hija mayor, de 18 años, había denunciado al padre por violación, y el procedimiento había sido sobreseído. Esta circunstancia hacía que necesariamente esta hija hubiese de convivir con la madre (no se hacía referencia al hecho de que al tener 18 años podía vivir con quien quisiese, sin que ninguna justificación fuese necesaria). Se debatía en el proceso la custodia de la hija menor, de 16 años. El tribunal consideró que en atención a la recomendación de no separar a los hermanos, la custodia debía ser concedida a la madre. Como vemos la aplicación de este criterio se hizo de forma automática,

---

179. SAP Santa Cruz de Tenerife, 20 de diciembre de 1988 (RGD 1990, p.991): «el mayor beneficio de los hijos prevalece en cada caso sobre las normas legales que contienen soluciones para la cuestión como ... el art. 92».

180. RGD 1989, p.1789.

sin investigar si la solución a que llevaba era realmente conforme con el interés de la menor en cuestión. Esto supone en realidad considerar que el interés de la menor consiste necesariamente en vivir con su hermana, sea cuál sea la relación que mantenga con su madre o con su padre. Es particularmente llamativo en este caso que no se haga mención a la audiencia de la menor, en una edad en la que no sólo es obligatoria sino, que suele ser considerada de especial relevancia la opinión expresada.

Finalmente llama la atención la concepción que algunos jueces o magistrados tienen de la necesidad de no separar a los hermanos. Así la SAT de Bilbao de 27 de marzo de 1986[181] declara que «salvo circunstancias muy especiales, los hijos deben ser destinados a uno sólo de los cónyuges, por ser de interés de la Ley y también de los propios afectados», de donde parece deducirse que este criterio, pensado para otra cosa, sólo indirectamente defiende el interés de los menores.

Este criterio apareció en las decisiones judiciales con anterioridad al momento en que fue recogido por el Código civil. Así la SAP de Valladolid de 28 de mayo de 1979[182] decidió no separar a los hermanos durante el procedimiento, a pesar de que los criterios legales para las medidas definitivas entonces vigentes establecían expresamente la separación de los hermanos según edad y sexo. También la SAT de Albacete de 10 de abril de 1982[183] empleó entre otros este criterio, a

---

181. La Ley 1986-3, p.146.

182. Citada por RIVERO, "*Las relaciones paterno-filiales...*", ya citado, p.87.

183. RGD 1983, p.2144.

pesar de ser de aplicación la legislación anterior a la Ley de 7 de julio de 1981.

C. La capacidad para permitir una adecuada relación entre el niño y el otro progenitor

Es un criterio nuevo que empieza a adquirir relevancia a nivel judicial, siendo además tal solución refrendada por la doctrina.

Su base se encuentra en que para el equilibrio del menor es un factor importante la no desaparición de la figura del no guardador, que aunque no fuese la principal figura parental, jugaba indudablemente un papel importante en su vida. Ya vimos que las críticas al sistema de la guarda unilateral hacían especial referencia a las consecuencias que para los niños tiene la desaparición de una relación verdadera con el progenitor no guardador. Por ello la doctrina ha considerado que un factor que permite valorar la adecuación de uno de los progenitores como guardador es su capacidad para permitir que el niño mantenga con el otro progenitor una verdadera relación paterno-filial, carente de tensiones, que le permita disponer de dos figura adultas con las que poder identificarse y así desarrollarse adecuadamente[184].

No es desde luego el criterio decisivo, pues lo más importante es garantizar al niño la permanencia de aquélla relación parental que le aporta el apoyo necesario para su desarrollo, pero la capacidad de cada uno de los progenitores para permitir o favorecer que el hijo se relacione correctamente con el otro será un criterio complementario. Así, la SAT de Valencia, de 29 de abril

---

184. GULOTTA, ya citado, p.36; GRIMALDI, *"L'affidamento dei figli ..."*, ya citado, p.194.

de 1988[185], consideró destacable «el comportamiento de la madre en lo concerniente a la educación del menor en sus relaciones con el padre, que ha permitido que el niño conserve el cariño y el respeto hacia su progenitor, como se puso de manifiesto en la exploración practicada», criterio que junto con otros cuatro determinó la no modificación de la guarda que hasta entonces la madre había desempeñado.

D. El deseo del menor

Como ya hemos dicho anteriormente el mandato del legislador no identifica interés del menor con deseo del menor. Sin embargo, puesto que ordena oírle habrá que ver qué valor deben tener los deseos manifestados por el niño, los sentimientos por él expresados.

La finalidad de la audiencia del menor no es saber con cuál de sus progenitores quiere vivir el niño, sino conocer mejor al niño, sus sentimientos, sus opiniones, saber cómo ve él su vida, su relación con cada uno de sus padres, etc. Pero el juez no posee los conocimientos necesarios para saber si lo manifestado por el niño responde a la realidad de sus sentimientos, o si por el contrario se debe a reacciones patológicas ante las circunstancias en que ha vivido[186], o a que ha sido adoctrinado (aunque esto último es más fácil de detectar)[187]. Por ello, más útil para llegar a un verdadero conocimiento del niño que la propia audiencia por el juez

---

185. La Ley 1988-3, p.374.

186. Ver los ejemplos recogidos por CANOVA y GRASSO, p.738, y BERTI, p.140, ya citados con anterioridad.

187. DOGLIOTTI, *"L'interesse dei figli ..."* , ya citado, p.223; y también en *Separazione e divorzio, ...*, ya citado, p.164.

puede ser el estudio psicológico, al que ya dijimos que en nuestra opinión se debía recurrir casi siempre. El informe psicológico presenta además otra ventaja en lo que al deseo del menor se refiere, pues mientras que el deseo claramente manifestado por el niño puede crear en él sentimientos de culpa por haber preferido a uno de sus padres frente al otro[188], el mismo deseo conocido a través de pruebas psicológicas no tiene ninguna consecuencia para el niño.

A la hora de analizar el valor que se le debe dar al deseo del niño se debe distinguir entre el deseo simplemente verbalizado por el niño y el deseo profundo conocido gracias al análisis del psicólogo. El valor del primero debe ser muy relativizado en función de la edad del menor. El segundo, explicado por el psicólogo, corresponderá realmente a la forma en que el niño vive su relación con cada uno de sus padres, con cuál se siente más seguro, más apoyado, qué presencia le es más necesaria para desarrollarse de forma armoniosa, y deberá tener por lo tanto un valor importante a la hora de decidir. Así lo refleja la SAP de Palma de Mallorca, de 10 de junio de 1991[189], al decir que la «resolución de instancia no viene determinada por las manifestaciones de una de las hijas (...) sino por las conclusiones de un dictamen pericial». Sin embargo a veces el deseo manifestado por el niño de corta edad es apartado sin más indagaciones sobre su razón de ser[190].

---

188. BONNARD, ya citado, p.56.

189. RGD 1992, p.761.

190. SAP Santa Cruz de Tenerife, 16 de noviembre de 1988 (RGD 1989, p.1791).

El deseo del menor adquiere mayor relevancia a medida que va aumentando su edad. La razón normalmente esgrimida es que es más difícil manipular la opinión del hijo a medida que crece. Esto no es siempre cierto pues los adolescentes pueden ser sensibles a ciertas ventajas materiales o a la promesa de mayor libertad, circunstancias que no tienen porqué convenir a su interés objetivamente analizado. Sin embargo creemos que la razón fundamental es otra, muy bien expresada por la Sentencia n.3776 de la Corte di Cassazione italiana, de 2 de junio de 1983[191]: «que un adolescente manifieste sentimientos de repulsa hacia el que ha sido su guardador es causa suficiente para modificar la guarda, independientemente de la culpa de uno o de los méritos del otro, e independientemente de la base de tales sentimientos, de los cuales sólo debe ser tenido en cuenta si conceder la guarda al mismo progenitor puede producir una radicalización dañosa de estos sentimientos de aversión». Este es el problema. Será necesario investigar si el deseo del menor es un puro capricho y por lo tanto el no atender a tal deseo no tendrá consecuencias, o si por el contrario ese mismo deseo es más profundo (esté o no justificado) y no conceder lo que se pide puede ser dañoso para el niño y para la propia relación con el progenitor. También interviene otro factor, resaltado por BONNARD[192], y es que a los adolescentes de una cierta edad es muy difícil obligarles a vivir con quien no quieren, lo que lleva a los jueces a tener en cuenta su opinión. Así vemos como

---

[191]. Rep. Foro It. 1983, voz "Separazione dei coniugi", n.56).

[192]. Ya citado, p.50.

la SAP de Madrid de 19 de julio de 1989[193], deció conceder la guarda al padre, tal como el hijo (cercano a la mayoría de edad) había siempre deseado, «no habiéndose podido conseguir que residiera en el domicilio de su progenitora». Esta tendencia puede encontrarse en todos los ordenamientos, y va incrementándose a medida que se les reconoce una mayor autonomía a los adolescentes. Así, la praxis judicial italiana consolidada considera que como regla general se debe tener en cuenta la elección del menor cuando se trata de un adolescente maduro[194]. La evolución en este sentido ha sido grande y resulta llamativo ver como en 1962 se planteaba un tribunal francés[195] a quién conceder la guarda de un joven de 18 años (entonces menor de edad), y como el hecho de que se resolviese teniendo en cuenta el deseo que había expresado podía ser considerado una novedad[196].

Por último, creemos que la importancia que se debe dar al deseo manifestado por el niño no es la misma en todos los ámbitos de decisión del juez. Así veremos en el Capítulo Séptimo que en relación con el derecho de visita el deseo manifestado por el menor de no mantener relaciones con uno de sus progenitores es apartado con relativa facilidad. La razón está en que el trastorno que puede suponer para el niño el tener que pasar unas cuantas horas con una persona que no le es grata no es

---

193. RGD 1989, p.6968.

194. BOCCACCIO, *"Ancora sull'affidamento della prole e sull'autonomia del minore"*, DFP 1990, p.881.

195. Trib. de Seine, 3 de febrero de 1962.

196. SIMLER, ya citado, p.723.

suficiente (salvo casos graves) para eliminar toda relación del niño con uno de sus padres.

E. La convivencia del progenitor con otra persona

Es éste un criterio que se encuentra a caballo entre los positivos y los negativos. La convivencia del solicitante de la guarda con una nueva pareja ha sido tradicionalmente considerada una circunstancia contraria a la concesión de la guarda, bien por considerarse inmoral (en los casos de convivencia no matrimonial), bien por considerarse que en general al niño no le convenía convivir con persona distinta de su padre o madre (ya se tratase de matrimonio o de convivencia no matrimonial). Como circunstancia negativa sigue alegándose en los procesos por la parte que se opone a la concesión de la guarda. Pero curiosamente, la circunstancia alegada en contra se transforma a menudo en una circunstancia favorable, por considerar los jueces cada vez más que la existencia de un ambiente familiar en el hogar del que solicita la guarda beneficiará al menor. La misma opinión sostiene también la doctrina, aportando un argumento suplementario: el hecho de que el progenitor mantenga una relación afectiva de pareja devuelve la relación entre progenitor e hijo a sus verdaderas dimensiones, sin que el niño sienta el peso que supone ser el único apoyo afectivo de su progenitor[197].

El cambio producido es síntoma de una gran evolución social, rápidamente reflejada por las decisiones judiciales. Ya en 1983 el Tribunal Supremo consideró

---

[197]. Opinión que con mayor amplitud podemos encontrar en GRIMALDI, *"L'affidamento dei figli ... ", p.186.*

que la convivencia de la madre con un hombre separado, aunque era motivo de reprobación social, no era causa suficiente para privarla de la guarda[198]. Con posterioridad los tribunales han abandonado totalmente la idea de que la convivencia con una nueva pareja fuese razón para denegar *a priori* la guarda[199], y han empezado a considerarla como un factor positivo, en general. Esta misma evolución se ha producido en los países de nuestro entorno[200], causando cierta sorpresa la rapidez con que se ha verificado[201].

Acabados los prejuicios contra esta circunstancia, habrá de ser tenida en cuenta como uno más de los datos fácticos que es necesario analizar para hallar la solución que mejor proteja el interés del niño. Esta es la actitud de los jueces en general, que suelen valorar la relación afectiva entre el niño y esa persona[202], el

---

198. Sentencia de 19 de octubre de 1983 (CCJC 1983, nº91).

199. Aunque todavía algunas sentencias reflejan una cierta valoración negativa. Por ejemplo la SAT Valencia, 29 de abril de 1988 (La Ley 1988-3, p.374), que aunque funda su decisión en otras razones muy poderosas, añade que «no parece conveniente imponer al menor una convivencia forzosa con la mujer ... con que éste (el padre) convive actualemente».

200. Véase, por ejemplo, Trib, di Genova, 22 de septiembre de 1988 (DFP.1990, p.871).

201. BOCCACCIO (ya citada, p.883): «¡como ha cambiado la lógica de las sentencias!».

202. Trib. di Genova, 22 de septiembre 1988 (DFP.1990, p.871).

ambiente familiar que tal convivencia supone[203], las relaciones con los hijos de esa persona[204], etc.

F. Enfermedad mental, alcoholismo

Estas circunstancias tradicionalmente han sido consideradas incompatibles con el desempeño de la guarda. Esta convicción se encuentra profundamente anclada en la conciencia social, lo que hace que en tales circunstancias sea la propia madre la que renuncie a solicitar la guarda. Prueba de ello es que prácticamente no existen sentencias en las que se discuta la concesión de la guarda a madres aquejadas de enfermedades nerviosas, mientras que muchas sentencias dictadas en incidente de modificación de medidas se hace referencia a que en el momento de la separación la guarda fue otorgada al padre de común acuerdo debido a la enfermedad que aquejaba a la madre[205]. Si tenemos en cuenta lo raro que es en nuestra sociedad que las madres renuncien a la custodia de sus hijos, podemos darnos cuenta de la importancia que tiene este factor[206].

---

[203]. SAP Zaragoza, 9 de enero de 1987 (ALBACAR, recopilador, *Sentencias de las Audiencias Provinciales, 1987*, Ed. Ministerio de Justicia, Madrid).

[204]. SAT Bilbao, 23 de mayo de 1988 (La Ley 1988-4, p.201), que a pesar de considerar probado que el hijo no se lleva bien con las niñas, estima que ello no puede afectar a su desarrollo.

[205]. SAP Santa Cruz de Tenerife, 16 de noviembre de 1988 (RGD 1989, p.1791); SAP Murcia, 8 de marzo de 1990 (RGD 1991, p.9816); SAP Palma de Mallorca, 10 de junio de 1991 (RGD 1992, p.761).

[206]. DOGLIOTTI (*"Infermità mentale e diritto di familia"*, Riv. Trim. Dir. Proc. Civ. 1986, p.1354), dice que los raros casos en los que se confía la guarda al padre, son casi siempre consecuencia de la existencia de una enfermedad mental, presente o pasada, en la madre.

Hoy en día sin embargo empiezan a levantarse voces contra la asimilación entre enfermedad mental e ineptitud para el desempeño de la guarda, como la de DOGLIOTTI (antes citado), o las de CESARANO y LOMUSCIO[207]. Estos últimos autores han comprobado que en los informes periciales realizados para resolver sobre la guarda se ha producido una evolución: los desequilibrios psicológicos han dejado de tener relevancia, salvo en los casos de graves trastornos de la personalidad, y es la mayor o menor madurez de cada uno de los progenitores el criterio que ha adquirido relevancia. Sin embargo, no todas las voces son de la misma opinión, y así GRIMALDI[208] considera comprobado que cuanto mayor es el desequilibrio psíquico del guardador más relevantes son los problemas psicológicos del niño.

También los tribunales han variado sus criterios y hoy en día no es raro encontrar sentencias en las que se manifiesta que la enfermedad mental de uno de los progenitores no es óbice para que se le encomiende la custodia de los hijos[209], existiendo incluso alguna sentencia en la que se niega la privación de la guarda a una madre a pesar de padecer alcoholismo (acusación considerada más grave hasta hace poco, porque se acompañaba de reprobación moral), por no tener ello repercusiones en la atención a los menores[210]. Existen sin embargo

---

207. Ya citado, p.149.

208. *"L'affidamento dei figli ..."*, ya citado, p.188.

209. SAP Santa Cruz de Tenerife, 16 de noviembre de 1988 (RGD.1989, p.1791), Sentencia del JPI nº3 de Granada, 16 de noviembre de 1992 (inédita).

210. SAT Pamplona, 3 de noviembre de 1988 (La Ley 1989-3, p.720).

sentencias en que la existencia de inestabilidad psíquica en el pasado, no comprobada en el presente, se considera causa sino suficiente al menos coadyuvante para la denegación de la custodia[211].

Creemos que puede ayudar a relativizar las consecuencias que el alcoholismo o la enfermedad mental de uno de los padres puede o debe tener en la concesión de la guarda la comparación de esta situación con la que se produce cuando no existiendo separación, uno de los padres o ambos están aquejados de los mismos males. En este caso tales circunstancias no se consideran razón suficiente para retirar la guarda a los padres -a no ser que tengan especiales consecuencias sobre los hijos-, al pensar que los hijos estarán mejor con sus padres. La conclusión debe ser parecida en el caso de la separación puesto que para los niños es muy importante vivir con aquél de sus progenitores que cumple las funciones de progenitor psicológico y la existencia de alguna enfermedad no es óbice para que siga desempeñando dicha función.

La drogodependencia merece tratamiento aparte. Sólo hemos encontrado una sentencia sobre la guarda en la que se haga mención de este problema[212], y el propio hecho de que en el caso sea el ministerio fiscal el que solicite que se prive a la madre de la guarda para concedérsela a los abuelos maternos demuestra que se trata de situaciones marginales, al menos hoy en día.

---

211. SAP Granada, Sec.3º, 28 de octubre de 1992 (inédita).

212. SAT Oviedo, 11 de junio de 1988 (RGD 1989, p.3363).

G. Vida desordenada

A veces se ha alegado como criterio negativo la vida inmoral del solicitante de la guarda, pero sobre todo, la vida desordenada en cuanto se traduce en falta de atención a los niños. La respuesta puede ser similar a la dada en el caso anterior: si la forma de vida del progenitor repercute sobre los niños no se le podrá conceder la guarda, si no repercute sí[213]. El ejemplo más claro de aplicación de este criterio en el sentido señalado lo encontramos en una sentencia norteamericana citada por GARCIA VICENTE[214]. El juez afirmaba que «la moralidad o inmoralidad, e incluso desórdenes sexuales no pueden ser considerados falta a los deberes de custodia... El derecho de la mujer divorciada a tener actividades sexuales privadas, mientras no afecte a los niños, es un derecho contenido en el espíritu de la declaración de derechos fundamentales». En nuestro país, la SAT de Madrid, de 13 de febrero de 1989[215] consideró que «la conducta desenfadada de la madre en su relación con los hombres (...) no parece pueda calificarse de ejemplar en cuanto a las niñas», pero no se sabe bien qué consideración se le dió a esta circunstancia, sobre todo porque no fue el criterio decisivo para privar a la madre de la guarda.

Desde luego será difícil saber si la vida "desordenada" de uno de los progenitores puede tener

---

213. SAT Bilbao, 4 de marzo de 1988 (La Ley 1988-3, p.707), donde se pone de relieve que la madre al salir hasta altas horas de la noche todos los fines de semana, no se ocupa de los niños a la mañana siguiente.

214. Caso Felman v. Felman, Supreme Court, Appelate Division, Second Department, 1974, 45 A.D.320, Juez Benjamin.

215. RGD 1989, p.3021.

repercusiones sobre los niños en los casos en que se trate de una primera decisión sobre la guarda. Pero hemos de tener en cuenta que las decisiones sobre la guarda nunca parten de cero (salvo que se trate de un recién nacido[216]), y que de la experiencia anterior, aunque no haya habido separación previa, será fácil sacar consecuencias.

H. Otras circunstancias tenidas en cuenta

Además de los criterios hasta ahora analizados son muchas las circunstancias que pueden ser tenidas en cuenta por el juez al decidir cuál es la solución que mejor protege el interés del niño. Algunos son criterios secundarios, no decisivos por sí solos, como el que uno de los padres tenga un trabajo absorbente o con horarios difíciles[217].

Pero otros pueden ser de especial trascendencia. Este es el caso de las creencias religiosas o similares de los padres. En el caso que resolvió la STS de 27 de febrero de 1980[218], la guarda de la hija de 2 años fue concedida al padre culpable de la separación

---

216. Indudablemente en la realidad se dan muchas circunstancias (separación anterior al nacimiento, padres no casados que no conviven) en las que se podría abrir una disputa sobre la guarda al nacer el niño, pero la tendencia a que sea la madre la que se ocupe de los hijos es a estas edades prácticamente indiscutida. Nuevas perspectivas se abren sin embargo con las maternidades de sustitución. Al no reconocerse en nuestro ámbito jurídico validez a estos acuerdos, la madre portadora se puede negar a entregar al hijo. El que es padre natural del niño puede reclamarlo, y en estos casos es muy posible que lo haga. Este fue el problema que resolvió la sentencia de la C.A.Bordeaux de 23 de noviembre de 1988 (D.1990.J.2-81, nota de Jean HAUSER).

217. SAP Palma de Mallorca, 10 de junio de 1991 (RGD 1992, p.761).

218. RA 1012.

(con una regulación legal en que la madre, aun culpable, tenía siempre la guarda de los hijos menores de 7 años, salvo circunstancias excepcionales) porque el tribunal consideró que el hecho de que la madre fuese testigo de Jehová constituía un peligro para la vida de la niña, que no podría recibir una trasfusión de sangre en caso de necesitarla. Este tipo de cuestiones está llamado a aumentar a medida que las creencias de la población española se vayan diversificando (bien por la mayor presencia de extranjeros, bien por las conversiones de los nacionales) y no exista la coincidencia de creencias que hasta ahora solía haber entre los padres de un niño. Así lo pone de manifiesto la SAT de Bilbao de 14 de octubre de 1987[219] en la que la pertenencia de la madre a una escuela de meditación trascendental, a cuyas actividades la habían acompañado los hijos, era considerada motivo de privación de la guarda por el padre. El Tribunal, a pesar de comprender la "preocupación" de éste (lo que indudablemente supone un juicio negativo de esas creencias), deniega la modificación solicitada por haberse comprobado el perfecto desarrollo de los niños.

Un criterio peculiar es el que podemos llamar "de la organización prevista". Se refiere a las previsiones que hayan hecho los padres demandantes de la guarda para organizar esa vida nueva, en cuanto a vivienda (en su caso), horarios, colegio, cuidado del niño por terceras personas si es necesario, posible ayuda de familiares, etc. Puede ser un criterio positivo, pero sólo como complemento de otros más decisivos. Pero también puede ser un criterio negativo que sirva al juez para comprobar la seriedad de las peticiones de guarda.

---

[219]. La Ley 1988-1, p.418.

Si nada se ha previsto sobre la forma en que se cuidará del niño el juez podrá dudar de que tal petición sea realmente seria y no encubra finalidades distintas (a veces totalmente respetables, como puede ser el deseo de que los hijos no piensen que uno de sus padres no desea tenerlos con él).

Por último, podemos hacer referencia a la culpa como criterio de concesión de la guarda. Presente en nuestro Ordenamiento hasta 1981, ha desaparecido total y verdaderamente de nuestra praxis judicial, en una evolución mucho más rápida de que se ha producido en otros países[220].

4. El problema de la discriminación por razón del sexo en la concesión de la guarda

El tema de la guarda de los hijos de padres separados despierta críticas por la discriminación que para el hombre supone el que casi siempre se conceda la guarda a la madre. En nuestro país ésta era la solución que expresamente recogía el art. 159 para los hijos menores de 7 años hasta que fue reformado por la Ley de 15 de octubre de 1990, sobre reforma del Código civil en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo. Pero no creemos que la desaparición de tal artículo haya de tener verdadera repercusión en las cifras de concesión de la guarda al padre y a la madre, principalemente por dos razones. En primer luar, el art. 159 no se aplicaba habitualmente en los procesos matrimo-

---

220. En Italia, según el estudio realizado por SPARGLIONE (ya citado, p.88) en 1983 se seguía utilizando con relativa frecuencia la culpa como medida de la capacidad educativa del progenitor, a pesar de que tal criterio había desaparecido definitivamente de la legislación en 1975.

niales porque existían dudas sobre su ámbito de aplicación: ¿regulaba sólo la guarda de los hijos no matrimoniales y la de los matrimoniales en los casos de separación de hecho, o la de todos los hijos? La segunda razón es que vigente aquel artículo no existía una frontera entre las decisiones que afectaban a los hijos menores de 7 años y las que afectaban a los mayores de esa edad, siendo similares los criterios empleados en todas ellas. La desaparición del art. 159 no tiene por lo tanto porqué repercutir en la concesión de la guarda en función del sexo.

Este problema no es sólo propio de nuestro país. En Francia tal discriminación se encuentra expresamente recogida en la legislación cuando de padres de hijos naturales se trata, pues la guarda se concede por ley a la madre (aunque quepan modificaciones posteriores). Además, en los casos de hijos matrimoniales, el porcentaje de concesión de la guarda a la madre ronda el 85%[221]. En Italia el porcentaje de concesión de la guarda a la madre ronda el 80%[222].

Volviendo a nuestro país, en primer lugar creemos necesario situar el problema en su verdadera dimensión numérica. El porcentaje de concesiones de guarda a la madre es el 90% del total, pero si tenemos en cuenta sólo aquellos procesos en que ambos progenitores han pedido la guarda, el porcentaje de concesión a la madre se reduce drásticamente. A primera vista parece que la razón del bajo porcentaje de padres guardadores no es

---

221. MAZEL, ya citado.

222. GULOTTA, ya citado, p.33.

que los jueces no concedan la guarda a los hombres, sino que éstos no la solicitan. Mas quizás la interpretación no sea tan simple. Más adelante veremos qué conclusiones podemos obtener del análisis de los hechos.

Podemos a continuación analizar algunos criterios empleados para conceder o denegar la guarda, en especial desde el punto de vista de una posible discriminación por razón de sexo.

Son muchas las sentencias que conceden la guarda a la madre al considerar que ella es, por ser de sexo femenino, la más apta para cuidar a los hijos[223]. Esta solución es indudablemente discriminatoria porque se basa en un *a priori*. No lo será por el contrario considerar que en el caso concreto sobre el que se decide, la madre es la más apta para dicho cuidado, siempre que tal afirmación no sea una coartada, por lo que la mayor aptitud deberá estar motivada.

Creemos que considerar que se debe escoger en cada caso como guardador al progenitor que se haya ocupado con más intensidad y habitualidad del menor (en aplicación del criterio de que al niño le conviene mantener la relación parental que era más intensa hasta entonces) no será discriminatorio aunque designe en la mayoría de los casos a la madre. No será discriminatoria porque el mayor porcentaje de concesión a la madre no se

---

[223]. SAT Valencia, 29 de abril de 1988 (La Ley 1988-3, p.374); SAP Santa Cruz de Tenerife, 16 de noviembre de 1988 (RGD 1989, p.1791); SAT Pamplona, 28 de noviembre de 1988 (RGD 1989, p.1660); SAT Madrid, 27 de diciembre de 1988 (RGD 1989, p.1410); SAP Valencia, 2 de marzo de 1991 (RGD 1992, p.5408); SAP Valencia, 7 de marzo de 1992 (RGD 1992, p.3421).

PAPI, (*"Il giudice e l'affidamento"*, en AA.VV., Affidamento dei minore ... (1984), p.72.), juez de familia durante más de 20 años, declara que este es el criterio principal cuando los hijos son pequeños.

basa en un *a priori* según el cual a cada sexo corresponden determinadas habilidades, sino en la realidad de nuestra sociedad en la que son las mujeres las que siguen ocupándose prioritariamente del cuidado de los hijos. Además, en los casos en que ambos padres pidan la custodia este mismo criterio no designará necesariamente a la madre pues es plausible pensar que tal demanda se deberá frecuentemente a que ambos progenitores mantienen una fuerte relación con el hijo, de la que no se quieren ver privados. Indudablemente en algunos casos la petición de uno de los dos podrá deberse a otros motivos (deseo de fastidiar al otro, preocupación porque los hijos se sientan rechazados, etc). En tales casos el criterio de la organización prevista, que ya vimos, podrá ser empleado, junto con otros, para eliminar las peticiones poco serias.

Por último, hay algunas sentencias que conceden la guarda a la madre porque no trabaja y tiene por lo tanto más tiempo para ocuparse del menor[224]. Si tenemos en cuenta que un padre no sería nunca preferido por tales circunstancias, sino al contrario, se consideraría que está en peor situación para atender a los hijos porque está en paro -tal como hace la SAP de Murcia de 8 de marzo de 1990[225]- este criterio es indudablemente discriminatorio. Por otra parte es incongruente con el art. 97 que considera una desventaja objetiva el que uno de los cónyuges que se separan no trabaje ni tenga oportunidad de hacerlo. El art. 97 está asumiendo un modelo de familia en el que ambos cónyuges trabajan como el ideal

---

[224]. SAT Bilbao, 23 de mayo de 1988 (La Ley 1988-4, p.201); SAT Madrid, 27 de diciembre de 1988 (RGD 1989, p.1410).

[225]. RGD 1991, p.9816.

a alcanzar, mientras que las sentencias que conceden la guarda a la madre por el motivo que aquí analizamos siguen asumiendo el modelo de una familia en la que la madre se dedica exclusivamente a las tareas del hogar y al cuidado de los hijos.

Una vez analizados estos criterios podemos preguntarnos sobre la realidad o falsedad del problema de la discriminación del hombre en relación con la guarda de los hijos. Creemos que las razones por las que existe un número tan pequeño de padres guardadores son dos. La primera es que los padres no piden la guarda. No nos corresponde a nosotros hallar las razones, pero creemos poder afirmar, sin temor a errar en exceso, que muchos padres están convencidos de que los hijos estarán mejor con la madre que con ellos, porque no están acostumbrados a ocuparse de forma principal de la crianza de los hijos.

Pero una segunda razón puede encontrarse en el comportamiento de los tribunales. Del análisis que de los criterios empleados hemos realizado se puede deducir que en general los jueces siguen considerando que la función de la mujer es criar a los hijos, y que por lo tanto lo hace mejor que el hombre. Esta concepción no sólo se puede apreciar cuando así se manifiesta expresamente (muy a menudo), sino también en la forma en que se analizan por los jueces todos los demás criterios. El juez parte de la idea de que en principio la madre es la más apta para cuidar de los hijos, por lo que sólo la existencia de grandes deficiencias, en ella misma, en su comportamiento, en las circunstancias que la rodean, pueden deshacer esa presunción, y esta concepción influye en el

análisis de todos los criterios que los jueces emplean para conceder la guarda. Esta es también la conclusión a la que llega MAZEL[226] después de realizar el análisis de 125 sentencias en las que se concedía la guarda al padre, y de los criterios en ellas empleados. Para esta autora llama la atención la acumulación de circunstancias desfavorables para la madre, frente a la discreción con que se tratan las ventajas del padre: «es como si el magistrado, en principio proclive a conceder este derecho a la madre, multiplicase los argumentos propicios a la adopción de una solución excepcional». Esta actitud de los jueces puede ayudar en algunos casos a que los hombres no pidan la guarda, convencidos de que no existe ninguna posibilidad de que les sea concedida y que tal petición sólo provocará un enfrentamiento inútil con la madre.

Creemos por lo tanto que en el bajo porcentaje de padres guardadores confluyen dos factores: la falta espontánea de petición por parte de los padres, y una cierta tendencia de los jueces a considerar que la madre es mejor guardadora, que tiene a su vez dos efectos: hace que menos padres soliciten la guarda, y resuelve en contra de tal petición con más frecuencia.

Creemos que en esta situación debería influir la reforma del art. 159, con la que desapareció de nuestro Código toda preferencia hacia la madre como guardadora. Hasta entonces el juez -aunque no aplicase el art. 159 (por no considerarlo aplicable o porque los niños tenían más de 7 años)- podía extraer de la existencia de tal criterio en el Código la convicción de que

---

226. Ya citado.

para el legislador la madre es en general más apta para cuidar a los hijos, sobre todo cuando son de corta edad. Con la reforma del art. 159 no cabe ya tal interpretación. Por el contrario se debe considerar que para el legislador ambos padres son, en principio, igual de aptos para cuidar a los hijos, y que sólo las circunstancias del caso concreto permitirán realizar una elección correcta.

Esta interpretación debe verse reforzada por la evolución sufrida por los instrumentos internacionales. La Declaración de los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1959 establecía que «salvo circunstancias excepcionales, no deberá separarse al niño de corta edad de su madre» (Principio VI). El Ministro de Justicia declaró que en el origen del art. 159 se encontraba el propósito del legislador de recoger la psicología profunda de dicha Declaración. Pero en la Convención de Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989 (ratificada por España el 31 de diciembre de 1990) ha desaparecido toda referencia expresa a la madre, mientras que el art. 9.1 establece que «Los Estados Partes velarán porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando (...) las autoridades competentes determinen (...) que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria (...) cuando éstos (los padres) viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño». Algún autor[227] considera que la adopción de esta última Convención no significa modificación alguna del referido criterio porque en ella se vuelven a suscribir

---

[227]. LINACERO DE LA FUENTE, *"Acerca de la posible inconstitucionalidad ..."*, ya citado, p.576.

todos aquellos Tratados o Acuerdos internacionales que se interesan por el bienestar del niño, y por lo tanto la Declaración de 1959. Nosotros consideramos que la desaparición de dicho criterio en un instrumento que versa sobre el mismo tema, cuya autoría corresponde al mismo órgano, y que es además de «una minuciosidad extraordinaria y exquisita» -como dice la propia LINACERO DE LA FUENTE-, sólo puede ser interpretada como una modificación de criterio.

VIII. MODIFICACION DE LA GUARDA

Para la modificación de medidas, tanto judiciales como incluidas en convenio regulador, el Código señala un criterio: sólo cabrá tal modificación si la situación que fue tenida en cuenta al establecer aquellas medidas ha variado sustancialmente desde entonces (arts. 90-párr.3º y 91 *in fine*). Este criterio ha sido interpretado de forma rigurosa por los jueces hasta el punto de que, como ya hemos dicho, se ha erigido en el criterio principal de interpretación del interés del menor, considerándose que, en principio, el interés del menor coincide con el mantenimiento del *statu quo*.

Particularmente, en el ámbito de la modificación de medidas el criterio judicial es que no basta que se hayan alterado las circunstancias, sino que es necesario que la situación que ha existido hasta ese momento sea en alguna forma perjudicial para el menor[228], o que la variación de circunstancias sea tal que

---

[228]. SAT Pamplona, 28 de marzo de 1988 (RGD 1989, p.1657).

resulte ya imposible mantener una situación similar a la anterior, aunque sólo sea en cierta medida. Será necesario que se cumpla un tercer requisito, que a menudo no se pone de manifiesto pero que está latente en todas las decisiones judiciales: que la situación que nazca de la modificación de las medidas no sea más perjudicial para el menor que la situación existente[229].

Cuando nos enfrentamos específicamente a la modificación de la guarda, vemos en primer lugar que la modificación de esta medida es objeto de más de la mitad de las sentencias sobre la guarda, mientras que en otros temas (visitas, alimentos) el número de sentencias de modificación es muy inferior. En bastantes ocasiones se trata de casos en que la madre, que padecía algún tipo de problema psíquico en el momento de la separación, lo ha superado o está en camino de superarlo, y pide que se le conceda la custodia[230]. En estos casos los jueces no aplican el criterio del mantenimiento del *statu quo* con el rigor habitual. El requisito de la alteración sustancial de las circunstancias se da indudablemente en estos casos pues como tal ha de ser entendido el que la madre supere un estado de depresión nerviosa o similar. Sin embargo, el segundo requisito según el cual la situación anterior tiene que ser en algún modo perjudicial para el niño, no se exige de forma rigurosa[231]. (Aquí podemos

---

[229]. SAT Palma de Mallorca, 11 de mayo de 1988 (RGD 1989, p.687).

[230]. SAP Santa Cruz de Tenerife, 16 de noviembre de 1988 (RGD 1989, p.1791); SAP Murcia, 8 de marzo de 1990 (RGD 1991, p.9816); SAP Palma de Mallorca, 10 de junio de 1991 (RGD 1992, p.761).

[231]. SAP Santa Cruz de Tenerife, 16 de noviembre de 1988 (RGD 1989, p.1791); SAP Murcia, 8 de marzo de 1990 (RGD 1991, p.9816).

ver una interpretación que favorece el que sea la madre la que desempeñe la guarda).

Otra causa por la que a menudo se solicita lamodificación de la guarda es el cambio de residencia del guardador[232].

También se solicita la modificación de la guarda por circunstancias que ya fueron analizadas como criterios de concesión de la guarda, habitualmente las que tienen o han tenido hasta fechas recientes la consideración de criterios negativos: convivencia con otra persona[233], vida inmoral o desordenada[234], enfermedad mental, alcoholismo o drogodependencia[235]. La aparición de una de estas circunstancias tendrá sobre la guarda efectos similares a los que ya estudiamos, aunque al existir una situación consolidada de convivencia del menor con este progenitor se exigirá habitualmente una prueba rigurosa de que estas circunstancias tienen efectos perniciosos para el menor, o de que existe un riesgo real de peligro que no se puede evitar sino es con la retirada de la guarda. Creemos en definitiva que en estos casos de modificación el efecto negativo de cualquiera de estas circunstancias se ve compensado por el efecto positivo del criterio del mantenimiento del *statu quo*.

---

232. SAT Valencia, 29 de abril de 1988 (La Ley 1988-3, p.374); SAP Bilbao, 11 de diciembre de 1991 (RGD 1992, p.6157).

233. SAP Zaragoza, 2 de junio de 1989 (RGD 1990, p.2908).

234. SAP Bilbao, 4 de marzo de 1988 (La Ley 1988-3, p.707); SAP Valencia, 20 de noviembre de 1989 (RGD 1989, p.8388).

235. SAT Oviedo, 11 de junio de 1988 (RGD 1989, p.3363).

Especial referencia al problema del incumplimiento del derecho de visita como causa de modificación de la guarda

Algunos autores[236] han apuntado la posibilidad de considerar el cambio de custodia como solución al incumplimiento del régimen de visitas por parte del guardador, cuando este incumplimiento sea de tal gravedad que impida al otro progenitor mantener un contacto habitual con el hijo. Este incumplimiento puede consistir bien en la negativa a entregar al niño, bien en inducir en el niño rechazo hacia el progenitor visitante.

Indudablemente el impedir de una forma total o casi total el ejercicio del derecho de visita establecido en sentencia anterior supone una circunstancia nueva, que por lo tanto podría dar lugar a la modificación de medidas. Tal situación no sería aquí contemplada como una circunstancia de Derecho sino de hecho, lo que importa no es el incumplimiento de una decisión judicial y sus posibles sanciones, sino la situación de hecho que crea, es decir, la imposibilidad real que existe de mantener la relación entre el niño y uno de sus progenitores.

También se da en este caso el requisito de que la situación existente sea perjudicial para el menor, pues lo es el no poder relacionarse con uno de sus progenitores, y ello aun en el caso de que el niño no quiera mantener tales relaciones, pues si se estableció dicho régimen a pesar del rechazo del niño fue porque el juez lo consideró beneficioso para él.

---

[236]. RIVERO, *"El derecho de visita ..."*, ya citado, pp.166 y 167, y autores por él citados. También PEREDA GAMEZ, ya citado, p.66.

El tercer requisito -que la situación que nazca de la modificación de las medidas sea más favorable para el menor que la situación existente- es el más espinoso. Desde un punto de vista será más conveniente para el menor vivir en una situación en la que quede garantizada la relación con ambos progenitores. Pero teniendo en cuenta que lo fundamental para el niño es vivir con aquel progenitor al que le une una relación más intensa, con aquél que le da la seguridad y el apoyo necesarios para su correcto desarrollo, no será conveniente el cambio de custodia si supone que el niño pierda esa privilegiada relación cotidiana. Por lo tanto, en muchos casos quedarán enfrentados dos criterios: por un lado el niño tiene que mantener la relación con sus dos progenitores, por otro tiene que vivir con el que le dá más seguridad, más confianza. Ante la oposición de ambos criterios creemos que es éste segundo el que debe vencer. Esta solución no puede ser sin embargo generalizada, pues en muchos casos la negativa a permitir las relaciones con el otro progenitor forma parte de un cuadro patológico de no aceptación de la separación que puede repercutir negativamente en el niño y puede hacer recomendable, sobre todo cuando los hijos alcanzan una cierta edad, un cambio en la guarda.

CAPITULO SEXTO

EL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD

I. CONFUSION TERMINOLOGICA

II. PRECEPTOS LEGALES RELATIVOS AL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD EN LOS CASOS DE NO CONVIVENCIA DE LOS PADRES

III. EL CONCEPTO DE EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD EN LOS CASOS DE NO CONVIVENCIA DE LOS PADRES

IV. REGIMEN DE ATRIBUCION DEL EJERCICIO EN LOS CASOS DE NO CONVIVENCIA DE LOS PADRES EN EL DERECHO EXTRANJERO

1. Francia
2. Italia
3. Alemania

V. REGIMEN DE ATRIBUCION DEL EJERCICIO EN LOS CASOS DE NO CONVIVENCIA DE LOS PADRES EN EL DERECHO ESPAÑOL

1. La interpretación del supuesto de hecho del art. 156-párr.5º
2. ¿Es el ejercicio de la patria potestad uno de los puntos sobre los que necesariamente han de pronunciarse las sentencias de separación, divorcio o nulidad?
3. La interpretación del art. 92-párr.4º
4. Régimen de atribución del ejercicio de la patria potestad en los casos de no convivencia de los padres
   - A. Régimen general
   - B. Otros regímenes posibles
     - a. Vías de establecimiento
     - b. Regímenes que se pueden establecer
   - C. Modificación del régimen de ejercicio

VI. CRITERIOS DE DECISION EN CASO DE INTERVENCION JUDICIAL

1. Criterios legales

A. El interés del menor: el ejercicio individual como expresión del mismo

B. Circunstancias que justificarían la adopción de otros regímenes de ejercicio:

a. El ejercicio conjunto

b. La distribución de funciones

c. La atribución parcial del ejercicio

2. Criterios judiciales: diversidad de posiciones

A. El ejercicio conjunto considerado como la regla

a. Circunstancias que no justifican la alteración de la regla

b. Circunstancias que justifican la concesión del ejercicio individual

B. Los pronunciamientos equívocos: su interpretación

C. El ejercicio individual como regla y sus excepciones

a. Criterios que sostienen la concesión del ejercicio conjunto

b. Criterios que sostienen la concesión de otras modalidades de ejercicio

VII. ESPECIAL REFERENCIA AL ESTABLECIMIENTO DEL REGIMEN DE EJERCICIO POR ACUERDO DE LOS PADRES

VIII. EL CONTENIDO DE LAS DISTINTAS MODALIDADES DE EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD

1. Ejercicio individual

A. Delimitación del ámbito de actuación del guardador-ejerciente exclusivo de la patria potestad

Especial referencia a la cuestión religiosa

B. Posición del no guardador y no ejerciente de la patria potestad

a. ¿Tiene un derecho de vigilancia?

b. Formas de intervención del progenitor que no ejerce la patria potestad

C. Deber de colaboración a cargo de ambos progenitores

2. Ejercicio conjunto
   A. Delimitación del ámbito de actuación individual del guardador-ejerciente
   B. Delimitación del ámbito de intervención obligatoria del no guardador-ejerciente
   C. Protección de los terceros
   D. Solución de los desacuerdos
3. Distribución de funciones
4. Atribución parcial del ejercicio

CAPITULO SEXTO

EL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD

Una de las innovaciones introducidas por la Ley de 13 de mayo de 1981 en el ámbito de la patria potestad fue distinguir entre la titularidad de tal potestad y su ejercicio. Esta distinción no había existido hasta entonces en nuestro ordenamiento a diferencia de otros Derechos de nuestro entorno que tradicionalmente habían distinguido entre la titularidad de la patria potestad, atribuida a ambos progenitores, y el ejercicio de la misma, que correspondía sólo al padre[1]. En nuestro sistema tradicional, vigente hasta la citada Ley, sólo había un titular de la patria potestad -normalmente el padre y sólo subsidiariamente la madre-, al que correspondía tal potestad en toda su amplitud. El resultado práctico de uno y otro sistema era el mismo, puesto que en aquéllos en que se distinguía entre ejercicio y titularidad, el ejercicio absorbía por completo el contenido de la patria potestad, quedando a la madre una titularidad totalmente desprovista de contenido.

La aparición en nuestro Derecho de la figura del ejercicio de la patria potestad no ha despertado

---

[1]. En particular, respecto al Derecho francés, este fue el sistema establecido por el Code Napoléon, en el que se distinguía entre titularidad de la patria potestad, que correspondía a ambos progenitores (art. 213), y ejercicio de la misma que correspondía exclusivamente al padre durante el matrimonio (art. 373). Ver DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon* (1882), Tomo VI, p. 224.

demasiado interés en nuestro país. En particular en el ámbito de las situaciones de no convivencia de los padres, donde parece que habría de tener más trascendencia, sólo se ha debatido el alcance del supuesto de hecho del párrafo 5º del art. 156, llegándose a dos posiciones enfrentadas -una que considera incluidas en el mismo la separación de hecho y la filiación no matrimonial, otra que incluye también la separación legal, el divorcio y la nulidad-, pero sin que ninguno de los dos sectores de la doctrina se haya planteado cuáles son las consecuencias prácticas de adoptar una u otra solución, y sin que por lo tanto se hayan resuelto los problemas prácticos que tales soluciones pueden plantear.

Mas esta posición de la doctrina quizás esté justificada pues parece que en la práctica el ejercicio de la patria potestad no plantea ningún problema, si tenemos en cuenta que ni los padres solicitan pronunciamientos sobre este extremo, ni los jueces dictaminan sobre el mismo al dictar sentencia, ni con posterioridad a la separación o el divorcio se plantean cuestiones sobre este extremo. En la práctica forense sólo un aspecto del ejercicio de la patria potestad aparece como reiteradamente problemático: la imposición de nombre a los recién nacidos, cuestión que ha dado lugar a varias resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado a pesar de que no deben ser muchos los casos en que nacen hijos estando sus padres ya separados.

Esta situación de falta de trascendencia práctica es desconocida en otros países en los que son numerosos los problemas planteados por el ejercicio de la patria potestad, tanto durante el proceso de separación o divorcio, como con posterioridad al mismo.

I. CONFUSION TERMINOLOGICA

Lo cierto es que en nuestro país, debido a la falta de tradición de este concepto, o a la falta de debate teórico y práctico, existe una confusión generalizada entre "titularidad" y "ejercicio" de la patria potestad.

Sin ir más lejos, esta confusión se manifiesta en primer lugar en el propio Código, y más particularmente en el mismo artículo 156 que introduce la distinción entre ejercicio y titularidad de la patria potestad. Así, en su párrafo 5º establece que en el caso de que los padres vivan separados el juez podrá «atribuir al (progenitor) solicitante la patria potestad para que la ejerza conjuntamente con el otro progenitor», cuando en realidad el solicitante es titular de la patria potestad, aunque no del ejercicio, en virtud del primer inciso de este mismo párrafo, y no es necesario por lo tanto atribuirle tal patria potestad, sino sólo concederle el ejercicio conjunto[2].

Por lo tanto, si en el propio artículo que regula el ejercicio el legislador confunde los conceptos de "patria potestad" (en el sentido de titularidad) y "ejercicio", es difícil conceder excesiva trascendencia a la utilización de uno u otro término[3] en otros artículos. Este es particularmente el caso del art. 160 para

---

[2]. Ponen de relieve esta confusión SANCHO REBULLIDA en LACRUZ BERDEJO y otros, ya citado, volumen 2º; también DE LA CAMARA, *"Principios inspiradores de la nueva Ley"*, en Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, tomo III-1º (1984), p.76; y VENTOSO ESCRIBANO,ya citado, p.135.

[3]. En el mismo sentido se manifiesta SEISDEDOS, *La patria potestad dual*, ya citado, p.29, nota 9.

cuya interpretación -como más adelante veremos (Capítulo III)- un sector de la doctrina se basa en la expresión progenitores que "no ejerzan" la patria potestad, entendiendo que este artículo sólo reconoce un derecho de visita a los padres que no tienen el ejercicio de la patria potestad por alguna de las circunstancias del art. 156, pero no a los padres privados de la patria potestad, a pesar de que el resto del artículo puede llevar a consecuencias distintas.

El segundo nivel de confusión se encuentra en la práctica judicial: las sentencias de separación, divorcio o nulidad conceden la "patria potestad conjunta" a ambos progenitores, sin que se sepa qué quieren decir con ello[4], si es que recuerdan lo que la propia Ley establece, es decir, que a pesar de la separación la titularidad de la patria potestad sigue siendo conjunta, o es que conceden expresamente el ejercicio conjunto. Desde luego si esta última es la interpretación correcta de tal medida judicial es preciso señalar que esta medida es adoptada por los jueces de forma automática, sin reflexionar sobre el significado de la misma, sobre la trascendencia que tal concesión tiene en la vida práctica del niño y de sus progenitores, y sin realizar la necesaria adaptación de esta forma de ejercicio a las nuevas circunstancias de no convevivencia de ambos progenitores con el niño.

En cuanto al Tribunal Supremo, sólo ha tenido ocasión de manifestarse sobre estos temas en dos ocasio-

---

4. Ver, entre otras, la SAT de Barcelona de 19 de enero de 1988 (La Ley 1988-2, p.234) que dice «sin que se altere (...) el sistema de patria potestad compartida».

nes. En la sentencia de 28 de febrero de 1984[5] el padre pedía la "patria potestad conjunta", el Tribunal Supremo interpreta que lo que pide es la "titularidad conjunta" de la patria potestad, y considera que no ha lugar a tal petición porque tal titularidad viene establecida por la propia Ley. Considera además que no cabe concederle el "ejercicio conjunto" de la patria potestad pues es cosa distinta, que habría de ser objeto de una nueva demanda. Por el contrario, la sentencia de 19 de octubre de 1992[6] no se detiene en esta distinción y aunque el padre pedía la "patria potestad conjunta", resuelve entendiendo que lo que se pide es el "ejercicio conjunto". Por lo tanto, el camino de rigurosa distinción terminológica que parecía iniciarse con la primera sentencia, queda totalmente truncado con la segunda.

Parece que la única instancia oficial que tiene claro que en nuestro actual Derecho existe una radical diferencia entre "titularidad" y "ejercicio" de la patria potestad es la Dirección General de los Registros y del Notariado, que ya en su Resolución de 31 de mayo de 1984, en respuesta a consulta planteada sobre expedición de duplicado del libro de familia en supuestos de divorcio y separación judicial[7], reconocía tal derecho a aquel progenitor que justificase «que tiene o comparte la titularidad y ejercicio de la patria potestad sobre los hijos». Esta clara distinción entre ambos conceptos se ha mantenido con posterioridad en todas las resoluciones dictadas sobre imposición de nombre a hijos de padres

---

[5]. RA 814.

[6]. AC 1993.152.

[7]. BIMJ nº 1359, de 15 de septiembre.

separados, de las que son buen exponente, las de 18 de febrero de 1985[8], 22 de enero de 1992[9] y 25 de mayo de 1992[10].

El mayor peligro radica en que a veces la confusión terminológica esconde una verdadera confusión conceptual. El ejemplo más representativo lo podemos encontrar en VEGA SALA[11], que dice: «Si concordamos los actuales artículos 86 y 156, C. Civ. tendremos que llegar a la conclusión de que, si los mencionados cónyuges separados de hecho desean pasar posteriormente (...) a una separación legal y, en consecuencia a unas medidas provisionales, no podrá decidirse en éstas sobre los hijos que cada uno tenía bajo su guarda y custodia porque sobre ellos, según lo dispuesto en el párrafo 5º del mencionado artículo 156, C. Civ., sólo tiene la patria potestad aquel de los cónyuges que los tiene bajo su guarda y custodia y la medida 2ª del artículo 103 sólo toma en consideración los hijos "sujetos a la patria potestad de ambos"». VEGA SALA considera por lo tanto que el progenitor que en virtud del art. 156.párr.5º está privado del ejercicio de la patria potestad, está en realidad privado de toda la patria potestad sobre esos hijos (con efectos similares a los del art. 170, suponemos). Vemos pues que la confusión en este ámbito puede llegar a ser gravísima.

---

8. RA 1986, 6835.

9. RA 784.

10. AC 1993-1, a.31.

11. *Síntesis práctica sobre la regulación del divorcio en España* (1982), p.220.

Por lo tanto será necesario evitar toda confusión terminológica, pues es el caldo de cultivo que favorece confusiones conceptuales mucho más graves. Creemos por lo tanto necesario aclarar cuál es la terminología que vamos a emplear: utilizaremos las expresiones "titularidad" y "ejercicio" de la patria potestad para identificar las dos facetas de esta institución, reservando las expresiones "patria potestad" y "patria potestad conjunta", que a menudo se utilizan como sinónimos respectivos de "titularidad" o "titularidad conjunta" de la patria potestad, para referencias más generales a la patria potestad considerada en su globalidad.

Ahora bien, teniendo en cuenta que de la confusión terminológica no están a salvo ni siquiera los autores que con más rigor se han acercado a la distinción entre ejercicio y titularidad, como le ocurre a SEISDEDOS en su obra *La patria potestad dual*, precisamente dedicada al análisis del ejercicio de la patria potestad[12], esperamos ser disculpados en caso de que también a nosotros nos ocurra.

II. PRECEPTOS LEGALES RELATIVOS AL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD EN LOS CASOS DE NO CONVIVENCIA DE LOS PADRES

También como paso previo, señalaremos los preceptos legales que regulan o hacen referencia al ejercicio de la patria potestad, que son los siguientes:

---

[12]. Obra ya citada con anterioridad. Ver por ejemplo, p.269, al criticar la apelación de "guarda conjunta".

- el art. 90: «El convenio regulador (...) deberá referirse, al menos (...): A) (...) el ejercicio de ésta (la patria potestad) ...»;

- art. 92-párr.4º: «Podrá también acordarse, cuando así convenga a los hijos, que la patria potestad sea ejercida total o parcialmente por uno de los cónyuges ...»;

- art. 156-párr.5º: «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».

El art. 91, que regula en general las medidas que habrá de adoptar el juez en las sentencias de separación, divorcio o nulidad en defecto de acuerdo de los padres, sólo establece que el juez habrá de determinar «las medidas que hayan de sustituir a las ya adoptadas con anterioridad en relación con los hijos», es decir, a las medidas provisionales, entre las cuales el art. 103 no incluye el ejercicio de la patria potestad. Sin embargo, hay que tener en cuenta que el art. 91 también remite a los artículos que le siguen, y entre ellos al 92 que ya hemos citado, al decir «determinará conforme a lo establecido en los artículos siguientes».

III. EL CONCEPTO DE EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD EN LOS CASOS DE NO CONVIVENCIA DE LOS PADRES

Dos son los conceptos posibles: considerar que el ejercicio es la vertiente activa de la patria potestad, o que consiste en el poder de decisión sobre la vida del menor. Como parte activa de la patria potestad supone que el progenitor al que le es otorgado el ejercicio de la patria potestad puede desarrollar todas las facultades que integran la patria potestad y que hasta entonces correspondían a ambos progenitores. El no ejerciente sólo conserva de forma latente esos mismos poderes, aparte de aquellas facultades o derechos mínimos que expresamente le concede la Ley (por regla general el derecho de visita y a veces también un derecho de vigilancia). En este sistema la guarda es una más de las manifestaciones del ejercicio de la patria potestad. Este era el sistema del Derecho francés, hasta la reforma de 1987, tal como más adelante veremos (apartado IV.1).

El otro concepto de ejercicio es el que surge de la escisión de la patria potestad en guarda y ejercicio: la patria potestad puede ser concebida como un conjunto de facultades divisible en dos grandes grupos: por una parte todo lo que se refiere al cuidado directo del niño, que es lo que integra la guarda; por otro lado queda lo que no se refiere al cuidado directo del niño, que es fundamentalmente el poder de decisión, la representación y la administración, y que es lo que integra el ejercicio de la patria potestad en los casos de no convivencia.

En España no existe discusión explícita acerca de cuál es el concepto que rige, aunque en las manifestaciones que sobre otras cuestiones relacionadas con el ejercicio se hacen se puede entrever que no es unánime la doctrina en este tema. En nuestra opinión no existe ninguna duda de que para el legislador de 1981 (que fue el que introdujo la distinción entre titularidad y ejercicio de la patria potestad) el ejercicio de la patria potestad no absorbe toda la vertiente activa de la misma, pues en todos los artículos que a él se refieren se distingue, directa o indirectamente, del cuidado de los hijos, figura que sin ninguna duda es una parte, y muy importante, de la vertiente activa de la patria potestad[13].

Así, el art. 90-A señala que han de determinarse en el convenio regulador: la persona a cuyo cuidado hayan de quedar los hijos, el ejercicio de la patria potestad, y el régimen de visitas. De aquí se deduce que cuidado de los hijos, ejercicio de la patria potestad y derecho de visita son figuras distintas. Idéntica conclusión se puede obtener de la lectura del art. 92-párr.4º, al decir que «Podrá (...) acordarse (...) que la patria potestad sea ejercida total o parcialmente por uno de los cónyuges o que el cuidado de ellos (los hijos) corresponda a uno u otro ...». Por último, ya en sede de patria potestad, tres artículos distintos solucionan los tres problemas principales que plantea la separación de los padres: el cuidado de los hijos en el art. 159, el derecho de visita en el 160 y el ejercicio de la patria potestad en el 156-párr.5º.

---

[13]. En el mismo sentido SEISDEDOS, *La patria potestad dual*, ya citado, p.331.

Vemos además que todos los autores españoles que sostienen que el ejercicio es la vertiente activa de la patria potestad afirman que el legislador confunde conceptos al regularlo como lo hace[14]. Parece mucho más coherente suponer que lo que ocurre en realidad es que el concepto de ejercicio de la patria potestad que tiene el legislador es otro distinto.

Las razones por las que en nuestro Derecho se haya podido adoptar un sistema distinto al que responde en principio al término de "ejercicio" (que remite a la idea de ejercicio de un derecho, como vertiente activa de un derecho del que se es titular), y también al recogido en otros ordenamientos cercanos al nuestro, como es el caso del Derecho francés, pueden ser varias.

En Francia la distinción que de siempre existió, aun en las situaciones normales del matrimonio, entre una titularidad vacía de contenido en sí misma, y un ejercicio que absorbía la totalidad del mismo, pudo quizás estar en el origen de que cuando el legislador tuvo que enfrentarse a la separación y el divorcio existiendo ya una igualdad de derechos entre ambos progenitores estableciese un sistema similar, por el cual el ejercicio de la patria potestad absorbía por completo el contenido de la patria potestad.

Por el contrario, en nuestro país, que no tenía tradición de utilización de la distinción entre titularidad y ejercicio, al introducir ésta se ha partido de

---

[14]. RIVERO HERNANDEZ, *"Comentario al art. 92"*, ya citado, p.661; GARCIA CANTERO, *"Comewntario a los arts. 92, 93 y 94"*, ya citado, p.392; DE LA CAMARA, ya citado, p.77; SANCHO REBULLIDA, citado en LACRUZ BERDEJO y otros, fascículo 1º, p.261, nota 37; DIEZ-PICAZO y GULLON, *Sistema de Derecho Civil* (1990), Tomo IV, p.136.

cero. Se ha adoptado pues la solución que mejor se adapta a una situación en que los dos titulares son de igual rango, no hay incumplimiento de ninguno de ellos, sólo una situación fáctica como es la falta de convivencia de los padres, que exige una adaptación del funcionamiento de la institución: en tal caso los problemas que surgen son, por un lado la atención directa del menor, por otro el mantenimiento de relaciones entre el hijo y el progenitor que no vive con él, y por último, lo que a nuestro entender es el resto de la patria potestad, es decir, la toma de decisiones sobre todos los aspectos, la representación del hijo y la administración de sus bienes en su caso. Y como tales problemas distintos han sido solucionados por nuestro legislador.

IV. REGIMEN LEGAL DE ATRIBUCION DEL EJERCICIO EN LOS CASOS DE NO CONVIVENCIA DE LOS PADRES EN EL DERECHO EXTRANJERO

1. Francia

El régimen legal de atribución del ejercicio de la patria potestad en los casos de no convivencia de los padres ha sufrido en Francia varias reformas en los últimos años que ponen de manifiesto la honda preocupación que por este tema siente la sociedad francesa, en fuerte contraste con lo que según hemos visto ocurre en nuestro país, además de demostrar la rapidez con la que el legislador francés sigue las evoluciones marcadas por la realidad social y por la jurisprudencia, también en contraste con lo que ocurre en nuestro país. El sistema

actual de atribución de la patria potestad en los casos de no convivencia, las innovaciones que ha supuesto, la jurisprudencia que lo aplica, así como los comentarios de la doctrina, no pueden ser entendidos si no se conoce la evolución que ha sufrido este tema a lo largo del proceso reformador al que hemos hecho referencia.

La Ley de 4 de junio de 1970 fue la que introdujo en Francia lo que podemos llamar un sistema de patria potestad moderno en el que los derechos de ambos progenitores se igualan por primera vez. Aunque por distintas vías, esta Ley establecía para los casos en que los padres no conviviesen entre ellos un único sistema de ejercicio exclusivo -rígidamente exclusivo podríamos decir-: en los casos de filiación matrimonial concediendo el ejercicio exclusivo al que fuese nombrado guardador (antiguo art. 373-2), y en los casos de filiación no matrimonial, concediendo *ex-lege* el ejercicio de la patria potestad a la madre (art. 374), por considerar que tarde o temprano se quedaría sola al cuidado del hijo[15]. Sólo los casos de separación de hecho quedaban fuera de la regla general ya que al no establecer nada el Código seguía rigiendo la norma del ejercicio conjunto de la patria potestad en los casos de filiación matrimonial (art. 372).

Como ya hemos dicho, el ejercicio exclusivo era entendido de forma rígida por la doctrina y la jurisprudencia, de tal manera que al no ejerciente sólo le quedaban, en los casos de filiación matrimonial, los

---

[15]. Esta misma solución fue propuesta en nuestro país por la Enmienda nº 114 del Grupo Comunista. Fue rechazada por el Pleno, arguyendo el diputado Ruiz-Navarro que el Proyecto de Reforma pretendía evitar la discriminación entre hijos matrimoniales y no matrimoniales y que tal propuesta incidía en esa discriminación.

derechos de visita y de vigilancia que el Código reconocía (art. 373-2), mientras que en los casos de filiación no matrimonial, para los que el Código no preveía nada, la jurisprudencia reconoció, aunque con cierta resistencia, un derecho de visita y en algunos casos un derecho de vigilancia.

Este sistema, que excluía totalmente al progenitor que no era guardador, o simplemente al padre, produjo malestar. Con la idea de conceder mayores derechos al no guardador nació en la práctica el sistema llamado de "guarda conjunta" (en realidad lo que se pretendía que fuese conjunto era el poder de decisión sobre la vida del hijo, pero el concepto francés de ejercicio impedía que guarda y ejercicio quedasen deslindados), que aunque muy discutido doctrinal y jurisprudencialmente llegó a ser aceptado por la *Cour de Cassation*[16] y posteriormente recogido por la Ley de 22 de julio de 1987[17] como su mayor aportación (art. 373-2), ya con el nombre de ejercicio conjunto que es el que

---

16. Sentencia de 21 de marzo de 1983 (D.1984. II.53 y JCP.1984.-II.20163). Todo el proceso de aparición y aceptación de estas figuras está excelentemente resumido en el comentario que a esta sentencia realiza DEKEUWER en la segunda publicación citada.

17. Fueron numerosos los comentarios que despertó esta Ley. Entre otros, algunos ya citados como RAYMOND, *"De la réalité de l'absence du couple conjugal à la fiction du couple parental"*, JCP 1987; DORSNER-DOLIVET, *"Les nouvelles dispositions relatives à l'exercice de l'autorité parentale"*, ADL 1988; BASTIEN-RABNER, *"Le charme discret de la loi Malhuret"*, JCP 1992; y otros como DE LA MARNIERE, *"Exercice en commun de l'autorité parentale sur les enfants dont les parents sont divorcés ou célibataires"*, Gazette du Palais, 1987.2.Doct.638; MORANÇAIS-DEMEESTER, *"Vers l'égalité parentale"*, D.1988, chr.7; DEKEUWER-DEFOSSEZ et VAUVILLE, *"Droits de l'Homme et droits de l'Enfant"*, D.1988, chr.137; NICOLAS-MAGUIN, *"Pouvoirs du juge et volonté des parents dans l'exercice en commun de l'autorité parentale prévu par la loi du 22 juillet 1987"*, D.1988, chr.307.

realmente responde a su contenido[18]. También se previó la posibilidad de que los padres de un hijo no matrimonial tuviesen el ejercicio conjunto de la patria potestad, independientemente de que existiese o no convivencia entre ellos (art. 374). Nada se estableció sin embargo para los casos de separación de hecho, en los cuales el ejercicio conjunto seguía siendo la única posibilidad.

La Ley de 8 de enero de 1993 ha venido a añadir un paso más en esta evolución -que, como ya se ha dicho por la doctrina[19], no será sin duda el último-, estableciendo como norma para los casos en que los padres no conviven el ejercicio conjunto de la patria potestad y reservando el ejercicio individual para aquellos supuestos en que el juez considere que el ejercicio conjunto sería contrario al interés del menor. La separación de hecho no necesita ya regulación específica puesto que el ejercicio conjunto que siempre ha regido durante tal separación no es ya la excepción sino la regla para los casos de padres que no conviven.

El propio legislador, así como la doctrina, ha señalado la finalidad pedagógica de las Leyes de 1987 y 1993[20], que pretenden, no imponer un determinado sistema de ejercicio de la patria potestad, puesto que el juez o los padres son libres de establecer la modalidad que mejor se ajuste al caso, pero sí señalar que el "ejercicio conjunto" es el sistema que mejor protege el interés

---

18. Con lo que se operaba una transformación en el concepto de ejercicio.

19. RUBELLIN-DEVICHI, *"Une importante réforme en droit de la famille: la loi n. 93-22 du 8 janvier 1993"*, JCP.1993.I.3659.

20. Ver FULCHIRON, *"Une nouvelle réforme de l'autorité parentale. Commentaire de la loi nº 93-22 du 8 janvier 1993 à la lumière de l'application de la loi Malhuret"*, D.1993.Chr., p.117 y 118.

del menor, y por lo tanto el que en principio debe ser adoptado[21].

Lo cierto es que, quizás por el mero efecto pedagógico, o quizás porque la Ley de 22 de julio de 1987 supo recoger las verdaderas tendencias de la evolución de la sociedad, desde que se promulgó dicha Ley el sistema de ejercicio conjunto se ha convertido en la norma en la práctica judicial (establecido en más del 60% de las sentencias de separación y divorcio[22]), con al parecer excelentes resultados. Los jueces no se han limitado a establecer el ejercicio conjunto cuando ambos progenitores lo piden sino también en muchos casos de desacuerdo, reservando el ejercicio unilateral para casos extremos en los que, por la gravedad del conflicto existente entre los padres, por la personalidad de uno de ellos, o por el abandono efectivo de los niños por uno de los progenitores, el ejercicio conjunto resulta inviable.

Es importante reseñar que la generalización del sistema de ejercicio conjunto se ha realizado con excelentes resultados en la etapa post-divorcio: del informe anteriormente citado se deduce que a pesar de que el número de casos en que existe un ejercicio conjunto de la patria potestad ha aumentado vertiginosamente, el número de conflictos puntuales que los jueces han tenido que resolver ha sido muy pequeño, lo que demuestra que la necesidad nueva de los padres que no conviven de tomar las decisiones de común acuerdo no ha multiplicado los

---

21. FULCHIRON, ya citado.

22. Datos reflejados en el informe *L'exercice en commun de l'autorité parentale, Bilan d'application de la loi du 22 juillet 1987*, Rapport pour le ministère de la Justice, sous la direction de H. FULCHIRON, Centre de droit de la famille, 1993 (reseña tomada de FULCHIRON, *"Une nouvelle réforme ..."*, p.117).

conflictos. Además se observa en las cuestiones planteadas ante los tribunales que no existe entre los padres un enfrentamiento profundo sino que se trata de desacuerdos puntuales, que muchas veces son resueltos por los propios padres antes de que el juez resuelva, y que normalmente los padres no se replantean el sistema de ejercicio en común. Esta falta de conflictividad resulta sorprendente en contraste con el que hasta ahora había sido considerado el comportamiento generalizado de los padres divorciados, normalmente de alta conflictividad, observación que no se puede considerar viciada porque, como ya hemos dicho anteriormente, el ejercicio conjunto no sólo se concede a padres que ya estaban de acuerdo *a priori*, sino a todo tipo de padres, salvo los muy conflictivos. Con estos resultados parece que se confirma la tesis planteada ya en 1985 por FULCHIRON[23] de que la concesión del ejercicio conjunto a padres que no estaban de acuerdo en un principio tiene la virtud de apaciguar los conflictos entre ellos, al no sentirse el uno dueño de la situación y el otro totalmente excluido.

En cuanto a los casos en que se dicta un ejercicio unilateral, la Ley de 1987 quizás fuese acreedora de alguna crítica sobre lo restringida que seguía siendo la posición del progenitor no guardador, privado de cualquier intervención en la vida del hijo salvo un derecho de vigilancia, a su vez entendido de forma restrictiva por la jurisprudencia. Sin embargo, una vez que el sistema de ejercicio unilateral ha quedado reducido exclusivamente a aquellos casos en los que se dan unas circunstancias tan especiales como las que hemos

---

[23]. *Autorité parentale et parents désunis*, ya citado, pp. 213 y ss.

visto, es lógico que su contenido siga siendo muy reducido, pues dichas circunstancias aconsejan que los poderes de intervención del no guardador queden reducidos al mínimo.

2. Italia

Quizás sea el Derecho italiano el que regula el ejercicio de la patria potestad en los casos en que no existe convivencia entre los padres de una forma más equilibrada -porque preserva los derechos de ambos progenitores- y más detallada. Dicho régimen fue establecido por la Ley de reforma del Derecho de Familia de 14 de mayo de 1975 y ligeramente modificado por la Ley de 6 de marzo de 1987 que reformó el divorcio[24], parte de la distinción entre titularidad y ejercicio (arts. 317-2 y

---

[24]. Desde que la Ley de 1 de diciembre de 1970 introdujo en el ordenamiento italiano el divorcio, regulándolo al margen del Código civil, y regulando los efectos del mismo de forma distinta a lo establecido en el Código para los casos de separación, han sido varias las leyes de reforma que se han sucedido, reformando unas el Código en materia de familia (Ley de 14 de mayo de 1975) y otras la regulación específica del divorcio (Ley de 6 de marzo de 1987). Desde el primer momento se produjo una polémica, tanto a nivel doctrinal como jurisprudencial, en torno a si los efectos de la separación y los del divorcio debían considerarse sometidos a regulaciones distintas (los primeros al Código, y los segundos a su propia Ley), o si por el contrario había que considerar que en este punto la promulgación de cada Ley suponía en cierto modo la derogación de la anterior. La disputa doctrinal ha sido virulenta (ver un resumen de la misma en LIPARI, *Nuove norme sulla disciplina dei casi di scioglimento del matrimonio*, 1988), y la promulgación de la Ley de 6 de marzo de 1987 sólo ha conseguido reavivarla, centrándose ahora la discusión en saber si las novedades que introduce dicha Ley -posibilidad de establecer la guarda conjunta o alternada, y también posibilidad de oír a los menores- deben o no aplicarse a la separación.

La respuesta de la doctrina es mayoritariamente favorable a la aplicación indistinta de tales regulaciones tanto a la separación como al divorcio. La Jurisprudencia se ha pronunciado en varias ocasiones al respecto, y en particular en lo que a los efectos respecto a los hijos se refiere, puede verse la sentencia de la *Corte di Cassazione* de 5 de mayo de 1986, n.3060 (DFP 1986, p.547).

317-bis del Código civil italiano)[25], y se puede decir -haciendo abstracción de las pormenorizadas regulaciones de cada caso- que establece como norma general que el ejercicio de la patria potestad corresponda al progenitor que convive con los hijos.

En los casos de separación, divorcio y nulidad, el art. 155-párr.3º establece que el ejercicio exclusivo de la patria potestad corresponda al cónyuge al que se confían los hijos, salvo disposición en contra del juez. A pesar de calificar de exclusivo tal ejercicio, el mismo artículo establece que las decisiones de mayor trascendencia serán adoptadas por ambos cónyuges. Por lo tanto, el progenitor no guardador no queda totalmente apartado del ejercicio.

Este régimen (ejercicio exclusivo salvo para las decisiones de importancia) tiene carácter subsidiario para los casos en que el juez no resuelva en otro sentido, lo que significa además que el juez no está obligado a resolver sobre el ejercicio.

También cabe que el juez establezca un régimen distinto: así lo permite claramente el propio art. 155-párr.5º, que dice: «... salvo disposición diversa del juez, tiene el ejercicio exclusivo de la potestad (...). Salvo que se establezca otra cosa, las decisiones de mayor interés para los hijos son adoptadas por ambos

---

[25]. La distinción parece clara en el art. 317-2 (aunque algunos autores no lo consideren así) para los casos de separación y divorcio. Por el contrario para los casos de filiación no matrimonial el art. 317-bis se limita a conceder el ejercicio de la patria potestad al progenitor que convive con el hijo, otorgando ciertos derechos al otro progenitor. La doctrina ha entendido que dicho artículo atribuye la titularidad a ambos progenitores naturales, teniendo en cuenta que el art. 261 del Código civil italiano reconoce a los padres naturales los mismos derechos y obligaciones que los que corresponden a los padres legítimos (SEISDEDOS, *La patria potestad dual*, p.199).

cónyuges». Por lo tanto el juez podrá por una parte establecer un régimen de ejercicio distinto del ejercicio exclusivo, también podrá, sin modificar el régimen de ejercicio exclusivo, variar la regla según la cual las decisiones de mayor importancia se toman de común acuerdo por los padres.

En cuanto a la posibilidad de que se mantenga el ejercicio conjunto a pesar de la separación o el divorcio, el propio artículo la contempla en su párrafo 5º al establecer que en tal caso el juez habrá de regular el usufructo legal[26]. De hecho los tribunales habían establecido el ejercicio conjunto en varias ocasiones, aunque normalmente acompañado de una alternancia en la guarda[27].

La nueva Ley de 6 de marzo de 1987 establece la posibilidad de que se adopten como medidas la guarda conjunta o alternada, pero nada dice respecto del ejercicio de la patria potestad en estos casos. Particularmente en el caso de que se establezca la guarda alternada, cabrían dos sistemas de ejercicio, bien que el ejercicio fuese desarrollado de forma exclusiva por cada progenitor durante el tiempo en el que el hijo permaneciese bajo su guarda, bien que el ejercicio fuese conjunto en todo momento y sólo se produjese una alternancia en la guarda efectiva del niño.

---

[26]. Por supuesto, para ciertos autores dicha posibilidad quedaba limitada a los casos de separación antes de la Ley de 6 de marzo de 1987, ya que tal posibilidad no era contemplada por la Ley del divorcio de 1970. Veáse PINO, *Il Diritto di famiglia* (2ª edición, 1984).

[27]. Trib. di Piacenza, de 4 de febrero de 1986 (DFP 1986, p.183); App. Milano, ord. de 3 de mayo de 1986 (DFP 1986, p.1019).

Para los casos de separación de hecho el Código no prevé nada, por lo que en principio seguirá rigiendo el sistema del ejercicio conjunto que rige durante el matrimonio (art. 316). Sin embargo, son varias las opiniones que sostienen que la situación no puede ser la misma que durante la convivencia del matrimonio. El Tribunal de Menores de Florencia, en *Decreto* de 2 de marzo de 1976[28], ha declarado que cuando no hay disputa judicial sobre la guarda de los hijos «el progenitor conviviente es *ex lege* guardador de los hijos menores». Del mismo modo, algún autor ha considerado que en los casos en que la guarda no sea discutida, el guardador tendrá necesariamente un ámbito de actuación individual exclusiva, quedando el resto de las decisiones sometidas al ejercicio conjunto, por lo que el ejercicio de la patria potestad será en cierto modo cercano al establecido para los casos de separación y divorcio[29].

En los casos de filiación no matrimonial el ejercicio de la patria potestad corresponde al progenitor que convive con el hijo, aunque el juez, en interés exclusivo del hijo puede disponer otra cosa (art. 317-bis). Este artículo reconoce expresamente al otro progenitor el poder de vigilar la instrucción, la educación y las condiciones de vida del hijo menor. La doctrina ha considerado además aplicable a la patria potestad en los casos de filiación no matrimonial, las reglas de la filiación matrimonial, dada la similitud de los regímenes establecidos por el Código civil italiano, tanto en los casos de convivencia de los padres como de

---

[28]. DFP 1977, p.193, citado por SEISDEDOS, p.214).

[29]. En tal sentido ZATTI y MANTOVANI, *La separazione personale* (1983), p.31.

no convivencia. La aplicación de la regulación del ejercicio en los casos de separación o divorcio supondría que las decisiones de mayor importancia habrían de ser tomadas en común por los progenitores no casados y no convivientes, y que el no guardador podría recurrir al juez si considerase que alguna de las medidas adoptadas por el guardador es contraria al interés del hijo[30].

Teniendo en cuenta que el propio art. 317-bis prevé que el juez pueda adoptar medidas distintas a las previstas por el art. 317-bis para los casos de filiación no matrimonial, no cabe duda de que podrá establecer el ejercicio conjunto, resolver sobre la forma de adoptar las decisiones más importantes, etc. En general en el ámbito de la filiación no matrimonial las posibilidades de intervención del juez son mayores que en la filiación matrimonial, y en particular en los casos de separación o divorcio, tal como expresa el Código (art. 317-bis)[31] y ponen de relieve algunos autores[32], circunstancia que ha sido criticada[33].

3. Alemania

El Derecho alemán no distingue entre titularidad y ejercicio de la patria potestad -también llamada

---

30. SEISDEDOS, *La patria potestad dual*, ya citado, p.202.

31. Art. 317-bis: «El juez, en el exclusivo interés del hijo, puede decidir de forma distinta; puede incluso excluir del ejercicio de la patria potestad a ambos progenitores, proveyendo al nombramiento de un tutor».

32. PINO, ya citado, p.229.

33. DOGLIOTTI, *"Infermità mentale e ..."*, ya citado, p.1354.

cuidado paterno[34]- en los casos de no convivencia de los padres, reservando tal distinción para los casos de suspensión y privación de la patria potestad, o de imposibilidad para su ejercicio por uno de los padres (párrs. 1673 a 1680 del BGB).

Por el contrario cuando se trata de casos de no convivencia el sistema alemán atribuye la totalidad de la patria potestad a uno de los progenitores[35], concediendo al otro exclusivamente un derecho de visita y un derecho

---

[34]. Con el nombre de "cuidado paterno" designan hoy en día la mayoría de los traductores al conjunto de derechos y obligaciones que en el Derecho alemán corresponden a los padres para proteger a sus hijos, abandonando así el nombre tradicional de patria potestad con el fin de responder al hecho de que la Ley alemana de 18 de julio de 1979 sustituyese el nombre que hasta entonces recibía esta institución, "elterliche Gewalt", derivado del "patria potestas" latín, por el de "elterliche Sorge", cuyo significado literal es el de "cuidado de los padres" (WEYERS y KUNHN-PÄBST, *"Apuntes sobre la evolución del Derecho civil de la República Federal de Alemania: año 1980"*, ADC 1982, p.959).

Consideramos, sin embargo, que tal traducción no es la más adecuada por varias razones. En primer lugar hubiese sido más correcto traducir la expresión alemana por "cuidado parental" pues parental significa "de los padres", mientras que "paterno" significa sólo "del padre", lo que resulta inadecuado cuando el conjunto de derechos al que se pretende hacer referencia corresponde a ambos progenitores. Se evitaría además de esta forma que el párr. 1705 del BGB tenga que traducirse como "cuidado paterno de la madre" (PAU PEDRON, *"La nueva regulación alemana sobre la patria potestad"*, ADC 1982, p.748), nombre que resulta a todas luces incongruente.

En segundo lugar, la palabra "cuidado" tiene tradicionalmente en nuestro Derecho de familia un contenido distinto al que le concede el Derecho alemán, de tal manera que la utilización de la expresión "cuidado paterno" lleva a confusión, pues a primera vista parece que sólo se refiere al aspecto personal de la patria potestad.

Por todo ello consideramos más adecuado utilizar la expresión "patria potestad", que hoy en día tampoco en nuestro Derecho tiene connotaciones de autoridad al estilo romano.

[35]. Aunque existe una cierta discusión doctrinal sobre si el divorcio produce la extinción de la patria potestad, la extinción parcial o una suspensión parcial que sólo afecta al ejercicio de la misma; ver PAU PEDRON, ya citado, p.736.

de información[36]. Los regímenes concretos de atrribución de la patria potestad se diferencian según se trate de filiación no matrimonial o de filiación matrimonial, y dentro de ésta la separación de hecho presenta ciertas particularidades.

En los casos de divorcio el juez tiene que decidir sobre la atribución de la patria potestad a uno de los cónyuges (párr. 1671), atendiendo fundamentalmente a la propuesta común de los mismos y al interés de los hijos. Aunque desde la Ley de 18 de julio de 1979 este párrafo establecía que la patria potestad debía ser atribuida a uno sólo de los padres, la Sentencia del Tribunal Constitucional de 31 de noviembre de 1982 consideró que esta norma debía ser tenida por nula en cuanto veta la patria potestad común de los progenitores divorciados[37]. Por lo tanto en la actualidad en el caso de divorcio de los padres, aunque el sistema normal es que uno sólo de los cónyuges tenga atribuida la patria potestad, en algunos casos podrá seguir correspondiendo dicha patria potestad a ambos progenitores. Si esto sucediera quedará sin resolver el problema de la guarda pues al no distinguir el ordenamiento alemán dentro de la patria potestad las funciones de guarda, en ningún momento exige que tal cuestión sea decidida como conse-

---

36. Aunque señalar que las cuestiones relacionadas con la religión del hijo quedan fuera de la patria potestad, reguladas por una Ley especial de 15 de julio de 1921: la religión de los hijos tiene que ser fruto del acuerdo de los padres, en defecto del cual podrá el juez otorgar el poder de elección a uno de ellos; desde los 13 años no puede modificarse la religión del niño sin su consentimiento y desde los 15 tiene él plena libertad para hacerlo: ver PAU PEDRON, ya citado, p.732.

37. WEYERS y KUNHN-PÄBST, *"Apuntes sobre la evolución del Derecho civil de la República Federal de Alemania en 1981/82"*, ADC 1984, ya citado, p.163.

cuencia del divorcio. Por lo tanto, la forma en que la guarda será llevada a cabo se decidirá por los propios padres[38], sin intervención del juez, y podrá ser modificada siempre que los padres lo consideren oportuno. Este extremo sólo puede ser entendido si tenemos en cuenta que el concepto alemán de patria potestad confiere a los padres un nivel de autonomía mucho mayor que otros ordenamientos, autonomía considerada por el Tribunal Constitucional alemán núcleo fundamental del derecho que a los padres reconoce el art. 6-2 de la Ley Fundamental al cuidado y a la educación de sus hijos[39].

En el caso de que los padres estén separados de hecho la patria potestad seguirá siendo conjunta, aunque los padres podrán acudir a los tribunales para que atribuyan la patria potestad en los mismos términos que en el caso de divorcio (párr. 1672). También el tribunal podrá decidir de oficio si lo considera necesario para el interés del menor.

Si se trata de filiación no matrimonial el sistema cambia totalmente, la patria potestad corresponde siempre a la madre (párr. 1705), independientemente de las circunstancias de hecho que se den y sin posibilidad alguna de que tal régimen sea modificado ni aun en el caso de que el hijo conviva sólo con el padre[40], salvo que se produzca por éste una legitimación del niño,

---

[38]. SEISDEDOS, *La patria potestad dual*, ya citado, p.297.

[39]. Artículo que dice: «El cuidado y la educación de los hijos constituyen a la vez un derecho natural de los padres y su primer deber. El Estado supevisa sus funciones».

[40]. Ni siquiera en el caso de que la madre muera o se encuentre imposibilitada para ejercitar la patria potestad se prevé que ésta sea transferida al padre.

legitimación que debe contar con el consentimiento de la madre, que perdería así todos sus derechos[41].

V. REGIMEN LEGAL DE ATRIBUCION DEL EJERCICIO EN LOS CASOS DE NO CONVIVENCIA DE LOS PADRES EN EL DERECHO ESPAÑOL

Hemos visto que el ejercicio de la patria potestad en las situaciones de no convivencia de los padres es objeto de una doble regulación, por una parte en el Título IV, Capítulo IX, relativo a los efectos comunes a la nulidad, la separación y el divorcio, y por otra parte en el Título VII, relativo a la patria potestad. Esta doble regulación ha dado origen a una enconada discusión doctrinal sobre el alcance del supuesto de hecho del párrafo 5º del art. 156, discusión a la que nuevas opiniones no cesan de sumarse. Como por otro lado la jurisprudencia menor no resuelve dicho tema de modo uniforme, y el Tribunal Supremo no ha tenido oportunidad de pronunciarse claramente, dado el escaso acceso que estos temas tienen a la casación, el nivel de confusión sigue siendo importante.

Indudablemente pretender aquí clarificar un tema tan debatido puede resultar excesivamente ambicioso, pero un estudio sobre los aspectos personales de la patria potestad en las situaciones de no convivencia de los padres no puede obviarlo, pues es a nuestro entender el dato fundamental para conocer el sistema de atribución

---

41. MÜLLER-FREIENFELS, *"Les effets de la filiation illégitime en droit allemand"*, p.105.

del ejercicio de la patria potestad en los casos de no convivencia de los padres en el Derecho español (1).

Otro problema que hay que resolver antes de poder establecer el régimen de atribución del ejercicio, es si la sentencia de separación, divorcio o nulidad debe necesariamente pronunciarse sobre este punto o si no existe la obligación de hacerlo (2).

Por último, creemos que el párrafo 4º del art. 92, que es fuente de continuas contradicciones en cada uno de los puntos de la regulación del ejercicio de la patria potestad que nos planteemos, necesita ser aclarado de una vez por todas antes de seguir adelante (3).

Sólo una vez solucionados estos problemas podremos establecer cuál es el régimen de atribución del ejercicio de la patria potestad en los casos en que los padres no conviven (4).

1. La interpretación del supuesto de hecho del art. 156-párr.5º

Dos son las interpretaciones de este supuesto de hecho que la doctrina ha propuesto:

- una interpretación amplia, que considera incluidos todos los supuestos en que de hecho los padres no convivan, sea cuál sea el revestimiento legal que tal situación tenga. Por lo tanto, tendrían cabida en el supuesto de hecho de este párrafo: los casos de padres no casados entre sí que no conviven, y los casos de padres casados y, separados de hecho, o separados judicialmente, o divorciados, o cuyo matrimonio haya sido anulado;

- una interpretación restringida, que sólo considera incluidos los casos de padres no casados que no conviven y los casos de padres casados y separados de hecho.

Los argumentos que sostienen una y otra postura son muchos y muy variados. De los que apoyan la interpretación restringida[42], destacaremos los que consideramos más relevantes. El primero toma su base en el *iter* legislativo que dio lugar a la inclusión de este párrafo en el art.156: el grupo parlamentario Coalición Democrática, preocupado por las consecuencias que sobre el ejercicio de la patria potestad tendría la separación de hecho de los padres, propuso la inclusión en el art. 156 de un último párrafo con el siguiente contenido: «Si los padres viven separados de hecho, tendrá la potestad aquel de ellos con quien los hijos convivan»[43]. Posteriormente, la Comisión de Justicia del Congreso suprimió la referencia expresa a la separación de hecho para dejarlo en «si los padres viven separados ...». Ya en el trámite ante el Senado, el Grupo Parlamentario de UCD presentó una enmienda al art. 156 por la que se introducía el actual 2º inciso del párrafo 5º. En base a que la justificación de la enmienda de UCD[44] sólo hacía refe-

---

42. Ver, entre otros, CASTAN VAZQUEZ, *"Comentario al art. 156"*, en AA.VV. (dirigidos por ALBALADEJO), Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales (1982), p.159, y *"Comentario al art. 156"*, en AA.VV. (Ministerios de Justicia), Comentario del Código Civil (1991), p.553; GARCIA CANTERO, *"Comentarios a los arts. 92, 93 y 94"*, ya citado, p.391; RIVERO HERNANDEZ, *"Comentario al art. 92"*, ya citado, p.656; SEISDEDOS MUIÑO, *"La patria potestad dual"*, ya citado, p.334; LINACERO DE LA FUENTE, *Régimen patrimonial ...*, ya citado, p.94, y *"Acerca de la posible inconstitucionalidad ..."* (1990), ya citado, p.568; VENTOSO ESCRIBANO, ya citado, p.133.

43. AA.VV.-Cortes Generales (dirigidos por Fernando SANTAOLALLA), *Código Civil (Reformas 1978-1983), Trabajos Parlamentarios* (1985), Tomo I, p.355.

44. La justificación que acompañaba a la enmienda decía textualmente: «El Proyecto, al regular la patria potestad, no hace distinciones entre la filiación matrimonial y la no matrimonial. (...) También aquí el Proyecto simplifica con exceso, pues la situación de los padres, en orden a la patria potestad, es mucho más rica en posibles variantes, según se trate de unos hijos o de otros.

rencia a los padres no casados y a los separados de hecho, la doctrina que sostiene una interpretación restringida del supuesto de hecho del párrafo 5º, ha considerado que si tal párrafo fue previsto para esos supuestos sólo a ellos debe ser aplicable[45].

El segundo argumento surge de la existencia de una regulación específica de los efectos que respecto a los hijos tiene la separación, el divorcio o la nulidad (arts. 90 y ss.) en la que expresamente se hace referencia al ejercicio de la patria potestad (art. 92-párr.4º). Consideran los autores que mantienen esta postura que regulado el ejercicio de la patria potestad en esta sede, el art. 156-párr.5º queda para los casos de no convivencia de los padres que no tienen regulación específica[46].

La doctrina que sostiene una interpretación amplia también ha aportado numerosos argumentos en su apoyo[47]. Expondremos a continuación aquéllos (unos

---

(...) puede bastar un retoque (...). Porque si los padres viven separados (y lo mismo puede decirse si el problema se plantea relativamente a la filiación matrimonial, en caso de separación de hecho de los cónyuges), atribuir lisa y llanamente la patria potestad al progenitor que viva permanentemente con el hijo es una solución demasiado simplista. La separación no se opone necesariamente a que se aplique la regla general, es decir, el ejercicio conjunto de la patria potestad...» (*Código Civil (Reformas 1978-1983), Trabajos Parlamentarios*, ya citado, Tomo I, p.695).

[45]. Ver, en particular, LINACERO DE LA FUENTE, *Régimen patrimonial ...*, ya citado, p.94.

[46]. GARCIA CANTERO, ya citado, p.391; también FUENTE NORIEGA, *La patria potestad compartida en el Código Civil español* (1986), p.288, aunque con consecuencias más restringidas.

[47]. Ver DE PRADA GONZALEZ, *"Notas sobre la patria potestad en la reforma del Código"*, RDN 1981, abril-junio, p.343, y *"La patria potestad tras la reforma del Código Civil"*, RDN 1982, enero-marzo, p.285; FOSAR BENLLOCH, *Estudios de Derecho de Familia*, Tomo II-1º (1982), p.318; BERCOVITZ, *"Comentario al art. 156"*, en AA.VV., Comentarios a las reformas del Derecho de Familia (1984), p.1069;

nuevos y otros no) que en nuestra opinión mejor pueden servir para fundamentar dicha interpretación, que es la que consideramos correcta. En primer lugar nos encontramos con la propia dicción del artículo, pues en la expresión «si los padres viven separados» sólo se hace referencia a una situación fáctica y no existe ningún indicio de que se haya de tener en cuenta la situación jurídica en que dichos padres se encuentran[48]. Por lo tanto, si existe una razón para considerar que dicho artículo no es aplicable a los supuestos de separación judicial, divorcio o nulidad, hay que encontrarla en otro punto.

En la misma línea se encuentra el argumento referido a la ubicación del art. 156, de la que algunos autores extraen que este artículo se aplica a los casos de filiación no matrimonial y separación de hecho[49]. Habría que preguntarse en tal caso porqué el resto de los artículos del Título VII se aplican a todos los hijos sin distinción, y en particular porqué se les aplican los

---

LOPEZ LOPEZ, ya citado, p.617; ROCA TRIAS, *"Comentario al art. 92"*, en AA.VV., Comentarios a las reformas del Derecho de familia (1984), y también en AA.VV. (Ministerio de Justicia), Comentario del Código Civil (1991), p.390, ambos citados anteriormente; FUENTE NORIEGA, ya citado, p.288; SANCHO REBULLIDA en LACRUZ y otros, ya citado, volumen 2º, p.233; DIEZ-PICAZO y GULLON, ya citado (5ª edición, 1990), p.289; y BAYOD LOPEZ, *"El supuesto de hecho del párrafo 5 del artículo 156 CC: ¿Qué casos son subsumibles en esta disposición?"*, RCDI 1991, p.939. También VEGA SALA (ya citado, p.163) es de la opinión de que la separación judicial, el divorcio y la nulidad quedan a veces subsumidos en el supuesto de hecho del 156-párr.5º, pero por un peculiarísimo razonamiento, acorde en su peculiaridad con el resto de las opiniones por él vertidas en la citada obra.

48. DIEZ-PICAZO y GULLON, ya citado, p.289; BAYOD, ya citado, p.932.

49. Ver, en particular, LINACERO DE LA FUENTE, *"Acerca de la inconstitucionalidad ...*, ya citado, p.568, aunque se refiere al art. 159, pero el mismo razonamiento es trasladable al art.156.

cuatro primeros párrafos del art. 156. Podemos decir por lo tanto que el art. 156 en su totalidad se aplica, al igual que todos los artículos que se encuentran en sede de patria potestad, a todos los hijos sometidos a la patria potestad de sus padres. Esta es la única conclusión que se puede extraer de su ubicación en esta sede. Si existen razones para su no aplicación a determinados casos, habrá que encontrarlas en otro lugar.

Justamente como razón de la no aplicabilidad del párrafo 5º a los supuestos de separación judicial, divorcio y nulidad, para ello, se ha aportado la supuesta especialidad de la regla del art. 92-párr.4º frente a la del art. 156-párr.5º. En efecto, si nos atenemos a una interpretación puramente literal del art. 92-párr.4º, éste parece regular el ejercicio de la patria potestad en los casos de separación judicial, divorcio y nulidad. Al ser una norma especial, mientras que el 156.párr.5º sería la norma general, aquélla tendrá preferencia sobre ésta. Podríamos aducir, sin embargo, que los supuestos que regulan uno y otro artículos no son los mismos, puesto que la función del primer inciso del párrafo 5º es establecer una regla general en defecto de decisión judicial, cuestión no regulada expresamente por el art. 92-párr. 4º. A pesar de ello creemos que la interpretación literal del art. 92-párr.4º impide la aplicación del art. 156-párr.5º como régimen subsidiario de ejercicio en defecto de decisión judicial sobre el mismo. En efecto, el art. 92-párr.4º, al señalar que las medidas que sobre el ejercicio se podrán adoptar son la atribución total o parcial del ejercicio a uno de los cónyuges parece entender que en defecto de tales medidas el régimen del ejercicio seguirá siendo el ejercicio conjunto, que es el

que rige habitualmente durante la convivencia de los padres. Por lo tanto, si ésta es la interpretación que damos al art. 92-párr.4º éste se convierte en un obstáculo para la interpretación amplia del supuesto de hecho del art. 156-párr.5º. Pero más adelante veremos (apartado V.3) que esta interpretación del art. 92-párr.4º debe ser apartada en favor de otra, totalmente compatible ésta con el 156-párr.5º.

Otro argumento empleado en contra de la interpretación amplia ha tomado su base en el *iter* parlamentario de este párrafo. Como dijimos anteriormente, un sector de la doctrina interpretó que la intención del grupo parlamentario de UCD había sido establecer un régimen específico sólo para los casos de filiación no matrimonial no conviviente (y también, aunque de rebote, para los de separación de hecho). En realidad, de la justificación de la enmienda[50] no se puede deducir esto. Creemos que en realidad esta enmienda lo que pretendía era ampliar las formas de ejercicio posibles en estos casos, porque de acuerdo con la redacción que el Congreso había dado a este párrafo el sistema de ejercicio individual por el progenitor conviviente era el único posible en los casos de filiación no matrimonial y no convivencia de los padres (que es para los que realmente está pensado, aunque de forma secundaria se aplique a las separaciones de hecho). Por lo tanto la intención del grupo de UCD fue posibilitar que en los casos de filiación matrimonial y no convivencia el juez pudiese modificar, en atención a las circunstancias del caso, el régimen legal de ejercicio individual por el progenitor

---

[50]. Ver nota nº 44.

conviviente, previsión que no era necesaria para los casos de separación judicial, divorcio o nulidad porque en éstos tal posibilidad vendría establecida por su regulación específica. Creemos que esta fue la razón por la cual la justificación de la enmienda sólo se refería a la filiación no matrimonial, y que por lo tanto la verdadera intención de tal enmienda, lejos de ser el crear un régimen especial para la filiación no matrimonial (y la separación de hecho) lo que pretendía era acercar el régimen del ejercicio de la patria potestad en los casos de filiación no matrimonial y de filiación matrimonial.

Por último, creemos que el argumento más sólido de todos los que pueden apoyar la interpretación amplia es que si se aceptase la interpretación restringida del art. 156-párr.5º se introduciría en el régimen de la patria potestad una distinción en base a la filiación de los hijos. En efecto, si restringimos el ámbito de aplicación del art. 156-párr.5º, nos encontramos con que una misma cuestión (el ejercicio de la patria potestad cuando los dos progenitores no conviven con el hijo) tiene dos soluciones distintas:

- si se trata del hijo de unos padres separados judicialmente, divorciados, o cuyo matrimonio ha sido anulado: el ejercicio de la patria potestad es conjunto salvo que expresamente la sentencia haya establecido un régimen distinto,

- si se trata del hijo de una pareja separada de hecho, ya sean los padres casados o no casados, el ejercicio de la patria potestad es unilateral salvo que

expresamente se haya establecido un régimen distinto en resolución judicial o en pacto entre los padres.

Esta distinción de regímenes jurídicos entre situaciones fácticas iguales no existe en ningún otro punto del régimen de la patria potestad, y es contrario a la intención manifestada por el legislador al redactar la Ley de 13 de mayo de 1981 de no establecer distinciones, por ser la patria potestad una institución cuyo funcionamiento es independiente de la existencia o no existencia de matrimonio entre los padres[51].

Otros argumentos en favor de la interpretación amplia del supuesto de hecho del art. 156-párr.5º se pueden extraer de la aplicación que del mismo hacen el Tribunal Supremo y la Dirección General de los Registros y del Notariado. En particular, la STS de 28 de febrero de 1984, aunque *obiter dictum*, señala que «la Ley (...) atendiendo a ciertas situaciones, tanto matrimoniales como extramatrimoniales, en las que los padres viven separados (...) asigna su ejercicio a aquél de los padres con el que el hijo conviva, sin perjuicio de que el juez ...». Aunque el Tribunal Supremo no dice claramente que el 156-párr.5º se aplica a todos los casos, no parece hacer distinción entre las distintas "situaciones" en que los padres casados viven separados, considerando aplicable el 156-párr.5º sin más. Ahora bien, será más difícil

---

[51]. Así, en su discurso pronunciado ante el Pleno del Congreso el 16 de diciembre de 1980 (Documentación Jurídica, 1982, pp. 714 y 715) el Ministro de Justicia, Sr. Fernández Ordóñez, afirmó que el principio de no discriminación por razón de matrimonio se había llevado hasta sus últimas consecuencias, y en particular se había plasmado en la regla según la cual la filiación matrimonial y la no matrimonial producen los mismos efectos (art. 108). No hay que olvidar que la patria potestad es un efecto de la filiación.

encontrar una sentencia del Supremo en que se declare directamente aplicable este artículo a una separación judicial, un divorcio o una nulidad, teniendo en cuenta que estos procesos tienen vedada la casación.

La aplicación realizada por la Dirección General de los Registros y del Notariado parecía desde un principio favorable a una interpretación amplia de dicho supuesto: aunque las resoluciones que abordaban la cuestión[52] no lo expresasen de forma clara, el hecho de que nunca afirmasen que se aplicaba el art. 156-párr.5º por tratarse de una separación de hecho, sino que sólo dijesen que al estar separados los padres era de aplicación, parecía apoyar esta interpretación. La Resolución de 25 de mayo de 1992[53] ha supuesto un paso adelante en esta vía pues establece que el hecho de que la guarda haya sido concedida en auto de medidas provisionales justifica aun más que el ejercicio corresponda a la madre-guardadora, que si la convivencia del hijo con ella fuese una simple situación de hecho.

Por último, en lo que se refiere a la interpretación que los tribunales de instancia hacen de este artículo, dadas las características generales de esta cuestión, como son la falta de acceso de los procesos matrimoniales a la casación y la confusión generalizada que existe -terminológica, de contenido y de aplicación-, no es de extrañar que se puedan encontrar sentencias de Audiencia en favor de una y otra posición, y probablemente incluso se podrían clasificar las Audiencias (o sus Salas) en dos categorías: las que aplican sistemáticamen-

---

[52]. Resoluciones de 18 de febrero de 1985 (RA 1986-6835), 3 de octubre de 1990 (RA 8342) y de 22 de enero de 1992 (RA 784).

[53]. AC 1993-1, @ 31.

te el art. 156-párr.5º a los supuestos de separación judicial, divorcio y nulidad, y las que lo consideran inaplicable. El reflejo de estas dos posturas queda de manifiesto en los criterios empleados por los jueces para establecer el régimen de ejercicio, criterios que quedan reflejados en el apartado VI.2.

Por lo tanto, con base en todos los argumentos aquí expresados consideramos que se debe entender que el art. 156-párr.5º es aplicable a todos los casos en que los padres no conviven.

2. ¿Es el ejercicio de la patria potestad uno de los puntos sobre los que necesariamente han de pronunciarse las sentencias de separación, divorcio o nulidad?

Es éste el siguiente punto que hay que dilucidar antes de poder establecer con claridad cuál es el régimen de atribución del ejercicio de la patria potestad en el Derecho español.

El tema del ejercicio en las sentencias de separación, divorcio y nulidad se encuentra regulado para los procesos consensuales en el art. 90, y para los contenciosos en el 91 y 92, aunque estos últimos serán también supletorios para el caso de que el convenio regulador no sea aprobado en este extremo. Los arts. 103 y 156-párr.5º quedan en principio fuera de tal regulación, aunque más adelante veremos que tienen una cierta relevancia.

El contenido del art. 90 con respecto a la pregunta que nos hacemos es claro: según su apartado A)

es indudable que el convenio regulador debe establecer el modo de ejercicio de la patria potestad siempre que existan hijos sometidos a la patria potestad de ambos, que normalmente serán todos los hijos menores de edad y también los mayores incapacitados. Sin embargo frente a una claridad tan meridiana del texto nos encontramos con que en la práctica a menudo los convenios reguladores no se pronuncian sobre el tema del ejercicio, sin que ello sea obstáculo para su aprobación por el juez, y que este estado de cosas merece la aprobación de uno de los pocos autores que se ha detenido en este tema, como es RIVERO HERNANDEZ[54].

El art. 91 no hace, como el 90, un elenco detallado de los temas que han de quedar resueltos en las medidas definitivas que el juez ha de dictar, sino una enumeración vaga, que, en lo que se refiere a las materias que nos interesan, sólo dice que «el Juez (...) determinará (...) las medidas (...) en relación con los hijos» sin más detalles. Para saber si las medidas definitivas han de referirse necesariamente al ejercicio de la patria potestad sólo podemos guiarnos por los indicios que nos ofrece este mismo artículo.

En primer lugar dice el art. 91 que estas medidas definitivas habrán de sustituir a las provisionales. Por lo tanto el elenco del art. 103 nos debe servir de guía. Pero este artículo no se refiere expresamente al ejercicio de la patria potestad, aunque algunos autores consideran que este tema se encuentra incluido en la referencia que hace a otras «disposiciones apropiadas (en

---

54. *"Las relaciones paterno-filiales como contenido del convenio regulador"*, ya citado, p.104.

relación con los hijos) de acuerdo con lo establecido en este Código»[55]. Aun así esta referencia sólo significaría un permiso para regular el ejercicio de la patria potestad como medida provisonal, pero no la obligación de hacerlo.

Creemos, sin embargo, que el hecho de que no sea obligatorio en el ámbito de las medidas provisionales determinar la forma de ejercicio de la patria potestad no tiene trascendencia para la cuestión de saber si tal obligatoriedad existe en el ámbito de las medidas definitivas, pues la provisionalidad de aquéllas las distingue de éstas y la remisión del art. 91 al 103 no supone que tenga que existir una identidad total entre unas y otras, como pone de relieve el propio art. 91 al prever que se dicten medidas definitivas sobre extremos que no hayan sido objeto de medidas provisionales. En particular en el tema del ejercicio, la misma provisionalidad de las medidas del art. 103 podría justificar que no fuese necesario pronunciarse sobre el ejercicio en esta instancia, aun cuando sí lo fuese en las medidas definitivas.

El segundo indicio que nos ofrece el propio art. 91 para saber cuáles son las medidas sobre las que debe pronunciarse el juez es que tales medidas han de ser dictadas «conforme a lo establecido en los artículos siguientes». Creemos que tal remisión sólo lo es a los

---

[55]. Así DE LOS MOZOS-HERRERO GARCIA, *"Comentario al art. 103"*, ya citado, p.855, y HERRERO GARCIA, *"Las medidas provisionales en la crisis matrimonial, (Comentario a los arts. 102 y 103 del Código Civil)"*, RDN 1982, p.200, aunque ambos reflejan una gran confusión entre los conceptos de patria potestad y de ejercicio de la patria potestad; RIVERO HERNANDEZ, *"Comentario al art. 103"*, ya citado, p.686; VENTOSO ESCRIBANO, ya citado, p.133; VALPUESTA FERNANDEZ, *"Comentario al art. 103"*, en AA.VV. (Ministerio de Justicia), Comentario del Código Civil (1991), p.418.

criterios en ellos recogidos, y no quiere decir que todos los temas tratados en estos artículos deban necesariamente ser resueltos en la sentencia. La prueba más clara de ello la constituye la privación de la patria potestad a la que se refiere el art. 92-párr.3º, que desde luego no es contenido obligatorio de la sentencia de separación, divorcio o nulidad. Por lo tanto, tampoco aquí encontramos solución al problema de saber si es necesario resolver sobre el ejercicio o no. De todas formas deberemos ver si en el art. 92-párr.4º que regula expresamente el ejercicio encontramos la aclaración que buscamos.

Este art. 92, al decir "podrá también acordarse" parece considerar que el decidir sobre el ejercicio es una mera posibilidad. Con ello llegaríamos por fin a una conclusión clara: que no es obligatorio decidir sobre el ejercicio[56]. Sin embargo, hay que tener en cuenta que este artículo emplea el mismo verbo "podrá" para referirse al cuidado de los hijos, cuestión sobre la que sí parece necesario que toda sentencia se pronuncie. Por lo tanto no creemos que se deban extraer consecuencias del empleo de dicho verbo, lo que quiere decir que no podemos afirmar que tal artículo no considere necesario decidir sobre el ejercicio.

Por último, el art. 156-párr.5º no tiene trascendencia directa sobre la necesidad de decidir, pero sí la tiene indirectamente. En efecto, si partimos de la

---

[56]. Esta es la opinión mantenida por ROCA TRIAS, *"Comentario al art. 92"*, en Comentarios a las reformas de Derecho de Familia (1984), ya citado, p.579; RIVERO HERNANDEZ, *"Comentario al art. 92"*, ya citado, 658; y SEISDEDOS, ya citado, p.334.

interpretación amplia que de su supuesto de hecho hemos realizado, el art. 156-párr.5º establece un sistema subsidiario de ejercicio unilateral, que sirve para todos los casos en que no haya decisión judicial sobre el ejercicio. Por lo tanto, la falta de decisión sobre este extremo en la sentencia de separación, divorcio o nulidad no dejaría el tema sin regulación sino que quedaría automáticamente sometido a la norma subsidiaria del 156-párr.5º, que adecua el ejercicio de la patria potestad a los supuestos en que los padres no conviven.

Sin embargo, tal como hemos visto anteriormente, el art. 92-párr.4º parece contradecir esta solución pues al establecer que las medidas que se podrán adoptar sobre el ejercicio serán la atribución total o parcial del mismo a uno de los cónyuges parece entender que en defecto de medidas el régimen del ejercicio seguirá siendo el que de forma general establece el art. 156-párr.1º, es decir el ejercicio conjunto.

Una vez analizado el contenido de todos los artículos que en el Código regulan el ejercicio de la patria potestad nos encontramos con los siguientes resultados: 1º, el art. 90 exige que en todo convenio regulador se establezca expresamente el régimen que seguirá el ejercicio de la patria potestad; 2º, en el ámbito de las medidas definitivas establecidas por el juez el Código no exige taxativamente que se regule esta cuestión, pero tampoco dice lo contrario; 3º, existe una norma supletoria que, entre otros supuestos, solucionaría el tema del ejercicio de la patria potestad si la sentencia no lo regulase.

Creemos que con la sola letra de la Ley habríamos de llegar a la conclusión de que sí es necesario determinar el ejercicio de la patria potestad en medidas judiciales definitivas[57] porque no hay razón para que tal cuestión deba quedar necesariamente solucionada en convenio regulador y no en medidas judiciales[58]. Esto nos llevaría por lo tanto a dar una respuesta afirmativa a la cuestión que nos planteamos en este apartado y decir que el ejercicio de la patria potestad debe ser expresamente regulado por la sentencia de separación, divorcio o nulidad, ya sea en el convenio regulador, ya directamente en las medidas adoptadas por el juez.

Indudablemente existen argumentos que apoyarían la solución contraria. En primer lugar hay que destacar que el ejercicio de la patria potestad cuando los padres no conviven no es una cuestión que necesite ser resuelta caso por caso, sino que admite una solución *a priori* apta para regular correctamente la mayoría de los casos. Así lo demuestra la existencia del art. 156-párr.5º, que establece una norma general para el ejercicio en los casos en que existe una no convivencia de los padres. Es conveniente además comparar dicho artículo con el 159, que intenta solucionar otro de los problemas que plantea la no convivencia de los padres como es el cuidado de los

---

57. Tal es la opinión de VENTOSO, ya citado, p.133; y de DE LA CAMARA, ya citado, p.78.

58. La SAT de Bilbao de 5 de noviembre de 1985 (citada en LACRUZ y otros, fascículo 1º, p.256, notas 26 y 27) afirma que las consecuencias de la separación, el divorcio o la nulidad que señala el art. 90 son de carácter necesario, por lo que salvo acuerdo de los cónyuges deben ser determinadas por el juez.

hijos: en este caso el Código remite directamente al juez para que resuelva porque no es posible dar una regla general que sea apta para regular correctamente la mayoría de los casos, y prueba de ello es que todas las normas de este tipo que se han intentado en el pasado han sido abandonadas: guarda al cónyuge inocente, a la madre, reparto por sexos, etc. Aquí podría estar la razón para que la sentencia de separación, divorcio, o nulidad tuviese que regular necesariamente la guarda pero no el ejercicio.

También la legislación extranjera nos muestra que el ejercicio de la patria potestad en los casos de no convivencia puede ser objeto de una regulación general, aunque siempre, o casi siempre, con la posibilidad de ser adaptada a las circunstancias concretas del caso, como hace el art. 156-párr.5º. Así en Francia, donde el sistema subsidiario era el del ejercicio individual y ahora el del ejercicio conjunto; Italia con un sistema de ejercicio individual con participación del no guardador en las decisiones importantes; Alemania y Portugal.

Otro argumento puede ser que en un sistema como el nuestro en que el ejercicio plantea tan pocos problemas es contraproducente obligar a unos padres que están de acuerdo sobre los temas principales y realmente conflictivos a plantearse nuevos problemas, que pueden dar lugar a nuevos desacuerdos. Además, tal como considera RIVERO[59], puede que el ejercicio, al ser una cuestión técnica y a la vez delicada, no se preste fácilmente a la regulación por los padres.

---

59. *"Las relaciones paterno-filiales ..."*, ya citado.

Por último, hay que tener en cuenta que en la práctica son numerosas las sentencias en las que no se regula el ejercicio de la patria potestad, ya hayan sido los efectos convenidos por los cónyuges y homologados por el juez, ya directamente establecidos por éste, y ello a pesar de que el art. 90 lo exige claramente en el caso de los convenios, y de que en el caso de las medidas judiciales los jueces consideran que deben decidir aun de oficio sobre todas las cuestiones del art. 90.

¿Qué se puede decir sobre la obligatoriedad de decidir el régimen del ejercicio después de exponer los argumentos en favor de una y otra posición, la dicción tajante de la ley y la práctica *contra legem* generalizada? En nuestra opinión la mejor solución, la que mejor protege el interés del menor, la que mejor se adapta a las circunstancias de la mayoría de los casos en el estado actual de esta cuestión en nuestro país, es la no necesidad de decisión sobre el ejercicio, y por lo tanto la aplicación subsidiaria de la regla del art. 156-párr.5º. Creemos que el que el juez tenga que decidir necesariamente en un tema como éste, tan poco controvertido social, judicial y doctrinalmente, no garantiza que las soluciones se adapten mejor a las especiales circunstancias de cada caso, sino a los particulares conceptos de cada juez (tal como revela la práctica, y nos remitimos para ello al apartado VI.2). Pero, en definitiva, esto son sólo argumentos que recomendarían esta solución, pero que no pueden variar la interpretación que se ha de dar a los términos del Código, que, aunque no demasiado claros, no permiten más interpretación que el considerar

obligatorio decidir sobre el ejercicio de la patria potestad.

Ahora bien, debemos tener en cuenta que esta obligatoriedad no impide que en la práctica se sigan dictando sentencias en las que no se resuelve sobre el tema, al igual que ocurre en otras parcelas del Derecho.

3. La interpretación del art. 92-párr. 4º

Tal como ha quedado de relieve en los dos apartados inmediatamente anteriores, la interpretación literal que normalmente recibe el art. 92-párr.4º, en particular en lo que al ejercicio de la patria potestad se refiere, contradice los principios generales y las reglas concretas que rigen tanto los efectos de la separación, el divorcio y la nulidad, como las relaciones paterno-filiales. Así hemos visto que mientras el art. 90-A) establece que el ejercicio ha de ser necesariamente objeto de regulación en el convenio, en lo que se refiere a las medidas judiciales el art. 92-párr.4º sólo admite tal posibilidad de regulación de forma más o menos excepcional, según queramos entenderlo[60], pero desde luego en ningún caso obligatoria. También hemos visto que el art. 92-párr.4º establece, aunque no expresamente, un régimen subsidiario de ejercicio para los casos en que el juez no haya decidido sobre el mismo, que es el contemplado por el art. 156 en su primer párrafo para los casos en que los padres conviven, en lugar de coincidir con el que en el último párrafo establece para los casos en que no conviven.

---

60. RIVERO HERNANDEZ, *"Comentario al art. 92"*, ya citado, p.661, y AA.VV., *La Ley del divorcio*, ya citado, p.74, entre otros, consideran que son medidas excepcionales.

La interpretación literal del art. 92-párr.4º lleva también a otras conclusiones inadmisibles que no hemos visto hasta ahora: así, según la interpretación literal de este artículo se podría conceder el cuidado de los hijos a uno de los padres y el ejercicio total de la patria potestad al otro, situación que la doctrina de forma unánime considera contraria al interés del menor y expresamente vedada, de forma imperativa, por el art. 156-párr.5º[61].

Pero la última y decisiva incongruencia a la que se llega con una interpretación literal del art. 92-párr.4º no afecta al ejercicio, sino al cuidado de los hijos. Respecto del mismo, el art. 92-párr.4º establece que **«Podrá también acordarse, cuando así convenga a los hijos, (...) que el cuidado de ellos corresponda a uno u otro** (de los cónyuges) **...»**. Si lo interpretamos literalmente, dándole el mismo sentido que hemos dado a la misma frase referida al ejercicio, significa que el juez puede adoptar una de esas dos medidas si así lo exige el interés de los hijos, pero que en otro caso deberá abstenerse de decidir. Indudablemente hay que preguntarse cuál será entonces el régimen de cuidado de los hijos en los casos en que nada se haya decidido sobre el mismo: será necesariamente el único sistema que el art. 92-párr.4º no nombra expresamente como medida que se puede adoptar, es decir el cuidado por ambos progenitores; y el cuidado por ambos progenitores, cuando éstos no conviven sólo puede ser realizado de forma alternada. Por lo

---

[61]. LOPEZ y LOPEZ, ya citado, p.617; RIVERO HERNANDEZ, *"Comentario al art. 92"*, ya citado, p.661; VENTOSO ESCRIBANO, ya citado, p.135.

tanto, si aceptásemos esta interpretación literal del art. 92-párr.4º llegaríamos a la conclusión de que el Código considera que el régimen de cuidado de los hijos más adecuado para los casos de separación, divorcio y nulidad es el cuidado alternado por los padres, y que sólo cuando concurran especiales circunstancias se podrá adoptar el cuidado exclusivo por uno de ellos.

Indudablemente ésta no es la interpretación que puede recibir el art. 92-párr.4º en lo que al cuidado de los hijos se refiere, y de hecho no es la que recibe por la doctrina: los autores ni siquiera llegan a plantearse la posibilidad de que no se decida sobre dicha cuestión, entendiendo que aquí el párrafo 4º hace referencia a las dos medidas que se pueden adoptar principalmente, pero que significa que hay que adoptar una u otra[62].

Cabe preguntarse entonces por qué razón no consideran que respecto del ejercicio de la patria potestad la interpretación de este párrafo debe ser la misma, puesto que la dicción del mismo no varía para uno y para otro tema.

Por todo ello creemos que sólo cabe pensar que la interpretación correcta del art. 92-párr.4º debe ser otra, que, respetando sus propias palabras, y dando el mismo sentido a la expresión "**podrá también acordarse, cuando así convenga a los hijos**" ya se refiera al cuidado

---

[62]. Se pueden ver al respecto los distintos comentarios del art. 92 ya citados. Sólo ROCA TRIAS (en Comentarios a las reformas del Derecho de Familia, p.579) considera que el régimen del cuidado alternado es efectivamente el previsto por el Código con carácter general, siendo los demás regímenes previstos sólo para circunstancias excepcionales. Sin embargo la misma autora, después de realizar tal afirmación, considera que en la práctica no será éste el régimen habitual, sino que será conveniente que se decida sobre el cuidado.

de los hijos, ya al ejercicio de la patria potestad, no contradiga el resto del régimen de los efectos de la separación y el divorcio, ni nos lleve a soluciones absurdas.

La respuesta no es difícil. Creemos que cuando el párrafo 4º establece que «**Podrá también acordarse, cuando así convenga a los hijos, (...) que el cuidado de ellos corresponda a uno u otro** (de los cónyuges) **...**», sólo puede interpretarse que el juez puede elegir (esto es lo que significa "**podrá**"), en atención al interés de los hijos (esto es lo que significa "**cuando así convenga a los hijos**"), entre conceder el cuidado a uno o a otro, no que pueda escoger entre decidir sobre el cuidado (adoptando una de estas medidas) y no decidir sobre el mismo.

Si esta es la interpretación que del verbo "**podrá**" hemos de dar, la proposición "**que la patria potestad sea ejercida total o parcialmente por uno de los cónyuges**", sólo puede ser interpretada en el sentido de que el juez puede establecer, bien un ejercicio totalmente exclusivo de la patria potestad, bien un ejercicio parcialmente exclusivo, pero que debe decidir sobre el mismo.

Con esta interpretación, que no se aparta de los términos del art. 92-párr.4º, desaparecen las contradicciones que vimos anteriormente: en primer lugar, el art. 92-párr.4º establece para las medidas judiciales un régimen similar al del 90-A) para el convenio, o sea la obligación de decidir sobre el ejercicio de la patria

potestad; en segundo lugar, y para los casos en que a pesar de tal obligación no se establezca nada sobre el ejercicio -como hemos visto ocurre a menudo en la práctica-, el régimen subsidiario será el del 156-párr.5º, que con esta nueva interpretación del 92-párr.4º no encuentra ya más obstáculo para su aplicación a los casos de separación judicial, divorcio o nulidad que la obligación de regular expresamente el ejercicio. Con esta interpretación del art. 92-párr.4º, éste y el 156-párr.5º serían, pues, dos manifestaciones de un mismo régimen para el ejercicio de la patria potestad en los casos de no convivencia de los padres: el art. 156-párr.5º expresaría la regla general mientras que el 92-párr.4º sería la aplicación de esta misma regla a unos supuestos especiales de no convivencia de los padres como son la separación judicial, el divorcio y la nulidad, especiales porque en ellos se produce necesariamente la intervención judicial.

Creemos, además, que esta interpretación del art. 92-párr.4º es independiente de la interpretación que se haga del supuesto de hecho del art. 156-párr.5º. En efecto, si en lugar de partir de una interpretación amplia del mismo como hemos hecho nosotros, partiésemos de una interpretación restringida, e hiciésemos idéntica interpretación del art. 92-párr.4º, llegaríamos a la conclusión de que el Código establece dos regímenes distintos: para la separación de hecho establece un régimen automático -el ejercicio individual- teniendo en cuenta que al ser situaciones en que por definición no ha habido intervención judicial, necesitan una adaptación del ejercicio que produzca efectos *ex-lege*. Por el contrario, para los casos de separación judicial,

divorcio y nulidad, en los que necesariamente se produce una intervención judicial el legislador considera más adecuado que sea el propio juez el que realice tal adaptación, adaptación que habrá de hacer necesariamente, estableciendo bien un régimen de ejercicio totalmente individual, bien un régimen de ejercicio parcialmente individual. Esto es lo que significa el art. 92-párr.4º.

Esta interpretación sólo plantearía un problema, y es saber qué ocurriría cuando el juez, haciendo caso omiso del mandato legal, no hubiese regulado el ejercicio, pues en tal caso el art. 156-párr. 5º no sería en principio aplicable al considerarse que su supuesto de hecho no incluye la separación judicial, el divorcio y la nulidad. La solución vendría en tal caso por la vía de la interpretación analógica: nos encontraríamos ante una situación de separación, divorcio o nulidad declarados judicialmente (por lo tanto, ante una situación de falta de convivencia entre los padres) en la que no habría regulación judicial del régimen de ejercicio; no existiría una norma que estableciese el régimen de ejercicio de la patria potestad en estos casos, pero sí existiría otra norma (el 156-párr.5º) que para una situación similar, falta de convivencia (por simple separación de hecho) sin regulación judicial del régimen de ejercicio (esta vez porque no ha habido intervención judicial), establecería cuál ha de ser el régimen de ejercicio de la patria potestad. Por lo tanto, se darían los requisitos de la aplicación analógica y el 156-párr.5º se podría aplicar también a los supuestos de separación judicial, divorcio o nulidad en que la sentencia no hay establecido el régimen de ejercicio de la patria potestad.

Por lo tanto vemos que esta interpretación del art. 92-párr.4º que proponemos es compatible tanto con una interpretación amplia como restringida del art. 156-párr.5º.

Sin embargo, esta interpretación del art. 92-párr.4º presentaría un problema nuevo, y es que habría que entender que este artículo no permite que en los casos de separación, divorcio o nulidad se establezca el ejercicio conjunto de la patria potestad. Pero este problema tiene solución. Por una parte no hay que olvidar que el art. 92 sólo regula las medidas a adoptar por el juez, por lo tanto no impediría que los padres acordasen en el convenio regulador que el ejercicio fuese conjunto. Y ello podría significar que el legislador entendió que si los padres no eran capaces de ponerse de acuerdo para establecer el ejercicio conjunto, tampoco serían capaces de llevar a la práctica tal ejercicio conjunto. Pero creemos que suponer tanta reflexión en el legislador sobre los problemas del ejercicio de la patria potestad está falto de realismo. En realidad la solución del problema viene por la vía de integrar la regulación del 92-párr.4º con el 156-párr.5º del que hemos dicho aquél ha de ser considerado una aplicación. Esto permitiría que en los casos de separación, divorcio y nulidad se pudiese establecer el ejercicio conjunto de la patria potestad aun a falta de convenio regulador.

4. Régimen de atribución del ejercicio de la patria potestad en los casos de no convivencia de los padres

Resueltos ya todos los problemas de interpretación que plantean los artículos relativos al ejercicio de la patria potestad en los casos de no convivencia de los padres podemos enfrentarnos de forma más concreta a nuestro verdadero problema que es saber cuál es en el Derecho español el régimen de atribución del ejercicio de la patria potestad en los casos de no convivencia de los padres.

Antes de ello hemos de aclarar que el art. 156-párr.5º no sólo establece una norma supletoria que rige el ejercicio cuando no se ha estipulado nada sobre el mismo, sino también ofrece criterios de decisión para regular esta materia, siendo de las pocas materias (sino la única) que en el ámbito de las medidas referidas a los hijos tiene un criterio legal.

Por lo tanto, teniendo en cuenta todo lo que hemos dicho hasta ahora, para establecer el sistema de atribución del ejercicio en los casos que estudiamos habremos de partir de las siguientes bases:

- existe obligación de regular el ejercicio de la patria potestad en las sentencias de separación, divorcio y nulidad;
- a menudo no se cumple esta exigencia;
- en los supuestos de no convivencia distintos de los casos de separación judicial, divorcio y nulidad, es decir en los casos separaciones de hecho, no hay obligación de regular el ejercicio de la patria potestad;

- el art. 156-párr.5º sirve de norma supletoria para los casos en que no se haya regulado el ejercicio, ya sea por falta de obligación de hacerlo, ya por omisión del cumplimiento de tal obligación;

- el art. 156-párr.5º también establece los criterios generales que ha seguir la regulación judicial del ejercicio en los casos en que se produzca.

A. Régimen general

En virtud del art. 156-párr.5º el ejercicio de la patria potestad corresponderá en principio a aquel progenitor que conviva con el hijo, ya sea tal convivencia una situación puramente de hecho, ya consecuencia de una resolución judicial, siempre que no se haya producido una decisión judicial sobre el ejercicio o que no haya sido regulado por los padres de común acuerdo[63].

Hay que señalar en este punto que algunos autores que mantienen una interpretación restringida del supuesto de hecho del art. 156-párr.5º, considerando que no están incluidos en él la separación judicial, el divorcio y la nulidad, aplican sin embargo el régimen subsidiario de ejercicio exclusivo por el guardador a los casos de separación judicial, divorcio y nulidad en que no haya habido expresa resolución del juez sobre el ejercicio[64]; otros, más consecuentes, consideran que en

---

[63]. En el mismo sentido LOPEZ ALARCON, *"Efectos de las sentencias de nulidad, separación y divorcio: cuestiones particulares"*, La Ley 1982-2, p.910; PEREDA GAMEZ, ya citado, p.52; y BAYOD, ya citado. También la SAT de Bilbao de 20 de julio de 1988 (La Ley 1988-4, p.240) establece con claridad que éste es el régimen a seguir.

[64]. RIVERO HERNANDEZ, *"Comentario al art. 92"*, ya citado, p.656.

tales supuestos, a falta de decisión expresa sobre el ejercicio la norma subsidiaria es el ejercicio conjunto[65].

B. Otros regímenes posibles

Se podrá, sin embargo, establecer un régimen distinto, y deberemos ver por qué vías (a) y en qué modalidades (b).

a. Vías de establecimiento

La cuestión de si el ejercicio de la patria potestad puede ser objeto de una medida provisional ha sido tratada en el apartado V.2, y como vimos entonces la mayoría de la doctrina es favorable a tal posibilidad[66].

En cuanto a las sentencias de separación, divorcio o nulidad, es indudable que pueden regular el ejercicio de la patria potestad (art. 92-párr.4º). Es más, tal como hemos visto en el apartado V.2 el Código impone la obligación de hacerlo (arts. 90-A, 91 y 92-párr.4º).

---

[65]. DE LA CAMARA, *"Principios inspiradores ..."*, ya citado, p.78; SEISDEDOS, *La patria potestad dual*, ya citado, p.334.

Por el contrario ROCA TRIAS (*"Comentario al art. 92"*, en Las reformas del Derecho de Familia, ya citado, p.579), que considera que el art. 156-párr.5º es aplicable a los casos de separación judicial, divorcio y nulidad, afirma sin embargo que en ausencia de decisión judicial el régimen será el ejercicio conjunto. Cabe preguntarse entonces qué significa que el art. 156-párr.5º se aplica a estos supuestos. En el comentario que al art. 92 hace esta autora en 1991 (en AA.VV. (Ministerio de Justicia), Comentario del Código Civil), no se dice ya que el régimen de ejercicio en ausencia de decisión es el de ejercicio conjunto aunque tampoco se dice lo contrario.

[66]. Ver los trabajos ya citados de DE LOS MOZOS-HERRERO GARCIA, *"Comentario al art. 103"*, p.855; HERRERO GARCIA, ya citado, p.200; RIVERO HERNANDEZ, *"Comentario al art. 103"*, p.686 y VALPUESTA FERNANDEZ, *"Comentario al art. 103"*, p.418.

La alteración del régimen de ejercicio de la patria potestad ya vigente también podrá ser objeto de una medida por la vía de la modificación de medidas dictadas en sentencia de separación, divorcio o nulidad.

Pero, para hacer uso de la posibilidad que concede el 2º inciso del art. 156-párr.5º, los padres no casados no podrán solicitar una decisión sobre el ejercicio por ninguna de las vías anteriores. Los padres no casados podrán recurrir a la vía de la jurisdicción voluntaria, tal como establece la disposición transitoria 10ª-2º de la Ley de 13 de mayo de 1981, siempre que se estime que es una cuestión urgente. Cuando la situación no necesite una resolución urgente podrán acudir al juicio de menor cuantía en virtud del art. 484-4º de la LEC. En el caso de padres casados y separados de hecho, el art. 156-párr.5º permite que, sin necesidad de pedir la separación, el divorcio o la mulidad, puedan solicitar una decisión judicial sobre el ejercicio de la patria potestad. Para ello tendrán abiertas las mismas vías que en los casos de filiación no matrimonial.

Por último, se pregunta la doctrina si el ejercicio de la patria potestad puede ser objeto de un pacto extrajudicial entre los padres. La materia no es indisponible, como afirma de modo unánime la doctrina hoy en día, y el Código admite expresamente pactos extrajudiciales en otros aspectos de la patria potestad tan importantes como el cuidado del hijo (art. 159). No existe por lo tanto ninguna razón para no aceptar tales pactos.

b. Regímenes que se pueden establecer

Referiremos aquí únicamente las modalidades de ejercicio de la patria potestad que pueden ser establecidas, bien por los padres, bien por el propio juez, en los casos de no convivencia de aquéllos, sin detenernos ahora en los requisitos o circunstancias que puedan ser necesarios para establecer una u otra modalidad. De todas formas conviene señalar que el margen de actuación de los padres será más amplio que el del juez.

En la regulación de los regímenes de ejercicio que se pueden adoptar en los casos de no convivencia de los padres, hemos visto que coinciden el art. 156-párr.5º -aplicable a todos los supuestos de no convivencia- y el 92-párr.4º -que regula especialmente los supuestos de separación judicial, divorcio y nulidad-[67]. Sin embargo, tal como ya hemos dicho, esta dualidad de regulaciones no supone ningún problema puesto que ambos artículos son expresión de una misma regla general. Además, debido al mayor rigor y a la mayor claridad con la que se expresa el art. 156-párr.5º, en caso de contradicción creemos que éste debe prevalecer.

El primer régimen de ejercicio de la patria potestad a que hemos de referirnos es el ejercicio exclusivo por el progenitor que no tiene la guarda de los hijos. De acuerdo con el art. 92-párr.4º tal combinación podría ser establecida por el juez, aunque desde luego este artículo no la cita de forma expresa. Por el

---

[67]. De la misma oponión se manifiestan ROCA TRIAS, (*"Comentario al art. 92"*, en Las reformas del Derecho de Familia (1984), p.577) y AA.VV., *La Ley del divorcio*, ya citado, p.82), aunque sin extraer de ello las conclusiones adecuadas.

contrario, el art. 156-párr.5º que sí hace un elenco de los posibles regímenes de ejercicio no dice en ningún momento que el ejercicio exclusivo pueda corresponder al no guardador. Esta exclusión del ejercicio exclusivo por el guardador ha sido considerada por la doctrina como una norma imperativa[68], por ser contrario tal régimen al interés del menos, pues el guardador no puede desarrollar correctamente su función si no detenta al menos una porción del ejercicio de la patria potestad[69].

El ejercicio conjunto es establecido como modalidad posible por el art. 156-párr.5º. Aunque ya vimos que el art. 92-4 no contempla tal posibilidad, hay que aceptarla también para los casos de separación judicial, divorcio y nulidad, en primer lugar porque creemos que el 156-párr.5º debe complementar al 92-párr.4º cuando sea necesario. En segundo lugar porque, tal como señalaba el Grupo Parlamentario de UCD (al fin y al cabo, el sostén principal de esta Ley) «la separación no se opone necesariamente a que se aplique (...) el ejercicio conjunto de la patria potestad». Así lo acepta también la doctrina, aunque un sector de la misma considere este régimen con recelo, por no adaptarse a su entender a la situación de falta de convivencia de los

---

68. LOPEZ y LOPEZ, ya citado, p.617.

69. En este sentido RIVERO HERNANDEZ, *"Comentario al art. 92"*, ya citado, p.661; SEISDEDOS, ya citado, p.340; y VENTOSO ESCRIBANO, ya citado, p.135. Por el contrario, ROCA TRIAS (*"Comentario al art. 92"*, en Las reformas del Derecho de familia, p.580) considera que tal régimen es posible de acuerdo con el art. 92-párr.4º, aunque en otro punto de su comentario (p.577) parece excluirlo, pues considera que al conectar convivencia con ejercicio exclusivo el art. 156-párr.5 complementa el art. 92-párr.4º.

padres, que consideran va siempre acompañada de falta de entendimiento entre ellos.

También cabe establecer lo que el art. 156-párr.5º llama distribución de funciones, que consiste en que cada función sea ejercida en exclusiva por uno de los padres, posibilidad que tampoco contempla el art. 92-párr.4º, pero que también debe ser aceptada para todos los supuestos. Pero, si antes hemos visto que el art. 156-párr.5º no permite el ejercicio exclusivo de toda la patria potestad por el no guardador vemos ahora que sí permite el ejercicio exclusivo por el no guardador de parte de la patria potestad. Las dos normas han de ser conectadas. Ya hemos dicho que la razón por la cual el no guardador no puede ser ejerciente exclusivo de la patria potestad es que el guardador no puede ejercer correctamente su función si se le priva del ejercicio de determinadas funciones directamente relacionadas (o imbricadas) con la guarda. Por lo tanto no se podrá conceder al no guardador el ejercicio de aquellas funciones directamente relacionadas con la guarda, sino sólo de las que no tengan relación con ella[70] (aunque habría que ver si no se podría encomendar la educación religiosa del hijo al progenitor no guardador que tiene la misma religión que el niño, no compartida por el guardador).

Por último, el art. 92-párr.4º contempla la posibilidad de una atribución parcial del ejercicio de la patria potestad a uno de los cónyuges, lo que significa que una parte del ejercicio es conjunto mientras que otra

---

[70]. En este sentido, SEISDEDOS, *La patria potestad dual*, ya citado, p.249.

parte es exclusivo, cabiendo dos posibilidades: que determinadas funciones sean ejercidas conjuntamente por ambos progenitores y otras lo sean exclusivamente por el guardador, o por el contrario, que las funciones ejercidas de forma unilateral lo sean por el no guardador. Pero habrá de tenerse en cuenta que las funciones relacionadas con la guarda sólo pueden ser ejercidas bien de forma conjunta, bien de forma exclusiva por el guardador, no cabrá por lo tanto que se establezca el ejercicio exclusivo de estas funciones por el no guardador y el ejercicio conjunto de las restantes, pero sí cabrá que se establezca el ejercicio conjunto de las funciones relacionadas con la guarda y el ejercicio exclusivo de otras funciones, como la administración, por el no guardador.

Tanto la atribución parcial como la distribución de funciones deberán ir acompañadas de una delimitación lo más precisa posible para evitar desacuerdos futuros[71].

C. Modificación del régimen de ejercicio

El régimen general para la modificación de las medidas adoptadas en una sentencia de separación, divorcio o nulidad es que tal modificación sólo es posible cuando las circunstancias que se tuvieron en cuenta se han alterado sustancialmente. Por el contrario, en lo que respecta al ejercicio de la patria potestad, el art. 156-párr.5º parece menos exigente: si el ejercicio de la patria potestad es individual bastará que el otro

---

[71]. Así RIVERO HERNANDEZ. *"Comentario al art. 92"*, ya citado, p.661.

progenitor pida un cambio para que tal posibilidad sea examinada.

A pesar de ello, no creemos que exista contradicción entre ambas regulaciones. En efecto, el art. 156-párr.5º se refiere a los casos en que no existe una previa declaración judicial sobre el ejercicio, sino que el régimen es el ejercicio individual por aplicación automática del mismo artículo, por lo tanto, cuando sí exista una resolución judicial sobre el ejercicio, no será el régimen del art. 156-párr.5º el que habrá que aplicar, sino el general de la modificación de medidas. Por lo tanto el régimen de ejercicio establecido en sentencia judicial sólo se podrá modificar si se han alterado sustancialmente las circunstancias.

VI. CRITERIOS DE DECISION EN CASO DE INTERVENCION JUDICIAL

1. Criterios legales

Aquí, como en todos los restantes temas que al ejercicio de la patria potestad se refieren, nos encontramos con la doble regulación de los arts. 92-párr.4º y 156-párr.5º, problema que ya fue resuelto de modo definitivo en el apartado V.3. Por lo tanto, de acuerdo con la solución que allí dimos al problema, ambos artículos regirán esta materia pero con preeminencia del 156-párr.5º, que de forma más clara y rigurosa establece los criterios que el juez debe tener en cuenta al decidir sobre el ejercicio de la patria potestad.

Por supuesto, los autores que mantienen una interpretación restrictiva del art. 156-párr.5º consideran que los criterios para decidir sobre el ejercicio son distintos según se trate de una situación de filiación no matrimonial o matrimonial. En el primer caso, si el juez es llamado a decidir los criterios a seguir serán los marcados por el art. 156-párr.5º, es decir, preferencia del ejercicio individual, por el contrario, si se trata de un caso de filiación matrimonial, planteada la separación, el divorcio o la nulidad, el ejercicio será decidido en virtud de lo establecido por el art. 92-párr.4º, interpretado por estos autores en el sentido de que otorga una clara preeminencia al ejercicio conjunto[72]. Sin embargo, creemos que si la interpretación del 92-párr.4º es la que hemos propuesto en el apartado V.5, aun cuando se considere que éste es el único artículo aplicable a los casos de separación judicial, divorcio y nulidad, habrá que entender que el criterio del legislador es el mismo, es decir, considerar que el ejercicio individual (o al menos parcialmente individual) es el más adecuado para los casos en que los padres no conviven.

Volviendo a nuestra posición sobre el tema, el primer inciso del párrafo 5º del art. 156 establece una regla que conecta directamente convivencia con el niño y ejercicio de la patria potestad, independientemente de toda intervención judicial. Pero en los casos de sepración judicial, divorcio y nulidad el Código exige que la sentencia se pronuncie expresamente sobre el ejercicio. También el 2º inciso del art. 156-párr.5º prevé que se

---

[72]. Por todos, ver SEISDEDOS, *La patria potestad dual*, ya citado, p.333 y siguientes.

pueda modificar el régimen que de forma automática establece su primer inciso.

Las vías por las que tal previsión puede hacerse efectiva ya las vimos en el apartado V.4.B.a, queda ahora por saber qué criterios habrá de seguir el juez en su decisión.

A. El interés del menor: el ejercicio individual como expresión del mismo

Indudablemente el juez debe decidir en interés del menor, principio general que rige toda la materia relativa a los hijos, y que es expresamente recordado por el legislador en el art. 156-párr.5º. Pero, como en todas las ocasiones en que el criterio de decisión es el interés del hijo -criterio abstracto donde los haya- surge la pregunta de si existe en la propia ley algún indicio que nos permita concretar cómo debe ser entendido el interés del menor en relación con el tema que nos ocupa, en este caso el ejercicio de la patria potestad cuando los progenitores no conviven entre ellos.

Creemos que para responder a esta pregunta el párrafo 5º del art. 156 debe ser analizado de forma conjunta, y no dividido en los dos incisos a los que hemos hecho referencia anteriormente. En efecto, el párrafo 5º contemplado en su conjunto adquiere una nueva dimensión, pues no solamente establece el régimen subsidiario y concede el permiso para cambiarlo, sino que al exigir una solicitud motivada para iniciar el trámite de modificación del régimen subsidiario nos dice que el legislador entiende que el régimen de ejercicio que mejor se adapta a las circunstancias contempladas es el régimen de ejercicio exclusivo por el guardador, y que, por lo

tanto, será necesario que existan circunstancias especiales para que se establezca un régimen distinto a éste[73]. En virtud de ello consideramos inadecuado que el juez conceda el ejercicio conjunto de la patria potestad sin hacer estado de las especiales circunstancias que lo justifican, tal como a menudo sucede.

Para entender correctamente el porqué de este criterio hay que tener en cuenta que el art. 156-párr.5º está previsto para un supuesto en el que no existe acuerdo entre los padres sobre el modo en el que se ha de llevar a cabo el ejercicio de la patria potestad, falta de acuerdo que motiva el que sea necesario recurrir a la intervención judicial para modificar el régimen de ejercicio. Por una parte esto significa que el criterio del párrafo 5º no se aplica directamente a los casos en que exista acuerdo entre los padres sobre el modo de ejercicio de la patria potestad, y por otra explica la rigidez del criterio señalado por el legislador. En efecto, parece bastante razonable que si los padres no han sido capaces de ponerse de acuerdo sobre el régimen que en adelante deberá regir el ejercicio de la patria potestad, quepa pensar que tampoco van a ser capaces de ponerse de acuerdo para llevar a cabo el ejercicio conjunto, por lo que será conveniente no establecerlo.

El legislador español ha adoptado así un criterio restrictivo respecto del ejercicio conjunto, dejándolo reducido en la práctica a los casos en que los padres lo adopten de mutuo acuerdo y a algunos otros supuestos en que las especiales circunstancias recomienden adoptar este régimen como el más conveniente para los menores.

---

[73]. SEISDEDOS, *La patria potestad dual*, p.252.

Con este criterio nuestro Código está lejos de la actual solución del Derecho francés[74] que considera que el ejercicio conjunto es la modalidad que mejor protege el interés de los niños, aun cuando no exista acuerdo *a priori* entre sus padres, porque elimina en gran medida las tensiones y los sentimientos de enfrentamiento que normalmente se derivan de una separación o divorcio, situación en la que uno de los padres siente que ha perdido todo poder real de influencia sobre sus hijos al no tener ni la convivencia (guarda), ni el poder de decisión (ejercicio), mientras que el otro se siente propietario absoluto de ellos[75]. Por el contrario, con el ejercicio conjunto ambos progenitores se sienten responsables del niño, y no se encastillan en sus posiciones, limándose muy a menudo los enfrentamientos que existían previamente. En cuanto al ejercicio individual, el Derecho francés considera hoy en día que debe quedar reservado para aquellos casos en que existan circunstancias muy especiales, como son el abandono por uno de los padres de todas sus obligaciones y derechos hacia los hijos, los casos extremos de enfrentamiento entre los padres, etc. En todos los restantes casos el ejercicio de la patria potestad se concede a ambos progenitores, al parecer con excelentes resultados comprobados por el descenso de una conflictividad post-divorcio que hasta entonces no había cesado de aumentar[76].

---

[74]. Introducida por la Ley de 8 de enero de 1993, ampliando la reforma iniciada por la de 22 de julio de 1987.

[75]. Ver la descripción de esta situación en el apartado V.1 del Capítulo sobre el cuidado de los hijos, y las obras en él citadas que analizan con más detenimiento esta situación.

[76]. Ver FULCHIRON, *"Une nouvelle réforme ..."*, ya citado.

Esta concepción del ejercicio conjunto de la patria potestad como instrumento de pacificación de las disputas post-divorcio, pacificación que indudablemente repercute más en el bienestar de los hijos que todas las medidas que se puedan tomar, no ha surgido de pronto de la cabeza de un estudioso del Derecho o de las transformaciones sociales[77], sino que ha sido fruto de una evolución en la que la sociedad y el Derecho se han empujado uno a otro, creándose una conciencia social de que el ejercicio conjunto de la patria potestad era el mejor instrumento para que los padres divorciados siguieran participando activamente en la vida de sus hijos.

Creemos que este proceso no puede ser sustituido por la sola decisión legislativa de implantar el ejercicio conjunto como norma para las separaciones y los divorcios en un país, como el nuestro, en el que el ejercicio de la patria potestad no ha levantado nunca la más mínima polémica social. Por ello en nuestro país el padre al que se le atribuye el ejercicio conjunto (cosa que ocurre hoy en día con cierta frecuencia al creer los jueces que éste es el régimen general para los casos de separación judicial, divorcio y nulidad) experimenta las mismas sensaciones que aquél al que no se le atribuye tal ejercicio, y, por lo tanto, establecer el ejercicio conjunto como régimen general no serviría de nada en nuestro país. Esto se puede comprobar analizando el caso italiano: la Ley de 6 de marzo de 1987 introdujo la posibilidad de que se estableciese el allí llamado

---

77. Aunque ya en 1985 FULCHIRON (*Autorité parentale ...*, ya citado, p. 218) recomendaba adoptar este régimen de ejercicio aun en los casos de enfrentamiento entre los padres por considerar que tenía virtudes apaciguadoras.

affidamento congiunto (guarda conjunta) como una gran aportación legislativa[78], pero el éxito de esta fórmula ha sido muy reducido en la práctica, y ha llegado a ser considerada por algunos autores como un verdadero fraude a todas las partes implicadas en el conflicto y, en particular, al interés del hijo[79].

A pesar de todo ello, la regulación que en nuestro Código se hace del ejercicio de la patria potestad en los casos de no convivencia permitiría, si la evolución de las ideas siguiese el mismo camino que en Francia, conceder el ejercicio conjunto prácticamente en las mismas circunstancias en que lo permite el actual Derecho francés: sólo haría falta para ello que se considerase (y que fuese probable) que la situación de enfrentamiento entre los padres no es óbice para que el ejercicio conjunto redunde en beneficio de los hijos.

Antes de terminar este apartado queremos señalar un dato que nos parece importante: los criterios que el art. 156-párr.5º ofrece para la regulación del ejercicio son los únicos criterios interpretativos de cuál es el interés del menor que se pueden encontrar en el Código después de la reforma del art. 159, que ha hecho desaparecer el criterio según el cual el interés del menor de 7 años era convivir con su madre.

Quizás también se pueda hallar un criterio en los arts. 94 y 160 que es que el interés del menor exige el mantenimiento de una relación con el progenitor que no tiene su custodia, y que el derecho de visita es el

---

78. Ver GRIMALDI, *"Affidamento congiunto ..."*, ya citado.

79. CANOVA y GRASSO, ya citado.

instrumento para ello (como ya veremos con más detenimiento en el siguiente capítulo). Pero en nuestra opinión dicho criterio es menos claro que el relativo al ejercicio pues sólo le dice al juez que tiene que conceder un derecho de visita, pero no en qué medida, con qué contenido, mientras que respecto del ejercicio de la patria potestad el juez no tiene más que adoptar el criterio legal, y conceder el ejercicio exclusivo, sin ninguna adaptación (siempre claro está que se encuentre ante una situación "normal").

B. Circunstancias que justificarían la adopción de otros regímenes de ejercicio

En cuanto a las circunstancias necesarias para que el juez conceda alguno de los restantes sistemas de ejercicio posibles, el Código no dice nada. Quizás el ejercicio conjunto deba ser considerado, dentro de la excepcionalidad, el régimen normal, mientras que los otros dos quedan para circunstancias que pidan expresamente esos regímenes como solución a necesidades particulares. Este puede ser el sentido del art. 156-párr.5º que parece referirse al ejercicio conjunto como la excepción más corriente.

Partiendo de esta idea intentaremos señalar las circunstancias que han de darse para que se adopte cada una de estas modalidades de ejercicio.

a. El ejercicio conjunto

Tal como señala SEISDEDOS[80], nuestro Código no especifica qué circunstancias han de concurrir para que

---

[80]. *La patria potestad dual*, ya citado, p.335.

se mantenga el ejercicio conjunto[81]. Por ello serán de utilidad las consideraciones que al respecto se han realizado en los ordenamientos cercanos al nuestro.

En Alemania el sistema de patria potestad conjunta fue aceptado por los tribunales cuando era la opción escogida de común acuerdo por los padres, basándose en el amplio margen que a la autonomía de los padres concede el Derecho alemán. Sin embargo, el legislador al reformar la patria potestad por Ley de 18 de julio de 1979 consideró que dicho sistema no protegía suficientemente el interés de los hijos porque lo que hacían los padres en realidad era posponer el problema para más adelante[82]. Pero la prohibición de la patria potestad conjunta que de hecho supuso la redacción dada al párrafo 1671,4,1, fue considerada contraria al art. 6-2 de la Ley Fundamental alemana por la sentencia del Tribunal Constitucional de 31 de noviembre de 1982. A pesar de ello dicho Tribunal consideró que el ejercicio conjunto sería una solución excepcional, para los casos en que habiendo acuerdo entre los padres, el hijo se encontrase igualmente ligado a ambos progenitores, y no existiesen entre ellos motivos de conflicto que pudiesen repercutir negativamente sobre el hijo[83].

---

81. Aunque de acuerdo con la opinión de dicha autora, que considera que el ejercicio conjunto es la regla general en el Código, éste debería especificar las circunstancias que han de concurrir para que se suprima el ejercicio conjunto, no para que se conceda.

82. SEISDEDOS, *La patria potestad dual*; y DEKEUWER, *"Note à C.Cass., Civ., 2ª, 21 mars 1993"* (JCP 1984.II.20163).

83. Ver SEISDEDOS, *La patria potestad dual*, p.298, y también WEYERS y KUNHN-PÄBST, *"Apuntes sobre la evolución del Derecho civil ... en 1981/82"*, ya citado, p.163.

Sobre el mismo tema de las circunstancias que han de darse para establecer el ejercicio conjunto, la doctrina y la jurisprudencia francesa han evolucionado muy rápidamente en pocos años, y si al principio se consideró que el ejercicio conjunto sólo podía ser concedido cuando existiese acuerdo de los padres[84], en un momento posterior, primero la jurisprudencia, que aceptó esta creación de la práctica forense[85], y después la Ley de 22 de julio de 1987 que introdujo tal posibilidad en el Código rechazaron exigir como requisito tal acuerdo por considerar que había circunstancias en que a pesar de la falta de acuerdo en el momento inicial el ejercicio conjunto podía ser beneficioso para el hijo. Esta postura recibió la aprobación de la doctrina[86] y los tribunales se encaminaron rápidamente en esta nueva dirección, de tal manera que ya antes de que la Ley de 8 de enero de 1993 estableciese el ejercicio conjunto de la patria potestad como norma en los casos de padres que no conviven, los jueces y tribunales concedían el ejercicio en esta modalidad en alrededor de un 60% de los casos[87].

---

84. Así NICOLAS-MAGUIN, *"A propos de la garde conjointe..."*, ya citado, p.113. La evolución que en torno a la *garde conjointe* se produjo en Francia puede conocerse de forma resumida en DEKEUWER, obra ya citada.

85. C.A. Montpellier, de 22 de abril de 1980, y Trib. de Marseille, de 28 de abril de 1981 (ambas citadas por DEKEUWER, *"Note à C.Cass., Civ., 2ª, 21 mars 1993"*). También C.A. Paris, de 28 de mayo de 1982 (JCP 1983.II.20042) en caso de filiación no matrimonial.

86. DORSNER-DOLIVET, ya citado, pp. 105-106; MORANÇAIS-DEMEESTER, ya citado, p.10.

87. FULCHIRON, *"Une nouvelle réforme ..."*, ya citado, p.118.

Sin embargo, para nuestro interés particular conviene tener en cuenta el estado de la cuestión en los primeros momentos de dicha evolución, es decir cuando el ejercicio conjunto era aun la excepción -situación más cercana al estado actual de nuestro ordenamiento y de nuestras opiniones-. En aquel momento los requisitos exigidos[88] giraban fundamentalmente en torno a que el juez considerase que, aunque en el momento de la decisión no existiese acuerdo entre los padres sobre la conveniencia del ejercicio conjunto, era bastante probable que una ve que el ejercicio conjunto fuese establecido los padres lograsen dejar de lado sus diferencias y actuar en interés del hijo[89].

En cuanto a nuestro Código, no exige desde luego acuerdo de los padres para que el ejercicio conjunto se pueda establecer, como lo prueba la propia dicción del art. 156-párr.5º: «...el Juez, a solicitud fundada del otro cónyuge ...», pero tampoco establece las circunstancias en que podrá concederse el ejercicio conjunto. Al considerarse éste como una medida excepcional, las circunstancias que lo justifiquen también habrán

---

[88]. Hay que tener en cuenta que en Francia bajo el nombre de *garde conjointe* se esconden -o mejor, se escondían- dos modalidades que para nosotros son distintas: en ambas el ejercicio de la patria potestad es conjunto, pero la guarda de los hijos puede corresponder a uno solo de los progenitores, o por el contrario ser alternada. Esta circunstancia ha de ser tenida en cuenta cuando se analizan los requisitos que doctrina y jurisprudencia francesa han considerado exigibles para conceder la *garde conjointe*.

[89]. Así lo expresaba el Trib. de Versailles: «La toma de conciencia de las partes de la realidad de su conflicto y de las repercusiones de éste sobre sus hijos debería permitia al padre y a la madre, cuyo nivel intelectual es alto, de hacer evolucionar la situación en un sentido favorable al interés del menor» (sentencia 28 de abril de 1981, citada por DEKEUWER, *"Note à ..."*, p.4).

de ser excepcionales en cierta medida, y excepcionales respecto a las circunstancias que normalmente se dan en los casos en que los padres no conviven. Estas circunstancias en el momento actual suelen ser de un cierto enfrentamiento entre los padres, y también de una falta de conciencia de que sus enfrentamientos provocan en los hijos consecuencias dolorosas. Por lo tanto, creemos que si, aunque exista enfrentamiento entre los padres, existe en ellos una verdadera preocupación por el interés de los hijos que les permita ser conscientes de que éste depende de su propio comportamiento, el juez podrá decretar el ejercicio conjunto si piensa que puede redundar en beneficio de los hijos. Pero para que la medida sea realmente eficaz, creemos que no bastará con establecerla sin más, sino que deberá ir acompañada de una clara exposición de las razones por las que se ha adoptado, exposición que podrá tener una función pedagógica sobre el ánimo de los padres, tal como el ejemplo francés ha demostrado que puede ocurrir.

Por último cabe reseñar como dato curioso que en la doctrina española incluso los autores que consideran que de acuerdo con el art. 92-párr.4º el ejercicio conjunto ha de ser considerado la regla general muestran un cierto rechazo a que en la práctica éste sea el régimen de ejercicio adoptado con mayor asiduidad, por las dificultades que entraña en los casos en que los padres no conviven[90].

---

[90]. Como ya hemos señalado anteriormente SEISDEDOS, (*La patria potestad dual*, p.334) mantiene esta posición, y cita a varios autores en el mismo sentido. También se manifiesta del mismo modo ROCA TRIAS, *"Comentario al art. 92"*, p. 579.

b. La distribución de funciones

Este sistema de ejercicio se conecta a menudo por la doctrina con la administración de los bienes del menor, y así lo hacen expresamente el párr. 1671,4,2, del BGB, y el art. 288-párr.3º del Código civil francés. En efecto, las cualidades necesarias para desempeñar correctamente la guarda y las adecuadas para administrar correctamente los bienes no son las mismas, por lo que no parece lógico que ambas funciones tengan que ir necesariamente unidas. Cierto es que los casos en que, viviendo ambos progenitores, el niño tiene un patrimonio que administrar son bastante escasos, lo que justifica que el régimen general otorgue la administración (que será prácticamente irrelevante) al guardador. Pero en aquellos casos en que exista tal patrimonio el juez deberá estudiar el tema de la administración independientemente del de la guarda y repartir las funciones entre ambos progenitores si estima que es lo más conveniente.

En cuanto a otras funciones que puedan dar lugar a esta distribución, existe una cuestión que no sabemos que se haya planteado hasta ahora ante los tribunales españoles, pero que sí ha estado presente en el caso francés, que es el de la educación religiosa de los hijos. Las creencias religiosas de los padres son habitualmente excluidas como criterio para la concesión de la guarda. Esto puede llevar a que corresponda el papel de guardador al progenitor que no comparte la religión en la que hasta entonces se ha educado a los hijos, y en la que, bien por acuerdo de los padres, bien por decisión judicial dirimiendo el desacuerdo, los hijos han de seguir educándose. En estos casos es lógico que la educación religiosa sea encomendada al progenitor no

guardador que tiene esas mismas creencias religiosas, educación que será normalmente desarrollada durante los periodos de visita, circunstancia que habrá de ser tenida en cuenta al fijar el régimen correspondiente.

c. La atribución parcial del ejercicio

En cuanto a la atribución parcial del ejercicio, puede ser por una parte una forma de crear un régimen intermedio entre el exclusivo y el conjunto, si se establece que determinadas decisiones importantes (principalmente relativas a las orientaciones educativas, aunque se pueden pensar otras) sean tomadas de común acuerdo entre los padres, quedando el resto de la patria potestad sometido al ejercicio exclusivo del guardador[91]. Con esta fórmula se alcanzaría una situación similar al que es en Italia régimen común de ejercicio (art. 155-párr.5º), régimen probablemente más adaptado a la generalidad de los casos en que los padres no viven juntos, en que no dándose las circunstancias propicias para que el ejercicio conjunto se desarrolle adecuadamente, tampoco existe una situación de enfrentamiento total que imposibilite que ciertas decisiones trascendentales sean tomadas de común acuerdo, quedando siempre la posibilidad de acudir a la acción dirimente del juez (art. 156-párr.3º) si no se llegase a un acuerdo.

La atribución parcial también puede ser una forma de solucionar el tema de la administración en el caso de que el menor sea titular de bienes de cierta importancia. Ya se considere que es el propio guardador el más apto para la administración, ya sea el no guarda-

---

91. Así lo hizo la sentencia de la Audiencia de Madrid que, recurrida, dio origen a la STS de 19 de octubre de 1992 (RA 152).

dor, conceder la administración de un patrimonio a uno solo de los padres supone un cierto peligro que, a nuestro entender, no está suficientemente prevenido por la actual regulación del Código, tal como demuestran casos como el resuelto por la STS de 28 de noviembre de 1989[92].

Antes de terminar este apartado sobre los criterios legales de decisión hay que decir que aunque el principio de disponibilidad está fuertemente matizado en el ámbito de los procesos matrimoniales, siguen siendo procesos civiles, y por lo tanto sometidos a él, salvo cuando intereses superiores (por ejemplo la protección del interés del menor) así lo exijan. En particular en el tema de los efectos de la separación, el divorcio y la nulidad, la ruptura del principio de rogación se pone de manifiesto porque aunque los padres no pidan ningún pronunciamiento, el juez habrá de pronunciarse sobre una serie de cuestiones, tal como lo exige la conjunción de los arts. 90 y 91, y ello porque el legislador ha considerado que la protección del interés de los hijos así lo exige. Pero esto no significa que el principio de rogación haya desaparecido por completo: así creemos que en el tema del ejercicio de la patria potestad recobra su valor, y el juez no podrá establecer un régimen distinto

---

92. CCJC 1990, nº 570: la madre viuda de cinco hijos garantizó un préstamo que se realizó a una empresa de la que era titular con dos imposiciones a plazo fijo por importe de 25 millones, de las cuales eran titulares sus hijos, y que éstos habían recibido como indemnización por la muerte en accidente de tráfico de su padre. Ante la situación de suspensión de pagos de la empresa el titular del préstamo cobró la deuda, que alcanzaba la totalidad del importe de los depósitos de los hijos. Las mismas actuaciones pueden darse en el caso de que la administración corresponda a uno sólo de los padres no convivientes.

del ejercicio exclusivo del guardador salvo que una de las partes lo haya pedido, o que el juez estime que el interés de los hijos lo exige imperiosamente[93]. Además, si no se hubiese pedido ningún pronunciamiento sobre el ejercicio, creemos que el principio de defensa exige que sea comunicado a las partes que tal tema deberá necesariamente ser resuelto en la sentencia al objeto de que planteen las pruebas y alegaciones que estimen oportunas. En otro caso, si sin cumplir este trámite el juez decidiese, podría estimarse que ha habido indefensión.

2. Criterios judiciales: diversidad de posiciones

En toda nuestra exposición anterior hemos optado por una determinada interpretación del conjunto de artículos que al ejercicio se refieren, llegando a la conclusión de que en los casos en que los padres no conviven la regla es el ejercicio individual, mientras que las restantes modalidades de ejercicio conocidas constituyen la excepción. Sin embargo, tal como ya hemos dicho, esta interpretación está lejos de ser pacífica, manteniendo un importante sector de la doctrina que la regla en los casos en que existe una sentencia de separación, divorcio o nulidad (que consituyen sin duda los más numerosos) es el ejercicio conjunto.

---

[93]. Un caso en que tal decisión sea necesaria puede darse si se concede la guarda de los hijos a un progenitor con las facultades mentales disminuidas, considerado sin embargo el más idóneo por la fuerte relación que tenga con los hijos y porque es capaz de ocuparse de ellos. Un caso similar puede verse en la Sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 17 de febrero de 1982 (citada por WEYERS y KUNHN-PÄBST, ADC 1984, p.163), aunque la disputa por la guarda no fuese entre los padres, sino iniciada por un organismo tutelar de menores.

Las sentencias de instancia se dividen, como la doctrina, entre estas dos opiniones, existiendo un tercer grupo de sentencias difícilmente encuadrables porque sólo contienen expresiones vagas referidas a la patria potestad o a su ejercicio. Estas sentencias han sido colocadas en un tercer apartado siendo objeto de una específica labor de interpretación.

A pesar de esta clasificación que puede parecer muy minuciosa y, por lo tanto, basada en abundantes y firmes datos, conviene aclarar que dado el poco interés que, como dijimos al principio de este capítulo, despierta el ejercicio de la patria potestad tanto en la sociedad española como en el mundo judicial, los criterios de decisión que se pueden extraer de las sentencias que conocemos están mucho menos asentados que los criterios de decisión empleados por los mismos jueces en otros aspectos de la situación jurídica de los hijos de padres que no conviven, como la guarda (que ya hemos visto), o el derecho de visita (que veremos en el Capítulo siguiente).

A. <u>El ejercicio conjunto considerado como regla</u>

Las sentencias judiciales que parten del presupuesto de que el ejercicio de la patria potestad ha de ser conjunto, parecen entender esta regla con un rigor absoluto[94] tal como lo demuestran por un lado las declaraciones generales que sobre tal regla hacen y por otro las circunstancias que son consideradas insuficientes para alterar la regla (a). También las sentencias que conceden el ejercicio individual a pesar de considerar

---

[94]. En contra de la propia opinión del sector doctrinal que mantiene también el ejercicio conjunto es la regla general.

que el ejercicio conjunto es la regla (b) ponen de relieve la inflexibilidad de dicha regla, por el carácter extremo de las circunstancias que consideran aptas para dar lugar a dicho pronunciamiento.

Como ejemplo de la concepción más estricta de la regla del ejercicio conjunto podemos aportar la de la SAT de La Coruña de 30 de mayo de 1988[95] que consideró que «tanto la medida de privación de la patria potestad como la de atribución exclusiva de su ejercicio a uno de los cónyuges, que contempla el art. 92 (...) deben revestir un carácter excepcional para aquellos casos en que tan radicales medidas vengan justificadas por circunstancias extremas que seriamente pongan en peligro la educación y formación de los hijos»[96].

a. Circunstancias que no justifican la alteración de la regla

La SAT de Pamplona de 28 de marzo de 1988[97] considera que el hecho de que los padres vivan uno en España y la otra en Méjico no es circunstancia que justifique que el padre sea privado de la "potestad" que le corresponde. Esta sentencia viene a corroborar el carácter inflexible con que la regla del ejercicio conjunto es entendida por algunos tribunales, pues la cercanía de residencias entre los progenitores es considerada requisito necesario para que el ejercicio

---

[95]. RGD 1989, p.2550.

[96]. En el mismo sentido la SAT de 23 de marzo de 1983 (GARCIA GIL, p. 242) y la SAT de Barcelona de 6 de diciembre de 1984 (RJC 1985, Jurisprudencia, p.338, citada por SEISDEDOS, p.334, nota 382) (aunque en ésta quizás haya una confusión entre titularidad y ejercicio de la patria potestad).

[97]. RGD 1989, p.1657.

conjunto sea una realidad y no entorpezca la vida del niño por la doctrina y la jurisprudencia de países con mayor tradición en este tema[98].

b. Circunstancias que justifican la concesión del ejercicio individual

La SAT de Bilbao de 30 de julio de 1987[99] considera que la total despreocupación que en el pasado ha mostrado el padre hacia los hijos es razón suficiente para conceder el ejercicio individual, poniendo de esta forma a los hijos a resguardo de los perjuicios que pudiera suponer su injerencia en la educación de los mismos. También aquí aparece la regla general en todo su fuerza pues sólo una despreocupación total del padre parece razón suficiente para privarle del ejercicio.

B. Los pronunciamientos equívocos: su interpretación

Otra serie de sentencias establecen simplemente que "la patria potestad sigue siendo conjunta"[100] o expresiones similares[101]. Indudablemente tales palabras

---

98. Para el caso italiano véase SEISDEDOS, *La patria potestad dual*, ya citado, pp.291-292, aunque siempre teniendo en cuenta que cuando la doctrina italiana habla de ejercicio conjunto está pensando principalmente en los requisitos necesarios para que una guarda alternada se desarrolle adecuadamente.

99. La Ley 1988-1, p.738.

100. SAT Barcelona, 19 de enero de 1988 (La Ley 1988-2, p.234).

101. La SAT de Granada de 17 de junio de 1985 (GARCIA GIL, p.554) declaró: «todo ello sin perjuicio de la patria potestad, que habrá de mantenerse en los términos del artículo 156 del Código civil», dejándonos la duda de si se refiere al primer o al último párrafo del mismo. Las sentencias "equívocas" son quizás las más numerosas: a título de ejemplo pueden verse las siguientes -todas ellas recogidas por GARCIA GIL-: SAT de Barcelona, de 1 de julio de 1986, SAT de Zaragoza de 14 de marzo de 1988, SAT de Madrid de 17 de

pueden tener dos sentidos (tal como pusimos de relieve al tratar el tema de la confusión terminológica en el apartado II), entenderse que simplemente recuerdan que la titularidad de la patria potestad sigue siendo conjunta, o entender que lo que se pretende es establecer un régimen de ejercicio conjunto. Si del contexto de la sentencia, de las alegaciones presentadas por las partes no se puede deducir la interpretación que a tal expresión haya de darse, ¿cómo habrá que entenderla?

En nuestra opinión, y dado que según el art. 156-párr.5º, que complementa al 92-párr.4º, es necesario que se den especiales circunstancias (y que uno de los progenitores lo solicite) para que se establezca un régimen de ejercicio distinto del ejercicio individual, habrá que entender que al no exponer el juez tales circunstancias no se trata de un verdadero pronunciamiento estableciendo el ejercicio conjunto, sino de una mera declaración sobre la titularidad. Este es el sentido que se le ha de dar a dichas sentencias desde la interpretación que mantenemos de los arts. 156 y 92. El sentido que los defensores del ejercicio conjunto como regla en las sentencias de separación, divorcio y nulidad darán será, por supuesto, entender que se trata de un verdadero pronunciamiento estableciendo el ejercicio conjunto, pronunciamiento que no necesita más justificación puesto que se atiene a la regla general.

---

marzo de 1988, SAT de Barcelona de 20 de abril de 1988, SAT de Pamplona de 3 de noviembre de 1986.

C. El ejercicio individual como regla y sus excepciones

Por último están las sentencias (más bien escasas) en las que el pronunciamiento sobre el ejercicio se basa en el criterio de que la regla es el ejercicio individual y que, por lo tanto, son necesarias circunstancias especiales para que se establezca otro régimen de ejercicio. La SAP de Santa Cruz de Tenerife de 2 de noviembre de 1983[102] pone claramente de relieve esta regla al señalar que el mantenimiento del ejercicio conjunto una vez otorgada la guarda a la madre, tal como hacía la sentencia de primera instancia, «no parece acorde con el régimen normal previsto por el art. 156, último párrafo, según el cual si los padres viven separados la patria potestad se ejercerá por aquél con el que el hijo conviva».

Los criterios seguidos en tales casos para otorgar un régimen de ejercicio distinto del individual son:

a. Criterios que sostienen la concesión del ejercicio conjunto

A veces las verdaderas razones de tal concesión pueden quedar ocultas: por ejemplo la SAT de Bilbao de 14 de octubre de 1987[103] estableció el ejercicio conjunto en base a los continuos contactos que los hijos mantenían con el padre. Sin embargo, de la redacción de la sentencia parece desprenderse que el hecho de que la madre guardadora se dedicase a la meditación trascendental

---

102. RGD 1984, p.224.

103. La Ley 1988-1, p.418.

debió influir decisivamente en el ánimo de los jueces, que consideraban "comprensibles" las preocupaciones del padre.

b. Criterios que sostienen la concesión de otras modalidades de ejercicio

La sentencia de la Audiencia de Madrid que, recurrida, dio lugar a la STS de 19 de octubre de 1992[104] establece el derecho del padre a intervenir en las decisiones importantes. No justifica sin embargo esta decisión, sino sólo la no concesión del ejercicio conjunto. Si se tratase de un caso de separación judicial, divorcio o nulidad podríamos pensar que para este tribunal la regla es el ejercicio conjunto, pero tratándose de un caso de filiación no matrimonial, al que sin ninguna duda se le ha de aplicar el art. 156-párr.5º, y por lo tanto el ejercicio individual ha de ser considerado la regla, no acertamos a entender el porqué de tal justificación.

VII. ESPECIAL REFERENCIA AL ESTABLECIMIENTO DEL REGIMEN DE EJERCICIO POR ACUERDO DE LOS PADRES

Sobre la posibilidad de regular el ejercicio mediante acuerdo de los padres, y en general sobre el papel de la voluntad de los padres en la regulación del mismo cabe decir lo mismo que en el Capítulo Quinto, apartado VI dijimos en relación con la guarda, y remitirnos por tanto de forma más general al Capítulo Cuarto.

---

104. AC 1993, nº 152.

Sin embargo el establecimiento del ejercicio por acuerdo de los padres plantea algunas cuestiones que necesitan un tratamiento propio.

En particular hay que preguntarse si el criterio que establece el art. 156-párr.5º se impone a los cónyuges que pacten el ejercicio en convenio regulador[105]. La respuesta debe ser negativa[106] porque la libertad de pacto de los padres sólo está limitada por el interés del menor. Por lo tanto el juez no podrá denegar la aprobación del régimen de ejercicio simplemente porque estime que no existen circunstancias especiales que justifiquen la adopción de un régimen distinto al del art. 156-párr.5º, sino que deberá demostrar que el régimen estipulado por los padres es contrario al interés de los hijos.

De opinión contraria es LOPEZ y LOPEZ[107], que considera que los criterios establecidos por el art. 156-párr.5º se aplican en toda su extensión a este supuesto y que, por lo tanto, los padres habrán de señalar en el convenio regulador qué circunstancias son las que justifican que se adopte una solución distinta al ejercicio individual. De todas formas, el simple hecho de que los padres se divorcien de mutuo acuerdo puede ser circunstancia suficiente par considerarlo así[108].

---

[105]. SEISDEDOS (ya citado, p.341) opina que el supuesto contemplado en este artículo es el de falta de convivencia de hecho, sin intervención judicial y sin acuerdo de los padres. También BAYOD (ya citado) opina lo mismo.

[106]. En este sentido la SAT de Zaragoza de 2 de octubre de 1987 (GARCIA GIL, p.233).

[107]. Ya citado, p.617.

[108]. Manteniendo una posición en cierto modo similar, LACRUZ y otros, ya citado, p.250.

En lo que sí está de acuerdo la doctrina es en afirmar que el art. 156-párr.5º se impondrá a los padres en un extremo, y es que no podrán establecer que el ejercicio de la patria potestad corresponda de modo exclusivo al progenitor no conviviente, pues esta norma es considerada imperativa por los intérpretes del art. 156[109].

VIII. EL CONTENIDO DE LAS DISTINTAS MODALIDADES DE EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD

1. Ejercicio individual

Como toda la doctrina está de acuerdo en expresar[110], y la jurisprudencia nunca ha desmentido, el ejercicio exclusivo de la patria potestad sólo puede ser concedido al mismo progenitor que tiene la guarda. En tal caso, el ejercicio exclusivo es una modalidad de ejercicio que plantea pocos problemas puesto que el guardador y a la vez ejerciente exclusivo de la patria potestad reúne en virtud de ambos títulos la práctica totalidad de las facultades de actuación que normalmente corresponden a los dos titulares de la patria potestad conjuntamente.

---

109. Especialmente LOPEZ y LOPEZ, ya citado.

110. Ver *supra* el apartado V.4.B.b.

A. Delimitación del ámbito de actuación del guardador-ejerciente exclusivo de la patria potestad

La doctrina está sin embargo de acuerdo en que han de quedar fuera de dicho ámbito de actuación exclusiva todos los actos encaminados a poner fin a la propia patria potestad y que por lo tanto afectarían a la propia situación del progenitor no guardador, pues le privarían de la titularidad de la patria potestad. Estos actos son el consentimiento para la adopción del hijo, la emancipación y la autorización para contraer matrimonio[111].

Igualmente el ámbito de actuación del guardador-ejerciente exclusivo queda limitado por lo establecido en la sentencia de separación o divorcio. Ya vimos[112] que el guardador-ejerciente exclusivo no puede decidir por sí solo que el hijo viva con un tercero, porque la sentencia le ha encargado a él personalmente la guarda del hijo, ya haya sido tal medida fruto de un acuerdo de los padres o de la decisión judicial. Si el guardador no puede desarrollar adecuadamente la guarda, o considera que es más conveniente que el niño viva con un tercero (abuelos, tíos, etc) deberá solicitar la modificación de la medida. También se le impone al guardador-ejerciente el derecho de visita del otro progenitor, lo que supone un límite a su poder de actuación puesto que en circunstancias normales de convivencia dentro del ejercicio de la patria potestad se encuentra el decidir qué visitas convienen a los hijos y cuáles no.

---

111. ROCA TRIAS, *"Comentario al art. 92" en Las reformas del Derecho de Familia (1984).*

112. Capitulo Quinto, El cuidado de los hijos, apartado IV.1.

Especial referencia a la cuestión religiosa

En lo que respecta a la religión, cabe preguntarse si el guardador-ejerciente exclusivo puede tomar todas las decisiones al respecto, si puede cambiar la religión del hijo, o darle una religión si hasta entonces no tenía, o privarle de religión si la tenía. Todos estos problemas no se han planteado aun en nuestro país, quizás debido a la mayor uniformidad de creencias religiosas que hasta ahora ha existido. ROCA TRIAS[113], opina que los posibles pactos que sobre la educación religiosa de los hijos existiesen entre los padres con anterioridad a su separación deben ser respetados por el guardador.

En Francia la cuestión ha sido llevada ante los tribunales en numerosas ocasiones, y éstos han considerado, a pesar del estricto concepto de ejercicio exclusivo que en aquel país ha regido hasta las recientes reformas, que la religión del niño es una cuestión que queda fuera del ámbito de decisión del guardador-ejerciente[114].

En Alemania esta cuestión está expresamente resuelta por la Ley de 15 de julio de 1921 que regula la religión de los hijos en general, cuestión que queda fuera de la patria potestad, como lo prueba el que esta Ley estableciese que la religión de los hijos ha de ser

---

113. *"Comentario al art. 92"*, en Comentarios a las reformas del Derecho de familia, ya citado, p.579.

114. Como decía la sentencia de 6 de abril de 1967 de la C.Cass. (RTDC 1968, p.140): «si el divorcio provoca necesariamente una desmembración de los atributos de la patria potestad (...) esta desmembración no puede alcanzar a aquellos atributos que por naturaleza son indivisibles, como es la elección de una religión». Ver también la sentencia de la C.A. Paris, de 14 de febrero de 1957 (RTDC 1957, p.312) y la larga jurisprudencia en ella citada, y para un tratamiento más reciente de la cuestión, MALAURIE, *"Note à C.Cass., Civ., 1a, 11 juin 1991"*, D.1991.II.521; y HAUSER y HUET-WEILLER, *La famille. I. Fondation et vie de la famille* (1989), p.791.

fruto del acuerdo de los padres en una época en que la patria potestad no correspondía a ambos progenitores. Por lo tanto, el régimen de la religión de los hijos no varía aunque con el divorcio se atribuya la patria potestad a uno solo de los progenitores, y la decisión ha de ser siempre común[115].

Es destacable que tanto en Francia como en Alemania, en un caso por vía jurisprudencial y en el otro por vía legislativa, se haya llegado a la conclusión de que la religión de los hijos es una cuestión que no se puede dejar a la decisión de uno sólo de los padres aunque éstos estén separados[116].

Cuando en España se plantee esta cuestión será necesario tener presentes las soluciones que se han dado en otros países, de tal modo que se resuelva con más conocimiento de causa. También habrá de tenerse en cuenta que la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989 (ratificada por España el 31 de diciembre de 1990), establece en su artículo 14 «el derecho del niño a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión» y «los derechos y deberes de sus padres (...) de guiar al niño en el ejercicio de su derecho de modo conforme a la evolución de sus facultades».

---

115. PAU PEDRON, ya citado, p.732.

116, En el mismo sentido se pronuncia también una sentencia del Tribunal Supremo austriaco -actualemente pendiente de recurso ante el Tribunal Europeo de los Derechos del Hombre por otra cuestión- que consideró que la decisón unilateral del guardador de que los hijos cambiasen de religión era inadmisible (citada por ROUVIERE-PERRIER, *"Note à Conseil d'Etat, 24 avril 1992"*, D.1993.II, p.234).

Poniendo aparte los temas concretos que hemos señalado, resulta indudable que el ejercicio exclusivo de la patria potestad confiere al ejerciente-guardador el poder de decisión sobre todas las cuestiones que afecten a la vida del hijo. También le concede la administración de sus bienes y su representación, aunque estas dos facetas quedan fuera de nuestro objeto de estudio.

B. Posición del no-guardador y no-ejerciente de la patria potestad

Privado del ejercicio de la patria potestad, sólo es titular de la misma. No puede por lo tanto intervenir en las decisiones que afecten a la vida de su hijo (elección de un colegio u otro, de unos estudios, decisión sobre si el niño debe realizar una actividad laboral como modelo, actor, deportista profesional, etc)[117]. Como veremos más adelante, sólo en el caso de que dichas decisiones supongan un peligro para el hijo el progenitor que no ejerce la patria potestad podrá acudir al juez y solicitar que adopte las medidas necesarias para evitar que tal peligro se haga efectivo, de acuerdo con el art. 158-3º[118]. Pero en las situaciones normales no podrá intervenir en las decisiones que afecten a la vida de su hijo, porque las elecciones realizadas por el guardador no entrañarán peligro para el niño sino que

---

117. Ver SEISDEDOS, *La patria potestad dual*, ya citado, pp. 25-26; DE PRADA GONZALEZ, *"La patria potestad conjunta en la Ley de reforma de 13 de mayo de 1981"*, RDN 1982, julio-diciembre, p.267.

118. En tal sentido, DE PRADA, GONZALEZ *"La patria potestad conjunta ..."*, ya citado, p.267.

supondrán tan sólo una forma distinta de entender cuál es su interés[119].

Una reiterada confirmación de dicha posición la tenemos en las distintas Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado[120] que consideran que la imposición de nombre al hijo -e incluso su modificación- es facultad que corresponde exclusivamente al progenitor que tiene el ejercicio de la patria potestad.

a. ¿Tiene un derecho de vigilancia?

Los ordenamientos de países cercanos al nuestro reconocen un derecho de vigilancia al progenitor no-ejerciente[121] y nuestra doctrina ha creído encontrar en nuestro Derecho apoyos para mantener que también aquí el que no ejerce la patria potestad tiene un derecho de vigilancia[122].

---

119. Al respecto la sentencia de la C.A. paris, de 14 de agosto de 1986 (citada por MALAURIE, *"Note à ..."*, p.522, nota 11) consideró que la madre guardadora podía escoger el colegio que considerase más adecuado para el hijo, aunque el colegio tuviese un concepto muy estricto de la religión, cercano al comportamiento sectario.

120. Resoluciones de 18 de febrero de 1985 (RA 1986-6835), 3 de octubre de 1990 (RA 8342), 22 de enero de 1992 (RA 784) y 25 de mayo de 1992 (AC 1993-1, @ 31).

121. Art. 288 del *Code civil*, que además establece que debe ser informado de las elecciones importantes relativas a la vida de los hijos; el párr. 1634,3 del BGB reconoce al progenitor al que no corresponde la patria potestad el derecho a solicitar informes al otro progenitor, siempre que exista interés legítimo y que sea compatible con el bienestar del hijo; y en el Derecho italiano, el art. 6 de la Ley del divorcio de 1970 estableció la obligación y el derecho de ambos padres de vigilar la educación de sus hijos, También recogida por el art. 155-párr.3º del *Códice civile*.

122. RIVERO HERNANDEZ, *"Comentario al art. 92"*, y *"Las relaciones paterno-filiales ..."*, ya citados.

En primer lugar se ha intentado fundamentar tal derecho en el derecho-deber de velar por los hijos que el art. 154-1º recoge. Es indudable que el progenitor que no ejerce la patria potestad tiene el deber de velar por los hijos, porque el Código lo impone a cargo de todos los progenitores, sean cuales sean sus circunstancias (art. 110), y además porque el art. 92-párr.1º establece expresamente que el divorcio, la separación o la nulidad del matrimonio de los padres no eximen a los padres de sus obligaciones hacia los hijos. Pero estos artículos sólo hablan de deberes, nunca de derechos, por lo tanto no pueden ser fundamento para reconocer al progenitor que no ejerce la patria potestad un derecho de vigilancia.

Y aun en el caso de que se le reconociese un derecho de velar por los hijos, a nuestro entender[123] tal derecho no significa que su titular tenga el derecho y el deber de vigilar a quien ostenta la guarda o el ejercicio de la patria potestad, ni en los casos en que los padres conviven, ni cuando no lo hacen. Por lo tanto el posible derecho de vigilancia del progenitor que no ejerce la patria potestad no puede encontrar apoyo en el deber de velar por los hijos.

Sin embargo, como también dijimos al tratar del derecho-deber de velar por los hijos, ello no significa que el normal desarrollo de las funciones parentales no deba llevar a detectar aquellas actitudes del otro progenitor que sean perjudiciales para el hijo, y a actuar en consecuencia. En particular en el caso que analizamos, al progenitor que no tiene el ejercicio de la patria potestad le corresponderá un derecho de visita, lo que le permitirá en cierta medida participar en las

---

123. Ver Capítulo Quinto, apartado IV.2.C.

tareas de cuidado y de educación del hijo. Si en el desempeño de tales tareas detectase alguna circunstancia que pudiese resultar perjudicial para el niño debería, desde luego, actuar en consecuencia.

b. Formas de intervención del progenitor que no ejerce la patria potestad

Las formas de intervención de que en tal caso podría disponer el progenitor que no ejerce la patria potestad serían bien pedir la modificación de las medidas adoptadas en la sentencia, bien recurrir a alguna de las que de modo general establece el Código en sus arts. 158 y 163. En particular la vía del 158-párr.3º puede ser la más adecuada para oponerse a actuaciones concretas del guardador-ejerciente que pueda considerar perjudiciales para el niño.

Pero hay que tener en cuenta que este artículo sólo le permite actuar para apartar al niño de un peligro o evitarle perjuicios, por lo tanto será necesario que la decisión adoptada por el guadador suponga un peligro o perjuicio verdadero para el niño y no simplemente que refleje una forma distinta de entender el interés del niño, pues en tal caso es claro que debe prevalecer la forma que tenga el guardador-ejerciente de entender cuál es el interés del niño. Y aunque pueda parecer que esto restringe mucho los derechos de intervención que tiene en nuestro país el que no ejerce la patria potestad en comparación con los derechos que le conceden otros ordenamientos, podemos comparar con el concepto de derecho de vigilancia que aporta NERSON[124], que conside-

---

[124]. Comentando la sentencia de la C.Cass., Civ., 2ª sala, de 14 de mayo de 1973, RTDC 1974, p.139.

ra que dicho derecho sólo permite al titular del mismo intervenir en interés del menor en los casos en que su salud, su seguridad o su moralidad estén en peligro, o las condiciones de su educación se hallen gravemente comprometidas, es decir, sólo en condiciones extremas.

C. Deber de colaboración a cargo de ambos progenitores

El Derecho suizo (art. 27.1.1) establece a cargo de ambos progenitores el deber de no hacer más difícil la educación de los hijos. El párr. 1634,1,2 del BGB establece que «el progenitor al que no corresponde la guarda, y el facultado para ejercerla, habrán de evitar el hacer todo aquello que perjudique las relaciones entre el hijo y el otro progenitor, o dificulte la educación.

Algunos autores[125] han querido encontrar en nuestro Derecho base para un deber similar. Aunque indudablemente no existe una norma con el mismo alcance, creemos que tal deber existe, pues indudablemente ambos progenitores deben siempre actuar en interés de su hijo y esto sean cuáles sean las circunstancias. Con tal meta deberá cada uno de ellos desarrollar las funciones que les correspondan, y en nuestro caso particular deberán desarrollar tanto la guarda y el ejercicio de la patria potestad uno, como el derecho de visita el otro de la forma más acorde con el interés del hijo, y la forma más acorde con dicho interés será siempre la que pase por la colaboración con el otro en lugar de por el enfrentamiento. En este sentido, PEREDA[126] entiende «que la presta-

---

125. RIVERO HERNANDEZ, *El derecho de visita ...*, ya citado, p.151.

126. Ya citado, p.52.

ción de asistencia y de protección sigue siendo plenamente exigible, incluso a nivel constitucional».

Quizás el deber de información del que ejerce la patria potestad al otro progenitor que algunos ordenamientos recogen expresamente también podría tener su base en esta obligación de ejercer la patria potestad pensando en el interés del hijos, pues sin duda su interés exige que su otro progenitor esté al tanto de por qué derroteros se desarrolla su vida[127].

Según hemos establecido, el progenitor que ni es guardador ni ejerce la patria potestad no puede intervenir en las decisiones que afectan a su hijo, pudiendo sólo recurrir al juez en el caso de que dichas decisiones sean perjudiciales para el niño. Teniendo en cuenta que este absoluto alejamiento del progenitor no guardador de toda decisión que afecte al hijo se produce por el simple hecho de no convivir con el otro progenitor y no porque se le pueda considerar responsable de ningún incumplimiento respecto de sus hijos, creemos que este sistema de reparto del ejercicio resulta injusto, pues la separación, e incluso un cierto enfrentamiento entre los padres (circunstancias que, como hemos visto, son las normales en estos casos y las que justifican que el ejercicio sea concedido de forma exclusiva a uno de los padres), no impiden la participación de ambos progenitores en la toma de las decisiones más importantes, porque son decisiones esporádicas y meditadas, que permiten un

---

127. Igual que, con un razonamiento inverso, RAYMOND (ya citado, nº 12) opina que el deber de información que el Código civil francés impone al progenitor que ejerce la patria potestad debe ser la ocasión para una colaboración de los padres en interés del hijo.

largo periodo de discusión y también permiten que se recurra al juez para dirimir si ello fuera necesario.

2. Ejercicio conjunto

Hay que tener en cuenta que el ejercicio conjunto está pensado en principio para una situación en la que los padres conviven y en la que existe un clima de entendimiento entre ambos progenitores que hace que las diferencias de criterio se resuelvan normalmente de forma amigable[128]. Por lo tanto, cuando la situación es otra el ejercicio conjunto necesita ser adaptado a las nuevas circunstancias.

A. Delimitación del ámbito de actuación indicidual del guardador-ejerciente no exclusivo

Al no existir convivencia entre los padres el hijo convive con uno solo de ellos, que es el encargado de su cuidado directo, es decir, del desarrollo de todas las funciones paterno-filiales que necesitan la inmediatez, como son alimentarlo, protegerlo y educarlo, pero sólo en la porción en que dichas funciones necesitan la inmediatez para ser desarrolladas, tal como dijimos al tratar de la guarda (apartado IV.2). Igualmente el guardador tiene, por el simple hecho de serlo, un determinado ámbito de autonomía para desarrollar dichas funciones, sin el cual no podría realizar adecuadamente la guarda (ver apartado IV.3 del Capítulo Primero). Este ámbito de autonomía queda, por lo tanto, fuera del ejercicio de la patria potestad, y será necesario

---

128. Como bien pone de relieve DIEZ-PICAZO en *"Notas sobre la reforma ..."*, ya citado, p.13.

delimitarlo pues señala la frontera del ejercicio conjunto.

En nuestro Derecho la doctrina se ha fijado poco en este tema. Por el contrario las opiniones de la doctrina francesa son abundantes. Ya SIMLER[129] se preocupó por delimitar el ámbito de actuación que corresponde al guardador por el simple hecho de serlo, independientemente de cualquier otro título, considerando que el guardador tiene un mandato para educar al hijo de acuerdo con los principios establecidos en virtud del ejercicio de la patria potestad, sean quienes sean los que ostenten tal ejercicio. Claro está, cuando guardador y ejerciente son la misma persona es difícil distinguir guarda y ejercicio, pero cuando ambas funciones no recaen por entero en las mismas personas tal distinción es necesaria. la Ley de 1987 vino a refrendar la postura de este autor al establecer en su art. 287-1 que el tercero que ostenta la guarda de los hijos «realiza todos los actos usuales relativos a su vigilancia y a su educación».

Más tarde, y debido al gran debate que en Francia provocó el ejercicio conjunto de la patria potestad -cuando todavía recibía el nombre de *garde conjointe*- varios autores se preocuparon por la delimitación de las dos figuras: guardador-ejerciente y no guardador-ejerciente. Así, NICOLAS-MAGUIN[130] opinaba que el art. 372-2[131] trazaba la línea divisoria entre los

---

129. *"La notion de garde de l'enfant"* (1972), ya citado, p.704.

130. *"A propos de la garde conjointe ..."*, ya citado, p.114.

131. Artículo que dice: «Respecto a los terceros de buena fe, se presume que cada esposo (después de la reforma efectuada por Ley de 8 de enero de 1993 la palabra "esposo" ha sido sustituida por

actos comunes a ambos progenitores y los actos individuales del guardador, considerando que al guardador le correspondería la realización de los actos usuales que durante el matrimonio cada progenitor puede realizar sólo en virtud de dicho artículo.

Las reformas introducidas en la regulación del ejercicio por las Leyes de 22 de julio de 1987 y 8 de enero de 1993 no han clarificado este punto. La primera -que introdujo en el Código la posibilidad de que el ejercicio siguiese siendo conjunto después de la separación o el divorcio- estableció (art. 373-2) que en tal caso el art. 372-2 mantenía su validez, con lo que parecía querer decir que aun cuando los padres no conviviesen, si el ejercicio de la patria potestad es conjunto cualquiera de los dos puede realizar los actos usuales, ya sea guardador o no lo sea. Por su parte, la Ley de 1993 ha suprimido tal remisión, probablemente por considerarla innecesaria.

La doctrina italiana también se ha preocupado en alguna ocasión por este tema, a raiz de la admisión del *affidamento congiunto* por la Ley de 6 de marzo de 1987. BATA[132] considera que debe distinguirse por un lado la convivencia, que incluye todos los problemas diarios, y por otro la educación y los problemas de elección de estudios, vacaciones, tiempo libre, etc.

En nuestro Derecho, parece que la solución podría ser la misma: el ámbito de actuación autónoma que

---

"padre") actúa con el consentimiento del otro cuando realiza por sí solo un acto usual de la autoridad parental relativo a la persona del niño».

[132]. Ya citado, p.1298.

al guardador corresponde coincidiría con el ámbito de los llamados actos ordinarios del art.156-párr.1º, aunque sólo los referidos al aspecto personal de la patria potestad, que es el único que engloba la guarda. SEISDEDOS, que es en nuestra doctrina quien con más detenimiento ha estudiado el ejercicio de la patria potestad, considera que el progenitor que tiene la guarda ve considerablemente aumentadas sus posibilidades de actuar sin el consentimiento del otro «conforme al uso social (...) o en situaciones de urgente necesidad»[133]. Un problema similar se planteó en el Derecho francés cuando el Código no contemplaba la posibilidad de ejercicio conjunto en los casos de divorcio, mientras que en caso de separación de hecho, al no haber sentencia, el ejercicio de la patria potestad seguía siendo conjunto, pero necesitaba ser adaptado a una situación de no convivencia para la que no estaba pensado: la doctrina consideró que debido a que el hijo sólo convivía con uno de los progenitores era éste el que tomaba las decisiones cotidianas, amparado por las presunciones de los arts. 372-2 y 389-4.

Sobre el concepto de actos ordinarios o usuales se ha manifestado con cierta profusión nuestra doctrina[134], remitiéndose especialmente a la doctrina francesa donde la preocupación por este concepto es antigua. Quizás el concepto que mejor responde a nuestras necesidades particulares es el que señala que los actos ordinarios o usuales que puede realizar por sí solo uno de los progenitores son el conjunto de operaciones

---

133. *La patria potestad dual*, ya citada, p.247.

134. Ver SEISDEDOS, ya citado, p.70.

corrientes exigidas por la guarda, la vigilancia y la educación del hijo. También el criterio adelantado por HAUSER y HUET-WEILLER[135] puede ser muy útil: consideran que la medida para distinguir estos actos será el impacto que tengan en la vida futura del niño, pues el propio concepto de acto usual excluye de forma automática toda decisión de repercusiones demasiados extensas en el tiempo.

Este es, por lo tanto, el ámbito de actuación del guardador, intangible aunque el ejercicio de la patria potestad sea compartido.

B. Delimitación del ámbito de intervención obligatoria del no guardador-ejerciente

¿Sobre qué recae entonces el ejercicio conjunto? La tradicional división realizada por la doctrina distingue entre actos ordinarios o usuales, que, como hemos visto, corresponden al guardador siempre, y grandes decisiones que son aquéllas que han de ser compartidas en virtud del ejercicio conjunto. Sin embargo, si tenemos en cuenta que existe una modalidad distinta al ejercicio conjunto, que combina el ejercicio exclusivo con la toma conjunta de decisiones importantes, hemos de pensar que el ejercicio conjunto debe recaer sobre algo más que esas decisiones importantes. En nuestra opinión deberá recaer sobre las decisiones que no necesitan ser tomadas de forma inmediata, sino que permiten cierto diseño, cierta demora, siempre y cuando, claro está, esas decisiones no

---

135. Ya citado, p.443.

pertenezcan al ámbito de autonomía del guardador[136]. Así NICOLAS MAGUIN[137], considera que corresponden al ámbito del ejercicio conjunto la decisión de que el niño siga estudiando o no, la elección del colegio, de un idioma extranjero, la educación religiosa -todas ellas decisiones importantes-, pero también la organización de las vacaciones, del ocio, los estudios artísticos o deportivos -decisiones todas ellas de menor importancia-.

Es sin embargo imposible trazar una frontera nítida entre las decisiones que corresponden al ámbito de autonomía del guardador y aquéllas que pertenecen al ámbito de decisión conjunta. Esta imposibilidad es un dato más de los que hacen necesario para el buen funcionamiento del ejercicio conjunto una cierta dosis de buena voluntad por parte de los padres, que impida que el juez tenga que intervenir continuamente para decidir si una decisión pertenece a uno u otro ámbito de decisión. Si la buena voluntad no existe, si el recurso al juez se hace constante, o si uno de los padres puede demostrar que el otro impide con su actuación que este modelo de ejercicio se desarrolle adecuadamente, sólo podrá pedir que se modifique, pues el ejercicio conjunto no puede funcionar si los padres no lo hacen funcionar.

Hay además dos cuestiones que en principio quedan fuera tanto del ámbito de actuación autónoma del guardador como del ámbito de decisión conjunta, que son la guarda y el régimen de visitas, pues la conjunción de

---

136. Este parece ser el concepto que refleja la sentencia del JPI nº 24 de Madrid, que recurrida dio lugar a la STS de 30 de abril de 1991 (CCJC 1991, nº 691).

137. *"A propos de la garde conjointe ..."*, ya citado, p.114.

los arts. 90 y 91 obliga a que queden fijados en la sentencia de separación, divorcio o nulidad, y por lo tanto sólo podrán ser modificadas con la intervención del juez, aun cuando se hayan establecido por convenio de los padres.

En Francia, donde el ejercicio conjunto en los casos de no convivencia ha sido expresamente regulado por la Ley de 22 de julio de 1987, el Código establece la obligación de que en la sentencia se establezca con cual de ambos padres residirán los hijos de forma habitual (art. 287; con la expresión "residencia habitual" se quiere señalar la guarda, palabra proscrita del Código francés desde la Ley de 1987, tal como vimos en el Capítulo Primero, apartado III.1), postura refrendada por la doctrina[138]. Aunque respecto del régimen de visitas nada dice el Código, la doctrina y la jurisprudencia[139] consideran también necesario que quede fijado en la sentencia, bien por los padres, bien por el propio juez, aunque sólo sea a título subsidiario para el supuesto de que no lleguen a un acuerdo. Consideran que de esta forma, al sustraer a la decisión común de los padres dos puntos que suelen ser conflictivos, se allana el camino para que el ejercicio conjunto sea un éxito[140].

Por el contrario, en Alemania, cuando después del divorcio se mantiene la patria potestad conjunta, la cuestión de la guarda queda a la entera disponibilidad de los padres. Bien es cierto que en Alemania la patria potestad común sólo puede ser establecida de común

---

138. NICOLAS-MAGUIN, *"A propos de la garde conjointe ..."*, ya citado, p.114.

139. Así lo señala FULCHIRON, *"Une nouvelle réforme ..."*, p.120.

140. Ver BASTIEN-RABNER, ya citado, p.401.

acuerdo por los padres, pero de todas formas esta diferencia de regulación refleja un distinto concepto de la patria potestad, en el que los padres gozan de un ámbito de autonomía mucho mayor.

En lo que se refiere a nuestro Derecho, el régimen a que se ve sometido el ejercicio conjunto en los casos de falta de convivencia entre los padres sólo es fruto de la casualidad, pues el legislador no se planteó en ningún momento tal problema. Por lo tanto la regulación a la que se ve sometido el ejercicio conjunto es fruto del cruce entre una regulación pensada para el ejercicio individual (arts. 90, 91 y 92) y la posibilidad establecida en otro lugar (art. 156-párr.5º) de que el ejercicio sea conjunto, y como tal fruto de la casualidad ha de ser interpretada. Creemos de todas formas que puede estar justificado que a pesar del ejercicio conjunto la cuestión de la guarda quede fijada en la sentencia, pues en primer lugar es una cuestión conflictiva que podría echar por tierra el acuerdo alcanzado sobre el ejercicio, y en segundo lugar, porque es posible que sea necesario el control judicial que garantice que el sistema de guarda establecido tenga en cuenta las necesidades del niño, y no sólo las de sus padres.

En cambio, en lo que se refiere a las visitas, la limitación del ámbito de decisión de los padres en el caso de ejercicio conjunto no parece justificado porque el riesgo que puede correr el niño es mínimo. Quizás lo mejor sería que en el convenio o en la sentencia se estableciese un régimen, pero con la posiblidad de que los padres lo modificasen de mutuo acuerdo, y con ello creemos que se cumpliría con las exigencias de los arts. 90 y 91.

C. Protección de los terceros

Los párrafos 1º y 3º del art. 156 no se pueden aplicar al ejercicio conjunto en los supuestos en que los padres no conviven, puesto que en tal supuesto los actos ordinarios corresponden en exclusiva al guardador[141]. Las dos reglas han de ser por lo tanto modificadas.

La regla del segundo inciso del párrafo 1º ha de ser matizada en el sentido de que todos los actos ordinarios referidos al cuidado y a la educación de los hijos corresponden en exclusiva al guardador. Igualmente, respecto de estos actos no hace falta presumir que el guardador actúa con el consentimiento del otro, pues son válidos porque el guardador los puede realizar por sí solo. En cuanto al no guardador, consideramos que los terceros en ningún caso podrán presumir que el no guardador actúa con el consentimiento del otro, simplemente porque no le corresponde actuar.

D. Solución de los desacuerdos

Respecto de los desacuerdos, regirá el 2º párrafo (en su primera parte, no en la segunda), aunque ninguna disposición lo dice. Pero es obvio que el ejercicio conjunto de los padres separados no impide que puntualmente se encuentren en desacuerdo y hayan de recurrir al juez para que lo resuelva, pues no articular ningún mecanismo para resolver los desacuerdos, dejando sólo libre la vía de la modificación de medidas supondría exigir mayor acuerdo entre los padres que no conviven que entre los que sí lo hacen. En el Derecho francés, el art.

---

141. Para un análisis exhaustivo del significado de estos párrafos en situaciones normales de convivencia de los padres, véase SEISDEDOS, *La patria potestad dual*, pp. 37 a 87 y 365 a 396.

373-2 establece expresamente que en caso de que el ejercicio de la patria potestad sea conjunto tras el divorcio regirá al igual que en los demás caso el art. 372-1 (hoy convertido en art. 372-1-1, tras la Ley de 8 de enero de 1993) que resuelve los desacuerdos.

La experiencia reciente de Francia, con gran número de hijos de padres que no conviven sometidos a un sistema de ejercicio conjunto, demuestra que el recurso al juez es poco frecuente, normalmente limitado a cuestiones muy concretas y sin que en virtud de tales desacuerdos los padres se planteen la necesidad de modificar el régimen de ejercicio (a pesar de que en Francia se establece el ejercicio conjunto aun contra la voluntad de uno de los padres)[142].

3. Distribución de funciones

Poco se puede decir sobre la distribución de funciones. Como ya dijimos en su momento, al progenitor que no tiene la guarda no se le puede confiar de modo exclusivo aquella parcela del ejercicio que permite tomar decisiones que afectan al cuidado personal y a la educación del hijo, porque el legislador ha querido que dicho poder de decisión corresponda al menos de forma compartida al guardador (art. 156-párr.5º, primer inciso).

A parte de ello, la distribución de funciones supone que cada uno de los padres actuará en el ámbito que se le ha atribuido de forma totalmente exclusiva, aunque ambos estarán sometidos a las mismas limitaciones que en el apartado 1 señalamos para el ejercicio exclusivo de la totalidad de la patria potestad. Estarán además

---

[142]. FULCHIRON, *"Une nouvelle réforme ..."*, ya citado.

sometidos a las limitaciones que pueda suponer el que otras funciones correspondan a la otra parte.

4. Atribución parcial

En la atribución parcial algunas de las funciones que constituyen el ejercicio de la patria potestad serán encomendadas a uno de los padres de forma exclusiva, y otras funciones serán ejercidas de forma conjunta, siempre con la salvedad de que el poder de decisión que se refiere a las cuestiones personales de la vida del hijo no puede ser concedido de forma exclusiva al progenitor no guardador.

En este supuesto habrá que tener en cuenta tanto lo dicho para el ejercicio conjunto como lo dicho para el ejercicio exclusivo, pues un régimen regirá para unas funciones y otro para las otras.

En nuestra opinión el mejor contenido que se le puede dar a esta posibilidad es establecer que las decisiones de mayor importancia sean tomadas de común acuerdo por los padres. Como ya hemos dicho este sistema no exige que entre los padres haya un gran entendimiento y puede sin embargo suponer un reparto más equitativo de las funciones paterno-filiales cuando existe una separación.

CAPITULO SEPTIMO

EL DERECHO DE VISITA

I. TERMINOLOGIA

II. PRECEPTOS LEGALES RELATIVOS AL DERECHO DE VISITA

III. FUNDAMENTO DEL DERECHO DE VISITA
   1. El interés del menor
   2. El parentesco y la relación afectiva
   3. El derecho de visita como instrumento del derecho de vigilancia
   4. El derecho de visita como facultad desgajada de la patria potestad
   5. El derecho de visita, derecho natural o derivado de la "naturaleza de las cosas"

IV. DETERMINACION DEL REGIMEN DE VISITAS
   1. Criterios para la determinación
   2. Contenido-tipo y contenido básico
   3. El respeto a la intimidad en el derecho de visita y sus limitaciones
   4. Algunas circunstancias especiales
      A. Rechazo del niño
      B. Enfermedad mental o drogodependencia del progenitor
      C. Hijo de corta edad
      D. Hijo adolescente
      E. Lugares de residencia distintos

V. EL EJERICIO DEL DERECHO DE VISITA
   1. Obligación de ejercicio
   2. Límites al ejercicio del derecho de visita
   3. Obligaciones del guardador

VI. ABUSO E INCUMPLIMIENTO DEL DERECHO DE VISITA

1. Consecuencias jurídicas: criterios para establecerlas
2. No devolución del menor
3. Retrasos
4. No convivencia con el menor durante las estancias
5. No ejercicio del derecho de visita
6. Transgresión de los límites
7. Falta de cuidados
8. Abuso del derecho de comunicación
9. Conductas reprochables del guardador

VII. ANALISIS DE LAS CIRCUNSTANCIAS HABITUALMENTE ESGRIMIDAS PARA LA MODIFICACION DEL REGIMEN DE VISITAS

1. Cambios de residencia
2. Convivencia marital del progenitor
3. Edad del menor
4. Enfermedad mental o drogodependencia
5. Rechazo del niño
6. Abuso o incumplimiento

CAPITULO SEPTIMO

EL DERECHO DE VISITA

El derecho de visita constituye en nuestros días uno de los principales problemas derivados de la no convivencia de los padres, tanto en el momento mismo en el que se ha de regular por primera vez esta situación, como luego en el periodo post-divorcio o post-separación.

Sin embargo, este tema ha estado poco presente en el mundo jurídico español hasta fechas recientes. La normativa legal lo recogió por primera vez en la Ley de Divorcio de 1932, cuyo art. 20-2º señalaba que el cónyuge que no tuviese a los hijos en su poder "conserva el derecho de comunicar con ellos y vigilar su educación". Mas con la derogación de esta Ley desapareció toda regulación del derecho de visita hasta que la Ley de 24 de abril de 1958 lo introdujo en el Código civil (art. 68-3º), aunque sólo como medida a tomar mientras se sustanciaba la separación o la nulidad del matrimonio, sin establecer nada para después de éstas. Sólo con las reformas que sufrió el Derecho de Familia en 1981 se estableció de una forma global este derecho en sus distintas vertientes, y en particular en la que aquí nos interesa, es decir, como derecho del progenitor que no convive con sus hijos.

La jurisprudencia ha sido en nuestro país igualmente escasa. Sólo en los años setenta empieza a aparecer un mayor número de sentencias, sin duda coinci-

diendo con el incremento de causas matrimoniales ante los tribunales eclesiásticos que se produjo en esos años[1].

El tratamiento por parte de la doctrina ha sido prácticamente inexistente hasta fechas muy recientes, no sólo por el escaso número de estudios que se le han dedicado, sino también por su somero tratamiento en el seno de los tratados de Derecho civil[2].

Por el contrario en Francia el derecho de visita ha sido una institución jurídica relevante desde mediados del siglo pasado, a pesar de no haber sido recogido por el legislador hasta el año 1970. Este derecho fue una creación de la jurisprudencia francesa a raíz de la sentencia de la *Cour de Cassation* de 8 de julio de 1857 que reconoció por primera vez un derecho de visita a los abuelos de un menor. Desde entonces este tema no ha dejado de estar presente en la jurisprudencia y en una muy abundante doctrina. El derecho de visita así configurado ha servido de modelo en nuestro país, teniendo hoy en día un contenido muy similar, razón por la cual el Derecho francés, en su vertiente jurisprudencial y doctrinal, nos servirá de referencia constante a lo largo de nuestro estudio. Por el contrario, parece que el contenido que a este derecho reconocen los tribunales en otros países europeos (Alemania y Suiza principalmente) es bastante divergente[3].

---

1. Ver ALBERDI, *Historia y sociología del divorcio en España* (1979), p.143.

2. RIVERO HERNANDEZ (*"El derecho de visita..."*, ya citado, p.53) realiza un recorrido por la doctrina histórica al que nos remitimos.

3. Ver RIVERO, *"El derecho de visita ..."*, p.102.

I. TERMINOLOGIA

Introduciéndonos ya en el estudio de esta institución, el primer punto al que hemos de referirnos es el de la terminología. Es expresión aceptada por todos la de "derecho de visita", como comprensiva no sólo de las visitas estrictas del titular del derecho al menor en el domicilio de éste, sino también del derecho a mantener relaciones con el menor por todas las vías posibles: visitas en su domicilio, estancias del menor con el titular del derecho en el domicilio de éste o en cualquier otro lugar y más o menos prolongadas, y comunicaciones postales o telefónicas, siendo, curiosamente, hoy en día las visitas en sentido estricto las que han desaparecido casi por completo en la práctica, salvo cuando se dan circunstancias muy excepcionales.

En este tema son numerosas las aclaraciones de los autores[4], pero todos llegan a idéntica conclusión: aunque no es el mejor nombre, es el conocido y aceptado comúnmente, y cumple las funciones que han de cumplir las denominaciones: el intercambio de la mayor cantidad de información en el menor espacio posible. En Francia, aunque la discusión ha seguido un camino en cierto modo paralelo, con conclusiones parecidas, se está empezando a generalizar el nombre de "droit de visite et d'hébergement", que podríamos traducir quizás por "derecho de visita y albergue". En nuestro país el nombre alternativo que parece haber hecho mayor fortuna es el de "derecho a relacionarse con el menor", aunque sigue siendo poco habitual.

---

[4]. Por todos, RIVERO, *"El derecho de visita ..."*, p. 32, nota 1.

II. PRECEPTOS LEGALES RELATIVOS AL DERECHO DE VISITA

A continuación analizaremos la base legal del derecho de visita del progenitor que no convive con su hijo. Aunque al referirse a este derecho de visita todos los estudios remiten a los arts. 94 y 160-1º como aquéllos de los que nace el derecho de los padres, creemos que no debemos conformarnos con ello -aunque indudablemente estos artículos reconocen tal derecho- e indagar más profundamente en el propio Código.

El art. 154-1º reconoce el derecho-deber del progenitor a tener al hijo en su compañía. Pero este derecho puede tener varias concreciones, según sean las situaciones fáctico-jurídicas de la familia:

- si ambos progenitores conviven con el hijo: se manifiesta en esa misma convivencia;
- si los padres no conviven entre ellos: siguen teniendo los mismos derechos y obligaciones hacia los hijos y en particular, el que aquí nos interesa, el derecho-deber de tenerlos en su compañía:
  - para el que convive con el hijo este derecho se manifiesta en la guarda,
  - para el que no convive con el hijo se manifiesta en el derecho de visita.

Por lo tanto, creemos poder afirmar que tanto el derecho de guarda como el derecho de visita tienen su base legal primera en el art. 154, configurándose por lo tanto como manifestaciones de la patria potestad cuando, al no convivir los progenitores entre sí, sólo uno de ellos puede hacerlo con el hijo.

Pero además de esta base legal genérica, el legislador ha recogido estos derechos de forma específica:

- el derecho de guarda:
  - en general, en el art. 159. Hay que aclarar que esto es así sólo después de la reforma de 15 de octubre de 1990, pues con anterioridad este artículo sólo regulaba la guarda de los hijos menores de 7 años;
  - y, más específicamente, para los casos en que los padres han estado casados y se separan judicialmente, se divorcian o piden la nulidad de su matrimonio, en los arts. 90-A, 91 y 103-1.
- el derecho de visita:
  - en general en el art. 160-1º;
  - y, además, si los padres han estado casados y se separan judicialmente o se divorcian, en los arts. 90-A, 94 y 103-1ª.

Por lo tanto, vemos que el derecho de los progenitores a mantener relaciones con sus hijos cuando con ellos no conviven está expresamente recogido en los arts. 160-1º y 94, pero que aunque así no fuese tal derecho se deduce directamente del propio art. 154 que establece la patria potestad de ambos progenitores y los derechos que la conforman.

III. FUNDAMENTO DEL DERECHO DE VISITA

Hasta épocas muy recientes el derecho de visita ha carecido de reconocimiento legal. Por esta razón la jurisprudencia y la doctrina se han visto forzadas a investigar con más profundidad cuál pueda ser su fundamento.

Históricamente, los primeros intentos que en este sentido se hicieron fueron -de manos de la jurisprudencia primero, aunque luego refrendados por la doctrina- considerar que la negativa del titular de la patria potestad a las visitas de otra persona constituía un abuso de derecho, y, de forma muy secundaria, considerar que el derecho de visita era la contrapartida a los deberes que a los abuelos incumbían respecto de sus nietos. Ambos argumentos se utilizaron fundamentalmente para justificar el derecho de visita de los abuelos (que era el que se discutía en la mayoría de las demandas de la época). Aunque estos argumentos fueron -sobre todo el primero- de trascendental importancia en la gestación de este derecho, han sido totalmente superados hoy en día.

Los posibles fundamentos barajados por la doctrina actual son, principalmente, los siguientes:

- la relación de parentesco entre titular y menor;
- la relación afectiva existente entre ellos;
- la consideración del derecho de visita como un derecho natural de los padres (quizás también de otros posibles titulares);
- el considerar el derecho de visita como instrumento del derecho de vigilancia del progenitor separado de sus hijos;

- el considerarlo como facultad desgajada de la patria potestad;

- el interés del menor.

En la mayor parte de los casos la doctrina analiza los fundamentos del derecho de visita sin distinguir los casos en que el titular es el progenitor que no convive con el hijo de aquellos otros en que el derecho corresponde a otros parientes o allegados. Esto es particularmente cierto en el caso de RIVERO[5], que manifiesta expresamente al iniciar el estudio del fundamento su persistencia[6] en la búsqueda de un tratamiento unitario.

A nuestro entender, por el contrario, el derecho de visita cumple distintas funciones según sea su titular el progenitor separado del hijo u otra persona, por lo que centraremos nuestro análisis en indagar el fundamento del derecho de visita del progenitor.

1. El interés del menor

Aquellos autores que defienden esta postura argumentan que el interés del menor condiciona el derecho de visita, y en virtud de ello consideran que este interés constituye el fundamento del mismo. Mas creo que no hay que confundir límite y justificación, pues la afirmación de que el interés del menor es la justificación del derecho de visita significaría negar al titular un derecho propio a las relaciones con el menor. En un

---

5. *"El derecho de visita ..."*, p. 204.

6. Decimos persistencia pues la búsqueda de un tratamiento unitario del derecho de visita está presente en su obra desde el principio, siendo así el subtítulo de la misma "Ensayo de construcción unitaria".

plano teórico esto supondría una gran incongruencia pues sería titular del derecho quien no es más que instrumento del interés tutelado, y, por el contrario, el titular de este interés no sería titular del derecho que lo protege.

En un plano práctico, aceptar que el interés del menor es el único fundamento del derecho de visita supondría la negación del derecho de visita cuando no reportase ningún beneficio para el menor, y no es ésta la configuración que tiene este derecho en nuestro ordenamiento jurídico[7], en el cual el interés del niño actúa como límite del derecho de visita -es decir, no se concede tal derecho si puede ser perjudicial para el menor- pero la justificación está en otro lugar puesto que se puede conceder un derecho de visita en función únicamente del interés del pretendido titular del derecho de visita[8].

Por lo tanto hemos de concluir que el interés del menor no constituye el fundamento del derecho de visita. Esto no significa, sin embargo, infravalorar su

---

7. La posición al respecto de la jurisprudencia, tanto menor como del Tribunal Supremo, es unánime, salvo la SAT de Bilbao de 20 de mayo de 1988 (ponente ROJO AJURIA, La Ley 1988-4, p.240) en la que se afirma que es necesario probar positivamente que el derecho de visitas es beneficioso para el niño para que aquél sea concedido.

Este es también, en cierta medida, el criterio seguido por la legislación alemana, que en el ámbito de la paternidad natural exige la prueba de que el derecho de visita que se solicita es beneficioso para el hijo (MULLER-FREIENFELS, ya citado).

8. Así se ha concedido en algunos casos, por ejemplo SAP Albacete de 2 de mayo de 1989 (RGD 1990, p.8607), un derecho de visita al progenitor que sufría algún tipo de enfermedad mental o de drogodependencia o alcoholismo (normalmente en fase de recuperación), por que los médicos consideraban que era bueno para su recuperación, aunque quizás pudiese tener algún inconveniente para el menor.

importancia como límite de tal derecho, como referente constante del mismo[9].

2. El parentesco y la relación afectiva

Analizaremos conjuntamente estos dos fundamentos por entender que están interrelacionados. Ambas justificaciones fueron pensadas para el conjunto del derecho de visita, fuese quien fuese su titular. Pero, a nuestro entender, el hecho de que el titular sea un progenitor introduce importantes matizaciones en la argumentación, por lo que, después de realizar un análisis general pasaremos a analizarlos en el caso concreto que aquí nos interesa.

El parentesco como fundamento del derecho de visita ha sido muy utilizado por la doctrina y la jurisprudencia[10], considerando indiscutible que de la pura relación de parentesco nace un derecho de visita, ya sea titular el progenitor, ya otro pariente. El primero de los problemas que plantea el parentesco como fundamento es que deja sin justificación el derecho de visita de los allegados. En segundo lugar hay que preguntarse si el parentesco justifica en todo caso por sí sólo la concesión de un derecho de visita.

Para contestar a ello empezaremos por distinguir según quién sea el posible titular del derecho de visita. En el caso de los padres creo que la propia relación paterno-filial -es decir, la relación de parentesco que les une- es suficiente para justificar por

---

[9]. En el mismo sentido, ver VINEY, *"Du droit de visite"*, RTDC, 1965, en particular pp. 231-232.

[10]. Ver, por ejemplo, RIVERO, *"El derecho de visita ..."*, p.217 y SAT Zaragoza, 1 de julio de 1988 (RGD 1989, p.4243).

sí sola un derecho de visita. Son muchos los autores que así lo sostienen. Así vemos como VINEY[11] afirmaba ya en el año 1965 que el derecho de visita de los padres estaba unánimemente aceptado, no planteándose en la jurisprudencia ninguna controversia sobre tal derecho, considerado como principio inamovible. Mas si estamos de acuerdo en que la sola relación paterno-filial es suficiente para justificar un derecho de visita habremos de preguntarnos porqué. A esta pregunta contestaremos en un momento posterior.

Cuando el posible titular del derecho de visita sea un pariente distinto de un progenitor la relación de parentesco no siempre será suficiente para justificar aquel derecho. La doctrina está de acuerdo en limitarlo a los abuelos y los hermanos[12]. Más allá de este grado de parentesco habrá que buscar una justificación distinta, que probablemente estará conectada con la del derecho de visita de los allegados. Esta justificación quizá se encuentre en la relación afectiva, que a continuación analizaremos.

Pasaremos pues a analizar la relación afectiva entre el posible beneficiario y el menor en cuestión, como fundamento del derecho de visita. Creemos que para que esta relación pueda justificar por sí sola la concesión de un derecho de visita ha de tratarse de una relación afectiva actual, y no potencial. Pues, si afirmásemos que la finalidad del derecho de visita es, sin más, permitir a su titular crear una relación afectiva con el menor, estaríamos permitiendo a cualquie-

---

11. Ya citado, p.237: cita también las opiniones de otros autores en el mismo sentido.

12. RIVERO, *"El derecho de visita ..."*, pp. 78-83.

ra solicitar -y conseguir- un derecho de visita. Como tal no es la concepción actual del derecho de visita, habrá que determinar qué personas tienen una vocación jurídicamente relevante a mantener una relación jurídica con un menor concreto. Y, por esta vía, abandonaríamos la relación afectiva como fundamento del derecho de visita para volver al parentesco.

Sin embargo, no creo que la relación afectiva deba ser abandonada como posible fundamento del derecho de visitas. En mi opinión el afecto podrá ser fundamento único de un derecho de visita cuando, a pesar de no existir entre el menor y el peticionario ningún lazo de parentesco, la relación afectiva entre ellos existente sea lo suficientemente fuerte como para que la vocación del peticionario a seguir manteniendo esa relación afectiva sea relevante jurídicamente, es decir, merecedora por sí sola de la tutela del ordenamiento jurídico.

Entendiendo de esta forma la relación afectiva como fundamento del derecho de visita, en el caso del progenitor separado del hijo carece casi totalmente de importancia, pues existirá siempre la relación de parentesco que justifique por sí sola la concesión de un derecho de visita. En estos casos la relación afectiva no será el fundamento de tal derecho, aunque sí puede ser un criterio para conceder un régimen de visitas más o menos amplio, vertiente que estudiaremos más adelante.

3. El derecho de visita como instrumento del derecho de vigilancia

Pasaremos a continuación a analizar la teoría que considera que la justificación del derecho de visita está en su utilidad como instrumento del derecho de

vigilancia que corresponde al progenitor separado de su hijo. Mas, si éste es el fundamento del derecho de visita hemos de preguntarnos cuál será el fundamento de este derecho de vigilancia. Al responder a ello hemos de tener en cuenta que esta teoría nació en Francia, cuyo Código recogía el derecho del padre y de la madre a vigilar el mantenimiento y la educación de sus hijos, fuese quien fuese la persona encargada de su cuidado[13]. Es comprensible que con tal base legal la doctrina intentase fundamentar un derecho que, como el de visita, no tenía ningún reconocimiento en el ordenamiento.

Pero creemos que este fundamento ni es trasladable al Derecho español, ni es útil para entender el sentido verdadero del derecho de visita. En nuestra opinión existe, además, un desmentido de la práctica a este argumento, pues si permitir la vigilancia del cuidado de los hijos fuese la única finalidad del derecho de visita, no tendría razón de ser la amplitud con que se concede este derecho, ya que con unos cortos contactos entre el hijo y el progenitor que con él no convive bastaría para que éste pudiese controlar el ejercicio de la patria potestad.

4. El derecho de visita como facultad desgajada de la patria potestad

En relación con este intento de fundamentar el derecho de visita hemos de retrotraernos a lo que anteriormente expusimos sobre la base legal del derecho de visita. A nuestro entender este derecho no es una facultad desgajada de la patria potestad, sino la forma

---

[13]. Antiguo art. 303. Después de la reforma de 1975 el art. 288.1 se expresa en idénticos términos.

de manifestación de la patria potestad en los casos en que el progenitor no convive con su hijo[14].

5. El derecho de visita, derecho natural o derivado de la "naturaleza de la cosas"

Y con esta argumentación engarzamos con el fundamento que analizaremos en último lugar, que es considerar al derecho de visita como un derecho natural.

Han sido muchos los autores y las sentencias que han pretendido explicar el derecho de visita considerándolo como un derecho natural que nace de la relación de parentesco o, más restringidamente, de la relación paterno-filial, derecho natural a mantener relaciones con el menor[15]. En términos distintos aunque, a nuestro entender, dentro de la misma corriente, RIVERO[16] cree que el fundamento del derecho de visita (considerado como institución única, independientemente de quien sea su titular) se encuentra en lo que la doctrina alemana[17] ha llamado "naturaleza de las cosas".

Consideramos también que este es el fundamento del derecho de visita, pero para explicarlo seguiremos un proceder contrario, indagando por separado el fundamento del derecho de visita de los progenitores. Como ya expusimos en su momento el derecho de visita del progeni-

---

14. En este mismo sentido se manifiestan la STS de 9 de octubre de 1982 (RA 5548) y MASSIP (*"Note à C.Cass., Crim., 4 décembre 1984"*, D.1985, J.414).

15. Por ejemplo, STS 9 octubre 1982, ya citada.

16. *"El derecho de visita ..."*, p. 220.

17. Ver LARENZ, *"Tendencias metodológicas en la ciencia jusprivatista alemana actual"*, RDP, 1959, pp. 367-375.

tor separado del hijo no es sino una manifestación de la patria potestad, y, en particular, del derecho del progenitor a tener al hijo en su compañía. Por lo tanto, la justificación, el fundamento del derecho de visita, será el mismo que el fundamento de la propia patria potestad.

Hemos de preguntarnos entonces cuál es el fundamento de la patria potestad. Entre progenitor e hijo existe una relación biológico-afectiva que en el estado actual de la sociedad es considerada como perteneciente a una categoría especial. Creemos que es lo que se ha encuadrado en el pasado en el Derecho natural y que doctrinas más recientes, que ya no tienen como premisa la inmutabilidad de la naturaleza humana, han denominado "naturaleza de las cosas". Creemos que es aquello que en el estado actual de nuestra sociedad se considera indisociable del ser humano, considerado éste como combinado de biología y cultura, en el cual ésta tiene un fuerte componente.

Como ya hemos dicho, la relación hijo-progenitor es indudablemente una de las que se encuentran incluidas en la "naturaleza humana". Y justamente de esta consideración deriva la patria potestad, como manifestación jurídica de aquella relación, concedida a todo progenitor por el solo hecho de serlo, porque lo "natural" es que los progenitores cuiden de sus hijos, y la patria potestad es el ropaje jurídico de dicha función. En un paso posterior, como hemos dicho que el derecho de visita del progenitor es manifestación de la patria potestad, podemos llegar a la conclusión de que el

derecho de visita del progenitor tiene su fundamento último en la "naturaleza de las cosas"[18].

El razonamiento que hemos seguido halla el fundamento del derecho de visita relacionando éste con la titularidad de la patria potestad. Este razonamiento presenta por lo tanto un escollo, pues el derecho de visita de los progenitores privados de la patria potestad no puede ser justificado de la misma manera. Por lo tanto hemos de analizarlo a continuación. Creemos, sin embargo, que el fundamento es el mismo: la relación progenitor-hijo es de tal fuerza, se encuentra tan anclada en la "naturaleza de las cosas" que debe ser limitada al mínimo. Si existen imperativos que impiden que un progenitor desarrolle su función normal, es decir, el cuidado de su hijo porque ha demostrado ser incapaz de hacerlo correctamente, habrá que permitir, no obstante, que esa relación se desarrolle en todo lo que no sea nocivo para el niño, como pueden ser, por ejemplo, las visitas.

Con el mantenimiento de estas relaciones entre padre e hijo se protege tanto el interés del hijo, como el del progenitor, nacidos ambos de esa relación paterno-filial que, como ya hemos dicho, forma parte de la "naturaleza de las cosas". Analizando en primer lugar el interés del hijo, creemos que la relación paterno-filial es de tal importancia en nuestra sociedad, está tan anclada en los sentimientos profundos de las personas, que es menos nocivo para un niño mantener una relación

---

[18]. En el mismo sentido dice VINEY (ya citado, p. 237): "si los padres poseen ... por principio un derecho de visita sobre su hijo podríamos pensar que se trata simplemente de una de las manifestaciones de la tan particular situación que nuestro código civil reserva para los autores directos de un menor".

esporádica con su progenitor, aun siendo éste indigno o incapaz de ocuparse normalmente de él, que carecer de toda relación con su progenitor. En este sentido se manifiestan cada vez más todos aquéllos que se dedican al estudio del niño y de su psicología.

En cuanto al interés del progenitor, la primera duda que surge es si un progenitor indigno o incapaz de ocuparse normalmente de su hijo puede tener un interés jurídicamente relevante en ver a su hijo. En primer lugar hay que puntualizar que la incapacidad para desarrollar correctamente la función parental no tiene necesariamente que ser voluntaria. Cabe por lo tanto que un progenitor que no es capaz de cuidar adecuadamente de su hijo quiera seguir manteniendo el contacto con él. Creemos que en tal caso el interés de este progenitor es atendible[19]. Pero aun en el caso de que el incumplimiento de las funciones parentales no haya sido debido a causas ajenas a su voluntad, creemos que la naturaleza especial de la relación paterno-filial concede al progenitor, también en estos casos, el derecho a seguir manteniendo relaciones con su hijo, siempre que éstas no sean nocivas para éste (y ya hemos visto que, también para el hijo, las relaciones serán en principio recomendables).

Quizás un ejemplo pueda hacernos ver más claramente afirmaciones que en abstracto resultan quizás no compartibles o no compartidas por la mayoría de nuestros lectores. Los casos de progenitores violentos son abundantes. El estudio de estos casos ha revelado que

---

[19]. En este sentido se ha manifestado la AP de Barcelona en sentencia de 24 de mayo de 1991 (RGD 1992, p.2035), concediendo un derecho de visita a los padres a petición del mismo organismo administrativo que había declarado al niño en situación de desamparo.

no necesariamente los malos tratos a los hijos suponen por parte del progenitor desinterés, sino a veces manifestación patológica del mismo cariño, y que los episodios de malos tratos a menudo se intercalan en largos periodos de trato afectuoso. En tales casos será necesario retirar al progenitor en cuestión el cuidado de los hijos, y probablemente las circunstancias del caso darán lugar igualmente a la privación de la patria potestad. Pero, ¿cabrá entonces conceder a este progenitor un derecho de visita? Nuestra respuesta es afirmativa por los argumentos que antes hemos señalado aunque, indudablemente, el derecho de visita que se conceda a este progenitor tendrá que ser compatible con el interés del hijo y para ello, en este caso concreto se podrá imponer la presencia de un tercero para impedir que las visitas puedan derivar en malos tratos para el niño. Pero estando a salvo esta posibilidad, la relación entre el progenitor y el hijo puede ser altamente beneficiosa para ambos. Aunque esta postura no goza de unanimidad[20], es solución preconizada, como ya hemos dicho anteriormente, por aquéllos que estudian estos temas desde perspectivas no-jurídicas, y también la solución a veces recogida por los jueces[21].

---

[20]. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, *"Comentario al art. 161"* en AA.VV., Comentarios a las reformas del Derecho de familia (1984), Volumen 2, p.1075.

[21]. STS 30 de abril de 1991 (AC. 1991, nº 714).

IV. DETERMINACION DEL REGIMEN DE VISITAS

Una vez estudiado el derecho de visita en abstracto, nos centraremos en estudiar el establecimiento del régimen de visitas en concreto. Las vías para establecer un régimen de visitas son las mismas que para los restantes contenidos de la situación que estudiamos.

1. Criterios para la determinación

Los criterios ofrecidos por el Código para el establecimiento del régimen de visitas son de dos tipos: los generales que rigen para todo lo atinente a las relaciones paterno-filiales, particularmente en situaciones de no convivencia de los padres, y los específicamente establecidos para el derecho de visita. Son tres los criterios generales: el interés del menor, la necesidad de oírle a partir de cierta edad (arts. 92-2º y 154-2º y 3º), y el que, en principio, los progenitores son jueces del interés de su hijo, debiendo limitarse el Juez a intervenir en una función de mero control, criterios que ya han sido analizados con anterioridad.

Creemos, sin embargo, que el criterio referido al interés del menor necesita alguna puntualización en este momento. ¿En qué consiste el interés del menor cuando de derecho de visita se trata? Creemos que la respuesta nos viene dada, en parte al menos, por lo que anteriormente expusimos sobre el fundamento de este derecho. Puesto que el derecho de visita es la forma en que se manifiesta la patria potestad del progenitor que con el hijo no convive y que, a su vez, la patria potestad es el ropaje jurídico de la función que según la "naturaleza de las cosas" corresponde a los padres, que

es cuidar a sus hijos, el derecho de visita debe ser lo más amplio posible para permitir una verdadera relación entre este progenitor y el hijo, dando así lugar a que tal función se cumpla, permitiendo el desarrollo de una relación paterno-filial normal.

En cuanto a los criterios específicamente señalados para el derecho de visita, el legislador ha sido parco a la hora de ofrecer al juez indicaciones sobre el sentido en que debe resolver:

> Art. 94: «El progenitor (...) gozará del derecho de visitarlos, comunicar con ellos y tenerlos en su compañía. El juez determinará el tiempo, modo y lugar del ejercicio de este derecho, que podrá limitar o suspender si se dieren graves circunstancias que así lo aconsejen o se incumplieren grave o reiteradamente los deberes ...»
>
> Art. 160: «El padre y la madre, aunque no ejerzan la patria potestad, tienen el derecho de relacionarse con sus hijos menores ...»

Los autores han considerado que esta ausencia de regulación significa de hecho conceder al juez una muy amplia discrecionalidad[22], y que esta discrecionalidad está justificada y es la garantía de una correcta adaptación en cada caso del régimen de visitas a las situaciones fácticas, al ser éstas muy variables. En nuestra opinión la discrecionalidad juega también otro papel -quizás no previsto por el legislador-, que es la adaptación de la legislación a una mentalidad social muy cambiante (quizás por el momento socio-político en que se dictaron estas leyes), que, en particular en estos temas, da hoy por supuesto lo que ayer resultaba difícil

---

[22]. Ver RIVERO, *"El derecho de visita ..."*, p.143.

admitir. Sin embargo, tal como afirma RIVERO[23], creemos que la discrecionalidad ha de ser limitada para no convertirse en arbitrariedad.

En este sentido resulta muy interesante ver como la jurisprudencia menor ha llegado, por la reiteración de sus soluciones a lo largo de doce años de aplicación de las leyes de reforma de 1981, a crear una suerte de criterios jurisprudenciales que disciplinan el régimen de visitas, entre los cuales podemos destacar los siguientes:

- ambos progenitores deben participar en los periodos de descanso y vacaciones;
- no influye en el régimen de visitas la convivencia del progenitor con otra persona;
- cuando los hijos son muy pequeños las visitas suelen ser cortas, y sin derecho de pernocta;
- no se deniega el derecho de visita aunque los hijos se nieguen a ellas;
- no se deniega de principio aunque el progenitor presente problemas como alcoholismo, drogadicción, enfermedades mentales, etc.

Estos criterios serán estudiados con más detenimiento en un momento posterior.

2. Contenido-tipo y contenido básico

La propia reiteración de la práctica jurisprudencial ha creado también un régimen-tipo: si no existen circunstancias excepcionales y ambos progenitores viven en la misma ciudad o a corta distancia, el régimen de visitas será de fines de semana alternos y la mitad de todas las vacaciones escolares.

---

23. *"El derecho de visita ..."*, p.203, nota 195.

Este régimen tipo nos interesa ahora desde otro punto de vista. El art. 94 concede al juez la potestad de limitar el derecho de visita en determinadas circunstancias. Pero limitarlo significa que el derecho de visita tiene un contenido de principio. Este contenido no se explicita en el Código, por lo que corresponderá al juez, en su tarea interpretadora, la investigación de cuál es el contenido que de principio tiene el derecho de visita.

Y de qué datos disponemos para responder a este problema. Creo que el principal criterio, y quizás el único, es el de la función que el derecho de visita debe cumplir. Hemos dicho que el derecho de visita es la manifestación de la patria potestad en casos de no convivencia y, por lo tanto, debe constituir un mecanismo capaz de mantener (e incluso crear, en algunos ocasiones) una relación entre progenitor e hijo acorde con lo que en el momento actual se entiende que debe ser esta relación: el niño debe encontrar en el progenitor cariño y apoyo, debe tener confianza con él para poder plantear sus problemas y hallar el apoyo que le devuelva la tranquilidad.

¿Cuál es entonces el contenido que a nuestro entender garantiza el mantenimiento de una relación de este tipo? En respuesta a esta pregunta analizaremos uno a uno los distintos apartados que pueden constituir el derecho de visita.

En primer lugar nos referiremos a la correspondencia. Creemos que la función que debe jugar, sobre todo cuando se trata de correspondencia telefónica (que será la más habitual hoy en día), es mantener un contacto vivo, que evite que el progenitor titular del derecho de

visita esté tocado de la nota de excepcionalidad que normalmente le acompaña, para convertirlo en alguien que participa en la vida de todos los días del niño.

En cuanto a la función que deben cumplir las visitas estrictas, creemos que lo ideal sería que permitiesen que el progenitor visitante mantuviese un contacto con el niño en su vida diaria. Esto se lograría, por ejemplo, si el progenitor visitante se ocupase una tarde entre semana del niño, recogiéndolo del colegio, llevándolo a otra actividad habitual (clases particulares, deporte), etc.

Por último, las estancias son las que generan una verdadera relación de confianza entre el niño y el adulto, las que crean el núcleo de la relación, pero, a nuestro entender, si no están complementadas por el mantenimiento de esa confianza día a día le dan a la relación entre el progenitor y el hijo un carácter excesivamente excepcional. Si hemos hecho reiterada referencia a la necesidad de evitar el carácter de excepción referido a la relación entre progenitor visitante e hijo es porque es una queja reiterada por parte de los progenitores, y también de los hijos cuando tienen una cierta edad, pues el padre o la madre se siente frustrado porque no es un verdadero padre o madre para su hijo, porque no está al tanto de lo que le va ocurriendo, de su vida cotidiana, y el hijo siente la carencia de un padre o de una madre al que poder acudir en caso de necesidad (de las necesidades de los niños, claro está).

Creemos que éste es el contenido que corresponde al fundamento y a la función que ha de cumplir el

derecho de visita del progenitor que no convive con el hijo.

Cabe entonces preguntarse si el régimen-tipo que se desprende de la práctica judicial es la respuesta dada por la jurisprudencia menor a esta cuestión. Ya dijimos que este régimen consiste en los fines de semana alternos y la mitad de todas las vacaciones escolares. Nada se dice normalmente de la correspondencia, pero creemos que no es porque no exista tal comunicación sino porque no se considera necesario pedir o establecer el derecho a llamar por teléfono al hijo pues no plantea problemas en la práctica. Pero también creemos, aunque no tenemos más datos para ello que el mero conocimiento que nos da el estar insertos en esta realidad social que intentamos disciplinar jurídicamente, que no se hace un gran uso de este derecho. En cuanto a visitas entre semana, no se suelen establecer en el régimen-tipo[24]. Por lo tanto vemos que el régimen-tipo judicial no corresponde al que nosotros hemos considerado debe ser el contenido de principio del derecho de visita.

La razón puede ser, indudablemente, que la interpretación que hace la jurisprudencia menor es distinta a la nuestra. Pero también cabe otra explicación, y es que los jueces han diseñado una solución-tipo para el caso-tipo que se les presenta, es decir, aquél en el que los padres mantienen una relaciones tirantes, lo que aconseja reducir el régimen de visitas para reducir

---

[24]. Sólo hemos encontrado una sentencia en este sentido -SAP Cáceres, de 23 de febrero de 1989 (RGD 1990, p.6219)- que establece que el padre podrá visitar a sus hijas cualquier día de la semana, respetando el horario escolar y previo aviso.

las fuentes de conflicto[25]. Esto significa que el régimen de visitas establecido de forma habitual por los jueces es ya un régimen limitado como consecuencia de la mala relación entre los padres. Otros factores que quizás hayan influido también en el establecimiento de este régimen-tipo son los horarios de trabajo que no permiten visitas entre semana, y también quizás la falta de iniciativa y de creatividad de los operadores jurídicos. Pero creemos que es conveniente tener presente que este régimen-tipo no es el más adecuado para que el derecho de visita cumpla la función que realmente le corresponde.

Una vez establecido el contenido de principio del derecho de visita y el contenido-tipo establecido por la jurisprudencia, veremos cómo se adapta el derecho de visita a las circunstancias más habituales en la práctica, y cuáles son las líneas directrices que deben regir su establecimiento, o que de hecho lo rigen.

3. El respeto a la intimidad en el derecho de visita y sus limitaciones

Trataremos en primer lugar de un principio que ha de presidir el derecho de visita en su totalidad, y que no se manifiesta solamente en el establecimiento del contenido: el respeto a la intimidad en las relaciones entre el visitante y el menor. Nadie puede entrometerse

---

[25]. El hecho de que en algunas sentencias de primera instancia dictadas en procedimientos de mutuo acuerdo a las que hemos tenido acceso se recojan cláusulas que acercan el régimen de visitas al considerado por nosotros básico viene quizás a corroborar esta hipótesis. Así, por ejemplo, la SJPI de Santa fe (Granada), de 2 de septiembre de 1991 (inédita), recoje un convenio en el cual se establecía el derecho del padre de visitar a sus hijos siempre que quisiese, previo aviso.

en estas relaciones, ni controlarlas. Esto se manifiesta en el secreto de la correspondencia, que el progenitor guardador no podrá controlar en uso de su potestad sobre el niño. Pero también se manifiesta al establecer un concreto régimen de visita, porque la presencia de un tercero no puede ser impuesta durante las visitas o las estancias.

Este es, por supuesto, el régimen general, pero de acuerdo con el art. 94, el derecho de visita puede ser limitado cuando las circunstancias lo aconsejen. Y una de las limitaciones al derecho de visita puede ser la imposición de la presencia de una tercera persona[26]. Esta limitación será necesaria cuando la relación pueda suponer algún peligro para el menor, por las circunstancias del progenitor (alcoholismo, drogodependencia, enfermedad mental)[27], y, de forma menos habitual, cuando exista un rechazo del niño a las visitas que pueda ser apaciguado con la presencia de una persona que le inspire confianza[28].

Otra limitación al derecho de visita que también supone limitar la intimidad de la relación -y que en el pasado ha sido bastante habitual- es que las visitas hayan de realizarse en el domicilio del menor. Esta medida venía normalmente dictada por circunstancias

---

[26]. En este sentido, reiteradamente la jurisprudencia menor -SAP Santa Cruz de Tenerife, 23 de noviembre de 1989 (RGD 1990, p.1006) y SAP Valencia, 15 de junio de 1991 (RGD 1991, p.10917)- ha considerado que la imposición de la presencia de un tercero supone una limitación del derecho de visita.

[27]. Ver SAT Pamplona, 22 de diciembre de 1986 (La Ley 1987-2, p.804).

[28]. Ver SAT Palma de Mallorca, 16 de septiembre de 1985 y 6 de noviembre de 1985 (inéditas, citadas por FLORIT CANALS, *"El régimen de visitas en la práctica judicial española"*, La Ley, 1989-4).

similares a las que acabamos de señalar (peligro para el niño o rechazo de éste a las visitas, también en los casos de niños muy pequeños[29]), pero hoy en día la postura mayoritaria, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, es considerar inadecuado este régimen por varias razones: porque a menudo genera tensiones al encontrarse el guardador y el visitante[30], porque las visitas se desarrollan en un clima de tensión al estar el visitante en territorio en cierto modo enemigo, y por último suponen una vulneración de la inviolabilidad del domicilio[31] (aunque no habrá tal violación cuando el propio guardador haya solicitado ese régimen de visitas, cosa que a menudo ocurre). Por lo tanto, creemos que hoy en día la imposición de un régimen de visitas en el domicilio del menor sólo estará justificado cuando sea el único régimen posible, esto es, por ejemplo, cuando el niño se encuentre aquejado de una enfermedad de larga duración, que le impida salir de su casa.

---

29. Ver, por ejemplo, SAT Pamplona, 22 de diciembre de 1986 (La Ley 1987-2, p.804).

30. SAP Santa Cruz de Tenerife, 23 de noviembre de 1989 (RGD 1990, p.1006).

31. En el mismo sentido, STS de 30 de abril de 1991 (ya citada). Por el contrario, SEISDEDOS MUIÑO (*"Comentario a la STS de 30 de abril de 1991"*, CCJC 1991, p.567) considera que si la sentencia que estableció tal régimen de visitas valoró los intereses en presencia y consideró que era el régimen más adecuado no se habrá atentado contra la inviolabilidad del domicilio.

4. Algunas circunstancias especiales

A. Rechazo del niño

Hemos hecho referencia incidentalmente a este caso, pero trataremos ahora de esta circunstancia de forma general. El rechazo pude venir motivado por múltiples razones, que serán tenidas en cuenta por el juez. No obstante, el tratamiento dado por los jueces a esta circunstancia suele ser bastante homogéneo. Es raro que en base al rechazo del niño -aunque esté comprobado por expertos- el juez deniegue el derecho de visita. Los argumentos empleados suelen presentar dos vertientes. En primer lugar se hace referencia al derecho del progenitor que no convive con su hijo a seguir manteniendo relaciones con éste, y a la importancia de este derecho que no puede ser limitado más que en circunstancias muy justificadas.

En segundo lugar, los jueces suelen hacer referencia al interés del menor, entendiendo que aunque en el momento actual la imposición al niño de las visitas pueda suponer para él una experiencia desagradable, es plausible pensar que con el trato desaparecerá la aversión del niño hacia su progenitor y que para el niño será mucho mejor, tanto en un futuro cercano como cuando sea un adulto, haber mantenido el trato con ese progenitor que haber perdido todo contacto con él[32]. Esto no quiere decir que los jueces establezcan en estos casos el mismo régimen de visitas que si no existiese rechazo por parte del niño. Normalmente establecen un régimen de visitas cortas y espaciadas, a veces, como ya hemos dicho, en presencia de una persona que proporcione

---

[32]. Ver SAT Bilbao, 30 de julio de 1987 (La Ley 1988-1, p.738).

confianza al menor, o bien imponen un tratamiento psicológico paralelo, o posponen las visitas por cierto tiempo esperando que el tratamiento obtenga resultados[33].

Otra vertiente del mismo tema, aunque menos acentuada, la constituye la existencia o no existencia de una relación afectiva entre el hijo y el progenitor demandante de un derecho de visita. Puede ocurrir que sin existir rechazo no exista relación afectiva o ésta se encuentre muy debilitada. En tal caso el régimen que se establece es menos denso que el normal[34].

B. Enfermedad mental o drogodependencia del progenitor

También hemos hecho referencia incidentalmente a los casos en que el progenitor que no convive con el hijo padece algún tipo de enfermedad mental, drogodependencia o alcoholismo. Como ya apuntamos anteriormente estas circunstancias no son consideradas por sí solas causa de supresión del derecho de visita, sino que habrán de ser valoradas las circunstancias concretas del caso y sólo cuando el padecimiento del progenitor visitante suponga peligro para el niño se limitará el derecho de visita[35]. La función de tal limitación será alejar el

---

[33]. Ver SAT Pamplona, 22 de diciembre de 1986 (La Ley 1987-2, p.804); SAT Zaragoza, 25 de marzo de 1988 (GARCIA GIL, p.266) y SAT Pamplona, 28 de noviembre de 1988 (RGD 1989, p.1660).

[34]. Ver SAT Pamplona, 22 de diciembre de 1986 (La Ley 1987-2, p.804); SAT Bilbao, 30 de julio de 1987 (La Ley 1988-1, p.738); SAP Madrid, 6 de febrero de 1989 (RGD 1989, p.3017); y SAP Valencia, 30 de enero de 1991 (RGD 1992, p.5406).

[35]. Así la SAT Valencia de 14 de octubre de 1988 (GARCIA GIL, p.268) partiendo de un caso de alcoholismo del padre, consideró que al no haberse demostrado que tal situación suponía un peligro para

peligro que para el niño pueda suponer la enfermedad de su progenitor, y por lo tanto tal limitación deberá ser sólo la necesaria para evitar tal peligro, intentando siempre no llegar a la suspensión del derecho de visita, pues esta medida radical también es perjudicial para el hijo.

En las sentencias consultadas no hemos hallado ningún caso de suspensión total, quizás simplemente porque sólo aquellos que se hallan en una fase intermedia de su enfermedad solicitan un derecho de visita y no los que se encuentran en una fase aguda de la misma, que podría dar lugar justificadamente a la suspensión. Las limitaciones habituales suelen ser imponer la presencia de un tercero[36] o suspender la pernocta del niño en el domicilio del progenitor visitante, y por lo tanto las largas estancias[37].

C. Hijo de corta edad

Otro caso que merece un tratamiento especial es el del niño de corta edad, a veces incluso recién nacido. La tónica ha sido establecer un régimen de visitas muy limitado: el padre (normalmente es él el titular del derecho de visita en estos casos) sólo puede ver al niño en el domicilio de la madre y en presencia de ésta. Las razones que se aducen son que el niño no puede ser separado de la madre, la única a la que conoce y que

---

el niño, no había lugar a la modificación del régimen de visitas. En el mismo sentido, también SAP Santa Cruz de Tenerife de 24 de septiembre de 1990 (RGD 1991, p.4516).

[36]. Ver SAT Palma de Mallorca, de 16 de septiembre de 1985 y de 6 de noviembre de 1985 (inéditas, citadas por FLORIT).

[37]. Ver SAP Albacete de 2 de mayo de 1989 (RGD 1990, p.8607).

puede ocuparse de él, además de añadir a veces que el padre es incapaz de ocuparse de su hijo. Ninguna de las dos razones nos parece convincente. La segunda porque hoy en día no se puede afirmar la incapacidad de principio de un hombre para cuidar de un bebé[38]. La primera porque las visitas del padre no serán sin duda la única ocasión en la que el hijo se separe de la madre, y si el niño puede quedarse al cuidado de un pariente, de los empleados de una guardería, o de una empleada de hogar, con más razón podrá quedarse al cuidado de su padre.

Cuando los niños no son ya tan pequeños, se concede normalmente un régimen más amplio, pero los jueces se muestran muy reticentes a permitir que el niño de dos, tres o cuatro años pernocte fuera de su domicilio habitual[39]. Es cierto que algunos niños aceptan difícilmente el dormir fuera de su casa, pero es una circunstancia que se está convirtiendo en excepcional. Vemos, por ejemplo, que en las escuelas infantiles se organizan colonias de tres o cuatro días de duración para niños de estas edades y que sólo uno o dos del total de una clase de treinta se niegan a dormir fuera de su casa. Sería por lo tanto ridículo que uno de estos niños que va de colonias (cosa que, por otra parte, todo el mundo considera hoy en día conveniente), no pudiese dormir en casa de su padre.

D. Hijo adolescente

La edad también es una circunstancia modificativa en el otro extremo, es decir, cuando el niño es ya

---

[38]. Para algunos es incluso su profesión.

[39]. Ver SAP Santa Cruz de Tenerife, 23 de noviembre de 1989 (RGD 1990, p.1006).

un adolescente mayor. En estos casos hay dos tipos de problemas. En primer lugar, es opinión generalizada considerar que el adolescente no puede repartir la totalidad de su tiempo libre entre su padre y su madre, sino que necesita un margen de independencia para ver a sus amigos, a su novio o novia, etc. Por lo tanto, el régimen de visitas habrá de establecerse teniendo en cuenta esta circunstancia.

Pero sobre todo la edad se tiene en cuenta como circunstancia modificativa cuando el adolescente rechaza la relación con el progenitor visitador. Si en edades más tempranas el rechazo del hijo es considerado irrelevante para denegar las visitas, en esta edad se considera que constituye un problema distinto. El adolescente no es simplemente un niño de más edad, sino que tiene una mayor esfera de decisión personal, aunque siga siendo un menor. Por lo tanto no cabe aplicarle las mismas normas. Al niño no se le permite elegir, mientras que al adolescente sí, aunque se equivoque. El juez considera que a esa edad, en primer lugar es inútil imponerle unas visitas porque no le van a hacer cambiar de sentimientos, y porque además sería imposible ejecutar la medida, y en segundo lugar, sería ilícito hacerlo porque supondría una falta de respeto a su personalidad[40].

E. Lugares de residencia distintos

También requiere un trato especial el caso en que el progenitor visitante vive en ciudad distinta que

---

[40]. En este sentido, Auto de la AP Santa Cruz de Tenerife, 17 de octubre de 1989 (AC 1990, a.22). El CC suizo recoge expresamente esta solución en su art. 273-2: «cuando el hijo tiene 16 años cumplidos, las relaciones personales (con sus padres) no pueden subsistir sino con su consentimiento».

el hijo. En tal caso el régimen-tipo no es el adecuado y será necesario conceder estancias más largas, aunque menos frecuentes. El régimen concreto dependerá mucho de las distancias, de los medios económicos, de la disponibilidad laboral del progenitor, etc[41].

V. EL EJERCICIO DEL DERECHO DE VISITA

Una vez establecido el contenido del derecho de visita, hemos de examinar cuáles son los derechos y obligaciones del progenitor visitante y cuál habrá de ser su ejercicio. También habrá que analizar la posición del guardador, en cuanto tenga relación con el derecho de visita.

1. Obligación de ejercicio

El progenitor visitante tiene -obviamente- el derecho de visitar, comunicar o recibir a su hijo de acuerdo con el régimen que se haya fijado. Pero ¿tiene también la obligación de hacerlo? El derecho de visita, al igual que la patria potestad es un derecho de ejercicio obligatorio por tener entre sus finalidades la de satisfacer el interés de una persona distinta del

---

[41]. Ver SAT Pamplona, 28 de marzo de 1988 (RGD 1989, p.1657); SAP Palma de Mallorca, 21 de octubre de 1991 (RGD 1992, p.767) y SAP Bilbao, 11 de diciembre de 1991 (RGD 1992, p.6157). En particular las sentencias de la C.A. de París de 12 de octubre de 1988 (D.1988, IR.276) y de la AT de Palma de Mallorca de 11 de mayo de 1988 (RGD 1989, p.687), tienen en cuenta los gastos que supone el ejercicio del derecho de visita en estas circunstancias, reduciendo en el primer caso la pensión a cargo del progenitor visitante, y estableciendo en el segundo una pensión en favor del mismo durante el tiempo que duran las visitas.

titular, que es el hijo. Por lo tanto, el titular del derecho de visita tiene la obligación de visitar, comunicar y recibir al hijo, de acuerdo con lo fijado en el régimen de visitas correspondiente. El hecho de que esta obligación sea incoercible no es óbice para la afirmación que hemos realizado. Si la obligación de cumplir el régimen de visitas se incumple, no se podrá exigir su cumplimiento forzoso, pero el incumplimiento existirá de todas formas, y podrá dar lugar a otro tipo de sanciones.

2. Límites al ejercicio del derecho de visita

Una vez afirmado que el progenitor tiene la obligación de ejercer su derecho, hemos de ver qué límites tiene ese ejercicio.

En primer lugar, el derecho de visita es un derecho indelegable, pues su función es crear o mantener una relación afectiva entre progenitor e hijo, y para ello sólo el trato personal entre ambos sujetos puede ser operativo. RIVERO[42] considera que otra cosa es desviar el derecho de visita «del camino y finalidad que lo justifican y en función de lo cual ha sido concedido».

En segundo lugar, el visitante no puede interferirse en las funciones encomendadas al guardador, porque el derecho de visita no es un instrumento de control del ejercicio que hace el guardador de su función.

En cuanto a la educación, muchos autores opinan que el visitante no puede inmiscuirse en la educación del menor. Son opiniones normalmente manifestadas para el derecho de visita en general, y creo que en tal caso son

---

42. *"El derecho de visita ..."*, p. 105.

acertadas pues la concesión de un derecho de visita a un pariente o allegado no le confiere el derecho a participar en la educación del menor. Pero nuestro problema es saber qué ocurre cuando el titular del derecho de visita es a la vez un progenitor investido de la patria potestad. Para este supuesto hay manifestaciones en ambos sentidos. Así, la sentencia de la A.T. de Barcelona de 15 de enero de 1982[43] acordó, a petición de la madre, «un amplio régimen de visitas para que la madre pueda disfrutar y colaborar en la empresa educativa y en su formación humana», mientras que otras sentencias (más bien extranjeras) establecen que el progenitor no puede inmiscuirse en la educación[44]. Nosotros creemos que la solución a este tema dependerá del modelo de ejercicio de la patria potestad que se haya adoptado.

Por último, el derecho de visita debe ser ejercido conforme a las exigencias de la buena fe, como todos los derechos. Pero cabe preguntarse si es exigible respecto del derecho de visita una mayor dosis de buena fe en el cumplimiento. RIVERO[45] responde afirmativamente basándose en que se trata de un derecho de familia. Esto querría decir que los derechos de familia en general deben ser ejercidos con una mayor dosis de buena fe, afirmación algo aventurada.

A nuestro entender la razón por la cual es exigible una mayor dosis de buena fe en el cumplimiento del derecho de visita se encuentra en su propia naturaleza. Puesto que se trata de un derecho que no solamente

---

43. GARCIA GIL, p.249.

44. RIVERO, *"El derecho de visita ..."*, pp. 105-106.

45. *"El derecho de visita ..."*, p.105.

debe proteger los intereses de su titular, sino que, además, está dirigido a satisfacer el interés del menor, la actuación que no sea acorde con la buena fe tiene como primer perjudicado al menor -que se encontrará envuelto en un ambiente de tensión nada favorable para él-, y no cumplirá por tanto una de sus finalidades. El art. 27.1.1. del Código civil suizo, al establecer que «el padre y la madre deben cuidar en no perturbar las relaciones con el otro progenitor y en no hacer la educación del mismo más difícil» establece expresamente esta obligación. En el Derecho español sólo existe la regulación general del abuso del derecho (cuando se «sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho», art. 7-2 del Cc), y la obligación genérica que establece el art. 154 al decir que la patria potestad se debe ejercer «en beneficio de los hijos».

3. Obligaciones del guardador

Pasando a analizar la posición jurídica del progenitor guardador del menor, es indudable que tiene la obligación de respetar el derecho de visita del otro progenitor, que se afirma frente a todos, pero particularmente frente al progenitor que tiene bajo su guarda al menor[46].

Pero cabe preguntarse si tiene también la obligación positiva de facilitar el ejercicio de este derecho. Nuestro ordenamiento no se manifiesta sobre el

---

[46]. Sin embargo, la SAP de Bilbao de 11 de diciembre de 1991 (RGD 1992, p.6157), en un caso en que la madre guardadora del menor lo había trasladado a otro lugar de residencia, sin comunicárselo al padre durante tres meses, impidiendo de tal forma que éste ejerciese el derecho de visita de que era titular, no extrae ninguna consecuencia de dicho comportamiento.

tema. Tampoco lo hacen otros ordenamientos europeos. Sin embargo la jurisprudencia francesa en materia de delito de *non-représentation*[47] no considera excusa a tal delito el rechazo del niño, por considerar que el guardador no tiene sólo la obligación de presentar al niño, sino también la de emplear su influencia sobre el niño (que se supone mayor por ser el guardador) para convencerle de que debe acompañar al progenitor visitante[48]. Mas es dudoso que una obligación semejante exista en nuestro ordenamiento. Desde luego las sentencias dictadas en el ámbito civil en casos en que existía un rechazo del niño, no hacen nunca referencia a que le sea exigible al guardador alguna actitud especial, ni siquiera establecen esa obligación en la sentencia[49].

VI. ABUSO E INCUMPLIMIENTO DEL DERECHO DE VISITA

Pasaremos a continuación a estudiar los supuestos de la práctica del derecho de visita que puedan suponer conductas antijurídicas, pues éstas constituyen

---

47. Delito recogido en el art. 357/CP francés, y que más adelante analizaremos.

48. Ver C.Cass., Crim., 29 de abril de 1976 (JCP 1976, II-.18505), C.A. Rennes, 6ª Sala de lo civil, 18 de marzo de 1982 (D.1983, Somm.Comm.449), y C.Cass., Crim., 13 de abril de 1988 (D.1989, J.461).

49. Sólo el Auto de la AP de Santa Cruz de Tenerife de 17 de octubre de 1989 (AC 1990, a.22) hace referencia a este tema: a pesar de tratarse de unos adolescentes que rechazan la relación con su abuela, concede el derecho de visita solicitado por ésta, justificándolo en que con ello pretende evitar que la tutora de los niños se valga del rechazo de éstos para negar las visitas.

uno de los mayores problemas no sólo del derecho de visita, sino de la situación general de los hijos de padres que no conviven, convirtiéndola en un gran número de casos en una situación es muy conflictiva.

Habrá incumplimiento cuando se haya infringido una obligación, y abuso del derecho cuando en el ejercicio de un derecho se hayan sobrepasado los límites habituales del mismo. Y ambas conductas pueden tener por sujeto al visitante o al guardador puesto que, como vimos anteriormente, ambos son titulares de derechos y obligaciones en el ámbito del derecho de visita.

1. Consecuencias jurídicas: criterios para establecerlas

En cuanto a las consecuencias jurídicas de estas conductas, veremos cómo las peculiaridades del Derecho de Familia, y más particularmente del Derecho de menores, se manifiestan una vez más. En efecto, el art. 92 establece que «las medidas judiciales sobre el cuidado y educación de los hijos serán adoptadas en beneficio de ellos ...». Entre esas medidas judiciales se encuentran indudablemente incluidas las que se deban tomar como consecuencia del incumplimiento o del abuso que uno de los progenitores haga del derecho de visita o de derechos u obligaciones con él relacionados.

Esto quiere decir que para reaccionar frente a una conducta antijurídica habrá que valorar principalmente cómo afecta dicha conducta al interés del menor y cómo pueden repercutir las posibles medidas a tomar sobre el mismo. De esta forma las consecuencias jurídicas no dependerán tanto de la calificación jurídica que reciba el comportamiento -abuso o incumplimiento, leve o grave-,

como de las consecuencias fácticas que sobre el menor tengan tanto el comportamiento antijurídico como la posible reacción frente a él.

Pero para ello es preciso aclarar previamente qué significa en este ámbito "interés del menor", o "beneficio del menor" en dicción del art. 92. Cuando de derecho de visita se trata, el interés del menor está siempre -como dijimos al tratar de su fundamento- en mantener una relación lo más amplia, lo más profunda posible con el progenitor con el que no convive[50]. Este principio sólo debe ceder, a nuestro entender, cuando la relación misma cause al menor perjuicios mayores de los que le supondría una reducción o supresión del régimen de visitas.

Por lo tanto, creemos que todas las medidas que supongan la supresión o reducción del régimen de visitas no deberán nunca ser empleadas como pura sanción, sino sólo como adaptación a las consecuencias que para el niño haya podido tener el incumplimiento o el abuso de que se trate. Y ello aun a costa de que un incumplimiento quede sin sanción, pues creemos que el interés del menor es superior al interés social de que las conductas antijurídicas no queden sin sanción.

Mas como argumento contrario se nos podría oponer que el art. 94 permite al juez limitar o suspender el derecho de visita cuando se incumplan grave o reiteradamente los deberes impuestos por la resolución judicial. Por lo tanto, habrá quien afirme que aquellos supuestos

---

[50]. De la misma opinión son FLORIT CANALS (ya citado), así como FULCHIRON (*Autorité parentale et ...* , ya citado, p.59) que considera que las relaciones deben ser algo habitual, que se integre en la vida del menor. También en este sentido se pronuncia el TS en sentencia de 9 de octubre de 1982 (RA 5548), al establecer que el régimen de visitas ha de ser amplio salvo peligro para los niños.

que supongan un incumplimiento grave o reiterado tienen según este artículo su sanción normal en una limitación o supresión del derecho de visita.

Mas creemos que el art. 94 no debe llevarnos a una conclusión tan tajante. En primer lugar porque el art. 94 no impone tal consecuencia, sino sólo concede al juez el poder de hacerlo. En segundo lugar, porque el art. 94 no está fuera del ámbito de aplicación del art. 92-2º que, como hemos visto, establece de forma imperativa que las medidas que adopte el juez habrán de serlo en beneficio del menor. Por lo tanto, al interpretar conjuntamente el art. 94 y el 92 vemos que ante un incumplimiento grave o reiterado el juez podrá limitar o suspender el derecho de visita, cuando esta medida sea beneficiosa para el menor, pero no en los casos en que no sea beneficiosa para él. La existencia del art. 94 no contradice, pues, la tesis que habíamos mantenido anteriormente en el sentido de que el incumplimiento o el abuso no deben ser sancionados si de ello se derivan perjuicios para el menor.

Pero esta solución no es, sin embargo, la óptima y por ello se hace necesario buscar posibles sanciones o reacciones del ordenamiento jurídico frente a estos comportamientos, reacciones que, sin ser perjudiciales para el menor, sirvan bien para evitar que el incumplimiento o el abuso se sigan produciendo, bien simplemente para sancionar esos comportamientos. El Derecho necesita hallar formas de sancionar los incumplimientos adaptadas a las especiales características del Derecho de Familia, y en particular de las relaciones paterno-filiales, para las cuales el esquema clásico que distingue entre deudores y acreedores resulta inservible.

Partiendo de estas premisas podemos acometer el análisis de los comportamientos antijurídicos más habituales en el ámbito del derecho de visita.

2. No devolución del menor

La no devolución definitiva del menor supone indudablemente el incumplimiento más grave a que puede dar lugar el derecho de visita, al incumplirse de forma total la obligación de devolver al niño a su domicilio habitual. Supone por lo tanto sustraer al niño a la guarda de aquél a quien ha sido confiado en virtud de una valoración del interés del menor, y además supone, o puede suponer, para el menor, una situación de inseguridad psicológica que puede llegar a ser muy grave[51]. La primera reacción frente a esta situación es la búsqueda y devolución del niño a su domicilio, para lo cual se emplearán los medios coercitivos adecuados. Esta labor puede resultar muy complicada cuando el niño ha sido objeto de un desplazamiento al extranjero.

Pero una vez conseguida la devolución queda por ver cuál será la sanción de esta conducta. Existe por una parte la posibilidad de una sanción penal, pero nos interesa principalmente la posible sanción en la vía civil. La primera solución que viene a la cabeza es la de suprimir el derecho de visita, dada la gravedad del incumplimiento. Pero ya dijimos que las conductas no debían ser valoradas en función de su calificación jurídica sino en función de las consecuencias pasadas y

---

[51]. No hemos hallado ninguna sentencia que resuelva un caso de no devolución del hijo originado en nuestro país, aunque tenemos constancia por la prensa de su existencia.

futuras para el menor (y también para los derechos de la otra parte), así como de las consecuencias para el menor de las posibles sanciones.

La no devolución del menor ha podido producir en éste un daño psíquico, pero es un daño que ninguna sanción puede ya reparar. Sí se debe valorar en cambio si ese episodio pasado ha creado en el niño miedo o rechazo a encontrarse con el progenitor que lo retuvo.

También hay que valorar si cabe la posibilidad de que el progenitor visitante vuelva a actuar de la misma forma, pues se debe evitar que tal circunstancia se repita. Si el mantenimiento del régimen de visitas no puede producirle al niño ningún perjuicio creemos que hay que mantenerlo por las mismas razones generales que fundamentan el derecho de visita del progenitor. En este caso habrá que impedir que la sustracción se vuelva a producir, si es que se teme que pueda suceder. Para evitar desplazamientos al extranjero se puede retener el pasaporte del progenitor, además de dar orden o comunicación a los consulados o dependencias administrativas de no expender un nuevo pasaporte a esa persona[52]. Si lo que se teme es un desplazamiento o retención dentro del propio país, la única forma de evitarlo será establecer un régimen de visitas con acompañamiento, de tal forma que se preserven las dos vertientes del interés del

---

[52]. Los tribunales franceses suelen ser más precisos en este tema por habérselo planteado en numerosas ocasiones (Ver C.Cass., Civ., 3 de febrero de 1982, D.1982, IR.252), mientras que los tribunales españoles suelen establecer tan sólo una prohibición general de desplazar al menor al extranjero (SAP Zaragoza, 9 de enero de 1987, en ALBACAR (recopilador), *Sentencias en apelación de las Audiencias Provinciales, 1987*, p.226; y SAP Madrid, 1 de julio de 1989, RGD 1989, p.6966), aunque algunos sí tienen en cuenta la necesidad de adoptar medidas concretas (SAT Palma de Mallorca, 11 de mayo de 1988, RGD 1989, p.687).

menor: mantener relación con el progenitor con el que no convive, y conservar su residencia habitual con el otro.

3. Retrasos

Sea cual sea su duración, los retrasos constituyen también un incumplimiento, pues el visitante tiene la obligación de reintegrar al menor a su domicilio en horas y fechas fijas, y los retrasos suponen un incumplimiento de dicha obligación[53]. En cuanto a sus consecuencias, sí podemos distinguir entre los pequeños retrasos reiterados, y los retrasos de días. Estos retrasos prolongados se acercan a la no devolución, pues, aunque el niño haya sido reintegrado voluntariamente a su domicilio, se ha creado en el guardador una intranquilidad semejante a la producida por una no devolución, y de la misma forma el niño ha podido sufrir dicha intranquilidad. Este retraso prolongado quizás no merezca por sí sólo una modificación del régimen de visitas, pues el daño real que ha causado ha sido sin duda poco.

Quizás la mejor solución sea el aviso por parte del juez de que de volverse a repetir la situación el régimen de visitas será reducido. Pero si la situación se vuelve a producir nos encontraremos en un caso parecido al de la no devolución y será necesario establecer un régimen de visitas acompañadas, de tal forma que se garantice la devolución a tiempo.

En cuanto a los retrasos pequeños pero reiterados, la sanción parece más difícil. En primer lugar habrá que analizar si tal circunstancia tiene alguna consecuen-

---

[53]. No es opinión unánime. RIVERO, por ejemplo, opina que los pequeños retrasos reiterados constituyen abuso, mientras que el gran retraso o el no reintegro constituye incumplimiento (*"El derecho de visita ..."*, p. 53).

cia negativa para el niño, cosa que en muchos supuestos no ocurrirá. Si no la tiene creemos que no debe modificarse el régimen de visitas, pues no hay razón para ello. Por lo tanto nos encontraremos ante un caso típico de difícil sanción.

4. No convivencia con el menor durante las estancias

Otro comportamiento que puede ser considerado antijurídico es el del progenitor visitante que no tiene consigo al menor durante el tiempo que dura la estancia, sino que lo deja en manos de otros familiares, o lo envía a algún costoso cursillo.

Dijimos que el visitante tiene la obligación de ejercitar su derecho de visita, pero cabe preguntarse si esta obligación consiste simplemente en retirar al niño de su domicilio en las fechas fijadas en el régimen de visitas, o si comprende también el tenerlo consigo durante esas fechas. Si cuando se dice que el progenitor tiene un derecho de visita se está afirmando su derecho a convivir con su hijo, aunque sólo sea en cortos periodos, cuando se afirma que tiene la obligación de ejercitar su derecho de visita, necesariamente se está afirmando que tiene la obligación de convivir con su hijo durante esos periodos, y por tanto el comportamiento que analizamos supone un incumplimiento de dicha obligación.

También en este caso pensamos que la primera reacción debe ser advertir al visitante de que no está haciendo un correcto uso de su derecho. Pero nada impide que persista en él. En tal caso, para hallar una solución será preciso analizar varios puntos: en primer lugar, si el progenitor visitante pasa parte del tiempo con su hijo

(antes y después de dejarlo con sus familiares, o de enviarlo al cursillo, etc); en segundo lugar, si es nocivo para el niño el resto de la estancia (es decir el tiempo que pasa con otros familiares, en el cursillo, etc).

Creemos que las reacciones posibles a este mal uso son la supresión del derecho de visita o su limitación. La supresión parece muy tajante pues indudablemente el niño pasará algunos momentos con su progenitor mientras que en caso de suspenderse el derecho de visita se vería privado de toda relación con él.

En cuanto a la limitación, puede ser la solución, pero en todo caso debe ser función de las circunstancias fácticas que se den. Así, si durante los fines de semana el visitante sí convive con el hijo y la no convivencia entre ellos se refiere sólo a los periodos más largos, quizás haya que acortar éstos. Será también función de como sienta el niño esta no convivencia. Si para el niño esas estancias con familiares de su progenitor visitante o esos cursillos no le hacen sentirse abandonado, sino que por el contrario los siente como parte de la relación que le une a ese progenitor, es posible que lo mejor sea mantener el mismo régimen de visitas, aun a sabiendas de que el niño no va a convivir durante todo el tiempo con su progenitor. Por el contrario si el niño se siente abandonado en esas circunstancias será necesario limitar el derecho de visita hasta encontrar el equilibrio entre la necesidad de relación con el progenitor y la seguridad emocional del niño.

5. No ejercicio del derecho de visita

De la misma forma, no hacer uso del derecho de visita concedido constituirá un incumplimiento de la obligación que tiene el visitante de ejercitarlo. Esta falta de ejercicio puede ser total o parcial, consistiendo en tal caso en realizar unas visitas sí y otras no, sin avisar de si se va a recoger al niño o no, creando una especial incertidumbre tanto en el niño como en el guardador.

¿Cuál es la respuesta adecuada para esta falta de ejercicio del derecho de visita? Si se trata de un uso irregular se puede intentar disciplinar el comportamiento del visitante, obligándole a confirmar con algunos días de antelación la efectiva realización de la visita. Pero esto puede ser inútil si el progenitor sigue sin cumplir esta obligación. En tal caso y como siempre, deberemos analizar qué repercusiones tiene este comportamiento sobre el menor, pues la reacción deberá ser más contundente si la incertidumbre causa en el niño algún problema relevante. Pero en general nos encontraremos ante un derecho de visita incumplido en parte, pero que de todas formas permite mantener una cierta relación entre el hijo y su progenitor. No será conveniente, en nuestra opinión, suprimir este derecho de visita, por ser contraria la sanción al interés del menor, por lo que nos volvemos a encontrar ante un comportamiento de difícil sanción.

Pero cuando el incumplimiento es total, ¿cuál puede ser la reacción del ordenamiento? Es ridículo suprimir un derecho de visita que no se cumple. Sí cabría quizás tomar medidas más drásticas como la suspensión de la patria potestad. Esta medida podría ser adoptada, pues de acuerdo con el art. 170 del Cc, corresponde cuando se

incumplen los deberes inherentes a la misma. Puede tener dos utilidades, la primera, garantizar al progenitor que asume correctamente su tarea la no intromisión del que se ha despreocupado del hijo. En segundo lugar, puede ser un revulsivo para éste, que al verse privado de la patria potestad recapacite sobre la gravedad de su incumplimiento previo. Pero también puede tener consecuencias en sentido contrario, alejando definitivamente al progenitor de su hijo, al reafirmarlo en su despreocupación. Quizás la solución intermedia pueda ser la privación de la patria potestad pero con la concesión de un derecho de visita -aunque el progenitor no lo pida- que ponga de manifiesto que no se corta la relación con el hijo[54].

6. Transgresión de los límites

Existen otras prácticas que, sin suponer el incumplimiento de ninguna obligación por parte del visitante, son, sin embargo, reprochables. El primer caso es el del progenitor visitante que utiliza el derecho de visita para controlar el ejercicio que hace el otro progenitor de su derecho de guarda. Si tenemos en cuenta que el derecho de visita tiene como finalidad mantener entre el visitante y el hijo los lazos afectivos, el controlar mediante el derecho de visita al guardador supone un ejercicio del derecho que se extralimita, que se utiliza para finalidades distintas de las propias del derecho y, por lo tanto, nos hallamos ante un supuesto de abuso del derecho.

---

[54]. Es posible conceder un derecho de visita al progenitor privado de la patria potestad. En tal sentido nos hemos manifestado con anterioridad, y así lo ha entendido la STS de 30 de abril de 1991 (CCJC 1991, nº 691).

De igual modo se puede calificar el comportamiento del progenitor visitante que aprovecha la convivencia con el menor durante los periodos fijados para crear en él animadversión hacia el guardador.

Un caso similar lo constituye el que el progenitor se inmiscuya en la educación del menor más allá de los límites en que tiene derecho a participar en ella. No está incumpliendo ninguna obligación, ni tampoco está empleando el derecho de visita con una finalidad distinta, pero sí está sobrepasando los límites normales del derecho por lo que también existe abuso del mismo.

Todas estas actuaciones del progenitor que constituyen un abuso del derecho de visita son de difícil sanción, salvo que le causen al niño transtornos psicológicos (por el enfrentamiento entre dos líneas educativas muy diferentes, o por oír hablar mal de uno de sus progenitores al otro), en cuyo caso se podrá plantear una modificación en el régimen de visitas, para evitar dichas consecuencias. En otro caso volveremos a estar ante una situación de difícil sanción.

7. Falta de cuidados

Existe una última circunstancia relacionada con las estancias que es preciso analizar. El progenitor visitante puede ejercitar su derecho puntualmente, tener al niño en su compañía durante esos periodos, no inmiscuirse en las relaciones del menor con el guardador, pero los cuidados que dé al niño durante esos periodos pueden ser deficientes. Indudablemente el progenitor visitante tiene la obligación de atender correctamente al menor durante el tiempo que se encuentre a su cargo, y por lo

tanto en el caso que estudiamos habrá un incumplimiento de esta obligación.

Para determinar cuál debe ser la reacción frente a dicho comportamiento habrá que distinguir si la falta de cuidados supone algún peligro para el niño (porque se quede sólo en algunos momentos, porque el entorno en el que vive durante esas estancias sea peligroso, porque siendo el niño pequeño se desplace sólo por la calle, etc[55]) o no. En el primer caso el régimen de visitas habrá de ser modificado, probablemente sustituyendo las estancias por simples visitas, y en el caso de que incluso éstas sean peligrosas, por visitas acompañadas. Si la falta de cuidados no entraña peligro para el niño, el régimen de visitas no habrá de ser modificado porque para el niño es mucho más importante mantener una relación con su progenitor que estar perfectamente alimentado, lavado y vestido.

8. Abuso del derecho de comunicación

El derecho de comunicación también puede ser motivo de comportamiento antijurídico. Normalmente este derecho no es objeto de tratamiento al establecerse el régimen de visitas, lo que significa que el titular puede comunicar telefónicamente o por carta con el menor siempre que quiera. Pero este margen de actuación ha de ser utilizado para cumplir la finalidad que tiene encomendada -mantener una relación fluida con el menor-, y dentro de los límites normales, por lo que el uso

---

55. La SAP de Zaragoza de 28 de marzo de 1989 (RGD 1990, p.2905) plantea un problema de este tipo, al pedir la madre la suspensión del derecho de visita por considerar al padre responsable de la muerte en accidente de circulación de uno de los hijos cuando estaba bajo su cuidado. Se desestimó por falta de prueba.

excesivo de este derecho (normalmente de las comunicaciones telefónicas), o a horas intempestivas, constituirá un abuso del derecho.

La primera reacción puede ser el establecimiento de unos límites a este derecho. Pero también se puede producir el incumplimiento de este régimen, ante lo cual se podrá privar al progenitor visitante de este derecho. Sin embargo, el problema del incumplimiento puede persistir.

9. Conductas reprochables del guardador

Como ya dijimos, también el guardador puede actuar de forma reprochable. El caso más corriente es el de que se niegue a entregar al niño al visitante para que éste pueda ejercitar su derecho de visita. Existe aquí un incumplimiento grave de la obligación que tiene el guardador de permitir el derecho de visita del otro progenitor.

En otros casos el guardador no se niega a que el hijo acompañe al visitante, sino que es el propio niño el que se niega. Este rechazo del niño puede ser espontáneo o puede haber sido creado o facilitado por el guardador. Creemos que cuando el guardador aprovecha el influjo que tiene sobre el niño -por el hecho de convivir con él habitualmente- para enemistarlo con el progenitor visitante, o simplemente para crear en él un rechazo a las visitas, se produce un abuso del derecho de guarda pues se utiliza en aras de una finalidad para la que no está previsto.

Ambos casos pueden tener un tratamiento similar, al menos en el ámbito civil. En caso de negativa absoluta a entregar al niño puede desde luego haber lugar

a un tratamiento penal, pero en el caso de rechazo inducido esta vía está poco clara, al menos en nuestro país.

En cuanto a reacciones en el campo civil, para ambos supuestos cabe en primer lugar la ejecución forzosa de la obligación de entrega. Mas si hemos de analizar las consecuencias que para el niño pueden tener tanto el comportamiento antijurídico como la posible reacción frente al mismo, nos encontramos con un caso en que el incumplimiento supone privar al niño de relaciones con uno de sus progenitores, mientras que la reacción frente a ese incumplimiento puede suponer un fuerte choc emocional para el niño (sobre todo si en cada visita es necesario hacer uso de la fuerza para que se cumpla).

Por lo tanto la solución ha de ser otra necesariamente como, por ejemplo, encomendar la ejecución forzosa no a los agentes judiciales sino a asistentes sociales. Es posible que el guardador que se niega a entregar el niño al otro progenitor no se niegue a entregarlo a un asistente social, ajeno al conflicto, y que incluso le puede exponer de forma adecuada que el propio interés de su hijo exige que éste mantenga relaciones con el otro progenitor. Además el asistente social será capaz de ver cuando debe presionar para que se le entregue al niño y cuando no debe hacerlo, en interés del propio hijo. RIVERO es también partidario de esta solución[56].

Mas si esta vía viniese a fallar, la doctrina[57] ha adelantado como posible solución el cambio en la

---

[56]. *"El derecho de visita ..."*, pp. 162-163.

[57]. RIVERO, *"El derecho de visita ..."*, p. 166.

potestad de guarda, para adaptarla mejor a las nuevas circunstancias, posibilidad que ya analizamos en el Capítulo Quinto, apartado VIII.

En la práctica del derecho de visita podrán darse otras actuaciones, ya sea por parte del visitante, ya del guardador, que puedan ser reprochables y habrán de ser analizadas con los mismos criterios. Aquí nos hemos limitado a estudiar las más frecuentes.

VII. ANALISIS DE LAS CIRCUNSTANCIAS HABITUALMENTE ESGRIMIDAS PARA LA MODIFICACION DEL REGIMEN DE VISITAS

A continuación estudiaremos la modificación del régimen de visitas. El derecho de visita, una vez establecido, se puede modificar por las vías generales ya estudiadas. Como ya se dijo entonces, la modificación sólo cabe ante la alteración sustancial de las circunstancias que fueron tenidas en cuenta al establecer el régimen. Estudiaremos pues las posibles alteraciones que puedan tener repercusión sobre el derecho de visita.

1. Cambios de residencia

En primer lugar suponen alteración de las circunstancias los cambios de residencia, bien del hijo (que ha cambiado de domicilio junto con su guardador), bien del visitante. Ambos afectan necesariamente al régimen de visitas. La adaptación a las nuevas circunstancias se hará de acuerdo con los criterios ya expues-

tos: si a partir de este momento viven en lugares distintos, habrá que establecer un régimen de visitas largas y espaciadas, y si vuelven a vivir en la misma ciudad o muy cerca uno de otro, se podrá establecer un régimen de visitas más frecuentes[58].

2. Convivencia marital del progenitor visitante

Otra circunstancia que a menudo ha sido esgrimida por el guardador como modificativa de las circunstancias es el hecho de que el progenitor visitante se case o viva maritalmente con otra persona. Actualmente la opinión es casi unánime[59], considerando que estas circunstancias por sí solas no tienen trascendencia sobre la relación entre el progenitor y el hijo[60].

3. Edad del menor

Otra circunstancia objetiva que puede suponer una alteración es la edad del hijo, cuando por el transcurso del tiempo el menor pase de una etapa a otra. Tal será el caso cuando el que era un bebé en el momento en que se estableció el régimen de visitas pasa a ser un niño que puede estar sometido a un régimen de visitas-tipo[61]. También puede ser necesaria una adaptación del

---

58. Son múltiples los ejemplos. Ver, entre otras, SAP Palma de Mallorca, 21 de octubre de 1991 (RGD 1992, p.767) y SAP Bilbao, 11 de diciembre de 1991 (RGD 1992, p.6157).

59. Por el contrario RIVERO (*"El derecho de visita ..."*, p.181) considera que tal situación sí puede tener transcendencia sobre el régimen de visitas, aunque dependiendo de las circunstancias.

60. SAT Barcelona, 6 de febrero de 1984 (RJC 1984, t.II, p.338, citada por FLORIT CANALS).

61. Ver SAP Cáceres, 16 de diciembre de 1989 (RGD 1990, p.6224): el hijo cumple dos años y se modifica el régimen.

régimen de visitas cuando el niño se convierte en adolescente. En este caso podemos distinguir varios supuestos. Si existía un rechazo por parte del niño, la llegada a la adolescencia puede desaconsejar que se le sigan imponiendo unas visitas que no acepta. Por otra parte, y ya en el caso tipo, suele ocurrir que la llegada a la adolescencia suponga un cambio en el ritmo de vida del menor que haga necesario adoptar un nuevo régimen de visitas, o quizás suprimir toda regulación de las visitas permitiendo que el progenitor y el hijo se relacionen libremente.

4. Enfermedad mental o drogodependencia

También puede ser necesaria una modificación del régimen de visitas cuando el progenitor visitante que sufría enfermedad mental, drogodependencia o alcoholismo, ha superado esos problemas, con lo que las limitaciones que en razón de ello se habían establecido carecerán de sentido. Por el contrario, será necesaria una adaptación en dirección opuesta cuando el progenitor hasta entonces sano pase a sufrir una de estas enfermedades.

5. Rechazo del niño

El rechazo del niño también puede ser causa modificativa. El rechazo puede surgir con posterioridad al establecimiento del régimen de visitas. Será circunstancia modificativa por cuanto es una circunstancia nueva, que no se tuvo en cuenta al fijar el régimen de visitas, y que es de gran trascendencia para la relación entre el menor y el visitante. La valoración de este rechazo habrá de realizarse según las pautas que ya

señalamos con anterioridad al estudiar el rechazo como condicionante del régimen de visitas.

Pero el rechazo también puede ser circunstancia modificativa en sentido contrario, es decir, cuando desaparece o se mitiga. En tal caso el régimen de visitas que se vio limitado por esta circunstancia habrá de ser ampliado, incluso con generosidad, pues la relación con el progenitor que ha conseguido vencer el rechazo del hijo es sin duda beneficiosa para éste.

6. Abuso o incumplimiento

También hemos de plantearnos si los casos de abuso o de incumplimiento que antes vimos pueden dar lugar a la modificación del régimen de visitas, pues en su momento recurrimos a esta posibilidad como solución de aquellos casos, sin plantearnos previamente si ello era posible o no.

Cuando se trate de un incumplimiento grave o reiterado no será necesario analizar si constituye o no una alteración grave de las circunstancias que permita modificar el régimen de visitas en virtud del art. 90-párr.3º ó 91, último inciso, puesto que el propio art. 94 lo permite[62]. En los restantes casos, creemos que habrá que descartar esta posibilidad pues el incumplimiento o el abuso que no sea ni grave ni reiterado difícilmente podrá constituir una alteración sustancial de las circunstancias.

---

62. De todas formas PEREDA GAMEZ (ya citado, p.66) considera «que el incumplimiento reiterado, dado que afecta a las relaciones paterno-filiales, puede ser indicio suficiente de cambio sustancial de las circunstancias».

CONCLUSIONES

I. El interés de los menores, principio que rige toda la materia relativa a los mismos, tiene como principales intérpretes a los padres, papel que sólo cede ante la intervención del juez en los casos en que la actuación de aquéllos pueda suponer un claro peligro para el bienestar de los hijos.

II. Los problemas planteados por la existencia de una dualidad de regulaciones de la situación de los hijos de padres que no conviven han de ser resueltos siguiendo el criterio rector de no discriminación que recogen expresamente la Constitución y el Código, y que subyace en la regulación de la patria potestad, de tal manera que el mismo problema reciba la misma solución sea cuál sea la situación jurídica de los padres o de los hijos.

III. Las vías procesales por las que se conocerá de la situación jurídica de los hijos de padres que no conviven serán distintas dependiendo de la situación jurídica de los padres, sin embargo, las normas procesales habrán de ser interpretadas con la suficiente flexibilidad para que no supongan discriminación entre unos hijos y otros, ni tampoco entre sus padres.

IV. El convenio regulador es sólo una de las manifestaciones posibles de la autonomía de los padres en la determinación de la situación jurídica de sus hijos, autonomía que podrá también manifestarse en acuerdos de

los padres insertos en el procedimiento judicial, así como en acuerdos privados.

V. Sólo habrá lugar a la modificación de las medidas previamente establecidas para regular la situación de los hijos cuando las circunstancias se hayan alterado sustancialmente, o cuando tal sea la voluntad concorde de los padres.

VI. La guarda incluye las funciones parentales que requieren el contacto constante entre el adulto y el niño -principalmente las de alimentarlo (en sentido amplio), protegerlo y educarlo-, pero no concede el poder de decidir las grandes líneas directrices del desarrollo de tales funciones.

VII. La guarda puede ser encomendada a uno de los padres o a los dos de manera alternada, o a un tercero, pero sólo en casos excepcionales.

VII. La guarda habrá de ser concedida al progenitor que tenga una relación más intensa con el niño, criterio que primará a pesar de la existencia de circunstancias que pudieran ser consideradas negativas (depresión nerviosa, alcoholismo, etc), siempre y cuando dichas circunstancias no sean de tal magnitud que impidan al progenitor ocuparse adecuadamente de sus hijos.

VIII. El ejercicio de la patria potestad cuando los padres no conviven no es la vertiente activa de la patria potestad, sino el conjunto de facultades que comprende el poder de decisión sobre los aspectos personales de la

patria potestad, la administración de los bienes y la representación.

IX. En los casos de no convivencia de los padres el ejercicio puede ser individual o conjunto, aunque también puede establecerse un reparto entre ambos progenitores de las funciones que lo componen, o que unas funciones sean de ejercicio conjunto y otras de ejercicio individual.

X. En principio el ejercicio corresponderá de forma individual al progenitor guardador, pero se podrá establecer el ejercicio conjunto u otras formas de ejercicio, bien por acuerdo de los padres, bien por decisión judicial si existen circunstancias que así lo aconsejen.

XI. El derecho de visita del progenitor que no convive con sus hijos es manifestación del derecho y el deber de convivencia con los hijos incluido en la patria potestad, manifestación propia de los casos en que los padres no conviven.

XII. El mantenimiento de una verdadera relación paterno-filial entre los hijos y el progenitor que no convive con ellos, verdadera finalidad del derecho de visita, exige un régimen más amplio que el régimen-tipo de fines de semana alternos.

XIII. Los incumplimientos producidos en torno al derecho de visita, tanto por el guardador como por el titular del mismo, encuentran difícil sanción en nuestro Derecho, previsto principalmente para obligaciones

cuantificables económicamente. Por otra parte, la sanción de dichos incumplimientos debe tener presente la necesidad de no perjudicar el interés del niño.

XIV. Todas las afirmaciones hasta aquí realizadas, pueden resultar excesivamente utópicas, teniendo en cuenta las circunstancias fácticas en que está envuelta la situación de los hijos cuyos padres no conviven:

- en primer lugar, la fuerte presencia de los sentimientos en este ámbito, circunstancia que necesariamente otorga un matiz distinto a los problemas y a sus soluciones;

- en segundo lugar, la existencia en muchos casos de un fuerte enfrentamiento entre los padres, que hace inviable cualquier solución jurídica, y que quizás requeriría la búsqueda de nuevas vías de solución, como, por ejemplo, la mediación familiar, que ya empieza a ser ensayada en otros países;

- en tercer lugar la lentitud de la justicia, especialmente grave en un ámbito en el que las circunstancias cambian al vivo ritmo que impone el crecimiento de los menores, y en el que la prolongación en el tiempo de situaciones inadecuadas puede tener consecuencias irreversibles.

XV. La situación jurídica de los hijos de padres que no conviven merece por fin una última reflexión, nacida o más bien alimentada por la observación de dos fenómenos que se están produciendo en nuestra realidad social y la de nuestro entorno.

La actual regulación de la situación de los hijos cuando sus padres no conviven y su aplicación judicial establece una línea divisoria excesivamente marcada entre progenitores que se entienden y progenitores que no se entienden, diseñando para los primeros un régimen en el que los derechos de ambos progenitores pueden ser más igualitarios si lo desean (ejercicio conjunto de la patria potestad, amplio régimen de visitas), mientras que para los segundos se establece un reparto de funciones absolutamente desequilibrado (guarda y ejercicio de la patria potestad para uno de los progenitores, y para el otro solamente un régimen de visitas que en el mejor de los casos abarcará un fin de semana de cada dos y la mitad de las vacaciones).

Con este régimen los padres que no conviven y no se han separado de mutuo acuerdo se sienten desposeídos de sus hijos. Unos reaccionan reivindicando mayores derechos, y peleando por ellos, fenómeno que cada día adquiere mayor amplitud, pero la mayoría lo hacen desentendiéndose de una relación afectiva que les resulta dolorosa, lo que lleva a un nivel de incumplimiento de las pensiones alimenticias muy elevado, y también al no ejercicio del derecho de visita en muchos casos.

Ambos problemas tendrían quizás solución si a pesar de la falta de entendimiento entre los padres se estableciese un régimen general algo más igualitario, en el que al progenitor que no convive con los hijos correspondiese el derecho a intervenir en las principales decisiones relativas a los hijos, así como un derecho de visita más amplio, que le permitiese participar realmente en la vida de sus hijos. Con ello no solamente saldrían

beneficiados los padres, sino también sus hijos víctimas a menudo del desinterés de aquéllos.

Esta solución no exigiría ninguna modificación legislativa puesto que con la actual regulación la determinación del régimen de visitas queda al criterio discrecional del juez, al que igualmente le es posible establecer que las decisiones de mayor importancia corresponderán a ambos progenitores, si lo estima conveniente para los hijos.

INDICE DE AUTORES CITADOS

AA.VV., *Famille, Droit et changement social dans les sociétés contemporaines*, Travaux des VIIIº journées d'études juridiques Jean Dabin organisées par le Centre de Droit de la Famille les 25 et 26 mars 1976. LGDJ, París, 1978.

AA.VV. (RIVERO HERNANDEZ y otros), *El Derecho de visita. Teoría y Praxis*. Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1982.

AA.VV. (coordinados por LACRUZ BERDEJO), *Matrimonio y divorcio, Comentarios al nuevo Título IV del Código Civil*. Civitas, Madrid, 1982.

AA.VV., *La reforma del Derecho de familia*. Jornadas hispalenses sobre la reforma del Derecho de familia, Sevilla, 1982.

AA.VV. (dirigidos por ALBALADEJO), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*. Edersa, Madrid, 1982-1984.

AA.VV., *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*. Tecnos, Madrid, 1984.

AA.VV. (a cura di SACCHI), *Affidamento del minore nei casi di separazione e di divorzio*. Franco Angeli Ed., Milán, 1984.

AA.VV.- Cortes Generales (dirigidos por Fernando SANTAOLALLA), *Código Civil (Reformas 1978-1983), Trabajos Parlamentarios*, Tomo I. Publicaciones del Congreso de los Diputados, Madrid, 1985.

AA.VV., *La Ley del divorcio*. Tercera edición, Cólex, Madrid, 1987.

AA.VV., *"Problemi giuridico-metodologici della consulenza tecnica psicologica e psichiatrica nel settore delle separazioni"*, DFP 1988, pp. 1484-1502.

AA.VV. (Instituto de Ciencias para la Familia), *Convenios reguladores de las relaciones conyugales, paterno-filiales y patrimoniales en las crisis del matrimonio. Bases conceptuales y criterios judiciales.* Segunda edición, Ed. Universidad de Navarra, Pamplona, 1989.

AA.VV. (coordinados por ALBACAR y MARTIN-GRANIZO), *Código civil. Doctrina y Jurisprudencia.* Ed. Trivium, Madrid, 1991.

AA.VV. (Ministerio de Justicia), *Comentario del Código Civil.* Ed. Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.

ALBACAR (recopilador), *Sentencias en apelación de las Audiencias Provinciales*, 1987. Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1987.

ALBALADEJO, Manuel, *Curso de Derecho Civil. IV. Derecho de familia.* Quinta edición, Bosch, Barcelona, 1991.

ALBARRAN OLIVERA, Antonio Jorge, *"Figura y función del psicólogo en los órganos judiciales"*, BIMJ nº 1525 de 25 de abril de 1989.

ALBERDI, Inés, *Historia y sociología del divorcio en España.* Centro de Investigaciones Sociológicas, Madrid, 1979.

ALONSO PEREZ, Mariano, *"Separación consensual, acuerdo para divorciarse y convenio regulador en el Derecho matrimonial español"*, La Ley 1983-4, p.1147.

ANDERSON, Michael, *Aproximaciones a la historia de la familia occidental (1500-1914).* Siglo XXI Editores, Madrid, 1988 (edición original 1980).

ARIES, Philippe, *El niño y la vida familiar en el Antiguo Régimen*. Editorial Taurus, Madrid, 1987 (edición original 1972).

BARBARITO, Gilberto, *"Conflitto fra i genitori e interazione del figlio minore nel procedimento civile di separazione e divorzio"*, en AA.VV. (a cura di SACCHI), L'affidamento dei minore nei casi di separazione e di divorzio (1984), pp. 155-159.

BASTIEN-RABNER, Françoise, *"Le charme discret de la loi Malhuret (Une reconnaissance imparfaite du droit de l'enfant à l'égalité parentale)"*, JCP 1992.I.3613.

BATA, Antonella, *"Le forme di affidamento previste nella nuova legge sul divorzio"*, Corriere Giuridico, 1987, pp. 1296-1299.

BAYOD LOPEZ, Mª del Carmen, *"El supuesto de hecho del párrafo 5 del artículo 156 CC: ¿Qué casos son subsumibles en esta disposición?"*, RCDI 1991, pp.915-950.

BELTRAN DE HEREDIA, J., *"La doctrina de Cicu sobre la posición sistemática del Derecho de familia"*, RDP 1965, pp. 819-845.

BENHAMOU, Yves, *"Réflexions en vue d'une meilleure défense en justice de l'enfant"*, D.1993.Chr.22.

BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, Rodrigo,
- *"Comentario al art. 154"*,
- *"Comentario al art. 156"*,
- *"Comentario al art. 159"*,
- *"Comentario al art. 161"*, en AA.VV., Comentarios a las reformas del Derecho de Familia (1984).

BERTI, Daniela, *"Problemi psicologici dei figli di coppie separate"*, en AA.VV. (a cura di SACCHI), Affidamento del minore nei casi di separazione e di divorzio (1984), pp.136-143.

BOCCACCIO, Simonetta, *"Ancora sull'affidamento della prole e sull'autonomia del minore"*, DFP 1990, p.881.

BONET NAVARRO, Angel, *"Comentario a las Disposiciones Adicionales a la Ley de 7 de juio de 1981"*, en AA.VV., Matrimonio y divorcio. Comentarios al nuevo Título IV del Código Civil (1982), pp. 941-1088.

BONNARD, Jérôme, *"La garde du mineur et son sentiment personnel"*, RTDC 1991.51.

CALAIS-AULOY, Marie-Thérèse, *"Pour un mariage aux effets limités"*, RTDC 1988.255.

CANALI, Olindo, *"L'affidamento congiunto"*, in AA.VV. (a cura di SACCHI), Affidamento del minore nei casi di separazione e di divorzio (1984), pp. 93-95.

CANOVA y GRASSO, *"Ancora sull'affidamento congiunto od alternato: interesse del minore o fizione giuridica?"*, DFP 1991, p. 725.

CARBONNIER, Jean, *Droit civil, 2, La Famille, Les Incapacités*. Décima edición, Presses Universitaires de France, París, 1977.

CASEY, James, *Historia de la familia*. Espasa-Calpe, 1990 (edición original 1989).

CASTAN TOBEÑAS, José, *Derecho Civil español, común y foral, V. Derecho de familia. Vol.1º, Relaciones conyugales*. Novena edición, Ed. Reus, Madrid, 1976.

CASTAN VAZQUEZ, José María,

- *La patria potestad*. Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1960.
- *"Comentario al art. 154"*,
- *"Comentario al art. 156"*, y
- *"Comentario al art. 159"*, en AA.VV. (dirigidos por ALBALADEJO), Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales (1982).
- *"Comentario al art. 154"*, y

- *"Comentario al art. 156"*,en AA.VV. (Ministerio de Justicia), Comentario del Código Civil (1991).

CLAVERIA GOSALVEZ, Luis-Humberto, *"Comentario a la STS de 25 de Junio de 1987: Validez del contrato destinado a regular los efectos de la disolución del matrimonio"*, CCJC 1987, nº 368.

CENTRE DE DROIT DE LA FAMILLE (sous la direction de H. FULCHIRON), *L'exercice en commun de l'autorité parentale, Bilan d'application de la loi du 22 juillet 1987*, Rapport pour le ministère de la Justice, 1993 (citado por FULCHIRON, "Une nouvelle réforme ...", p.117).

CESARANO, Fernando, y LOMUSCIO, Emanuela, *"L'esame delle tecniche peritali correnti*, in AA.VV. (a cura di SACCHI), L'affidamento dei minori nei casi di separazione e di divorzio (1984), pp.144-152.

CICU, Antonio, *El derecho de Familia*. Ed. Ediar, Buenos Aires, 1947 (edición original 1914).

COLIN et CAPITANT, *Précis de Droit Civil*, Tomo I. Undécima edición (revisada y corregida por JULLIOT DE LA MORANDIERE), Dalloz, París, 1953.

CORTES DOMINGUEZ, Valentín, *"Comentario a las Disposiciones Adicionales a la Ley de 7 de julio de 1981"*, en AA.VV., Comentarios a las reformas del Derecho de Familia (1984).

DE DIEGO DIEZ, Luis Alfredo, *"En torno a los principios informadores del proceso consensuado regulado en la disposición adicional sexta de la Ley 30/1981, de 7 de julio"*, La Ley 1985-1, pp. 1042-1053.

DE LA CAMARA ALVAREZ, Manuel, *"Principios inspiradores de la nueva Ley"*, en AA.VV. (dirigidos por ALBALADEJO), Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, Tomo III-1º (1984).

DE LA MARNIERE, E.S., *"Exercice en commun de l'autorité parentale sur les enfants dont les parents sont divorcés ou célibataires"*, Gazette du Palais 1987-2, Doct.638.

DE LOS MOZOS, José Luis, y HERRERO GARCIA, Mª José, *"Comentario al art. 103"*, en AA.VV.(coordinados por LACRUZ BERDEJO), Matrimonio y divorcio, Comentarios al nuevo Título IV del Código Civil (1982).

DE PRADA GONZALEZ, José María,
- *"Notas sobre la patria potestad en la reforma del Código"*, RDN 1981, abril-junio, pp.337-356.
- *"La patria potestad tras la reforma del código Civil"*, RDN 1982, enero-marzo, pp. 253-325.
- *"La patria potestad conjunta en la Ley de reforma de 13 de mayo de 1981"*, RDN 1982, julio-diciembre, pp.261-290.

DEKEUWER, Alain, *"Note à C.Cass., Civ., 2ª, 21 mars 1983"*, JCP 1984.II.20163.

DEKEUWER-DEFOSSEZ y VAUVILLE, *"Droits de l'homme et droits de l'enfant"*, D.1988, chr.137.

DELL'ANTONIO, Annamaria,
- *"La consulenza psicologica per l'affidamento dei figli nei procedimenti di separazione e di divorzio"*, DFP 1986, pp. 703-722.
- *"Criteri per l'affidamento dei figli nelle separazioni giudiziali"*, DFP 1990, p.226.

DEMOLOMBE, C., *Cours de Code Napoléon*, Tome VI, 1882.

DIEZ-PICAZO, Luis,
- *"La situación jurídica del matrimonio separado"*, RDN enero-marzo 1961, pp. 7-125.
- *"Notas sobre la reforma del Código civil en materia de patria potestad"*, ADC 1982.

- *"La figura del convenio regulador en el marco del negocio jurídico familiar y de los principios constitucionales del Derecho de Familia"*, en AA.VV., Convenios reguladores de las crisis matrimoniales (segunda edición, 1989).

DIEZ-PICAZO, Luis, y GULLON, Antonio,
- *Sistema de Derecho Civil, IV, Derecho de familia, Derecho de sucesiones*. Madrid, Tecnos, 1978.
- *Sistema de Derecho Civil, IV, Derecho de familia, Derecho de sucesiones*. Quinta edición, Madrid, Tecnos, 1990.

DOGLIOTTI, Massimo,
- *"Infermità mentale e dirittto di familia"*, Riv. Trim. Dir. Proc. Civ. 1986, pp.1323-1359.
- *Separazione e divorzio. Il dato normativo. I problemi interpretativi*. Ed. UTET, Turín, 1988.
- *"L'interesse dei figli nella separazione (A proposito de una ricerca interdisciplinare)"*, DFP 1990, p.221.

DONZELOT, Jacques, *La policía de las familias*. Editorial Pre-Textos, 1990 (edición original 1977).

DORSNER-DOLIVET, *"Les nouvelles dispositions relatives à l'exercice de l'autorité parentale"*, ADL.1988.103.

DUFOUR, Alfred, *"Autorité maritale et autorité paternelle dans l'Ecole du droit naturel moderne"*, Archives de Philosophie du Droit, Tome XX, Réforme du Droit de la Famille, pp. 89-127.

FENAUX, Henri, *"Note à TGI de Lille 14 mai 1991, 18 juillet 1991, ..."*, D.1993.II, p.176.

FERNANDEZ ORDOÑEZ, Francisco, Ministro de Justicia, *Discurso pronunciado ante el Pleno del Congreso de los Diputados el 16 de diciembre de 1980*. Documentación Jurídica, 1982, p. 713.

FLORIT CANALS, Carlos, *"El régimen de visitas en la práctica judicial española"*, La Ley 1989-4.

FOSAR BENLLOCH, Enrique, *Estudios de Derecho de Familia*, Tomo II-2º. Bosch, Barcelona, 1982.

FUENTE NORIEGA, Margarita, *La patria potestad compartida en el Codigo Civil español*, Ed. Montecorvo, Madrid, 1986.

FULCHIRON, Hugues,
- *Autorité parentale et parents désunis*. Ed. du CNRS, París, 1985.
- *"Une nouvelle réforme de l'autorité parentale. Commentaire de la loi nº 93-22 du 8 janvier 1993 à la lumière de l'application de la loi Malhuret"*, D.1993., Chr. p.117.

GARCIA CANTERO, Gabriel,
- *"Comentario al art. 90"*, y
- *"Comentario a los arts. 92, 93 y 94"*, en AA.VV. (dirigidos por ALBALADEJO), Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales (1982), tomo II.

GARCIA GIL, Francisco-Javier, *La separación y el divorcio en la jurisprudencia*. Zaragoza, 1989.

GARCIA VICENTE, Fernando, *"Comentario a la STS de 19 de octubre de 1983"*, CCJC 1983, nº 91.

GARE, Thierry, *"L'enquête sociale dans la désunion des parents"*, RTDC 1987, pp. 692-723.

GEBLER, Marie-Josèphe, *"Regards éthiques sur les droits de l'enfant: la parole de l'enfant en justice"*, D.1989, Chr.118.

GLENDON, M.A., *"La transformation des rapports entre l'Etat et la famille dans l'évolution actuelle du Droit aux Etats-Unis"*, en AA.VV., Famille, Droit et changement social (1978).

GOLDSTEIN, FREUD, SOLNIT, *Beyond the Bests Interests of the Child*, 1973 (citado por GULOTTA, "Affidamento del minore nei casi di separazione e di divorzio").

GOMEZ ROMAN, Luis, *La posición jurídica del menor en el Derecho comparado*. Madrid, 1947.

GOODY, Jack, *L'évolution de la famille et du mariage en Europe*. Armand Colin, París, 1985 (edición original 1983).

GOURON-MAZEL, Annie, *"Note à Montpellier, 3 février 1992"*, JCP.1992.I. 21904.

GRASSI, Lucio, *La legge sul divorzio*. Ed. Dott. Eugenio Jovene, Nápoles, 1971.

GRIMALDI, Mª Rosa,
- *"Affidamento congiunto e alternato della prole tra psicologia e diritto"*, DFP 1989, p.301.
- *"L'affidamento dei figli al genitore più idoneo nella separazione e nel divorzio"*, Giur. Merito, 1990.IV, pp.183-199.

GULOTTA, Guglielmo, *"Affidamento del minore nei casi di separazione e di divorzio"*, en AA.VV.(a cura di SACCHI), Affidamento del minore nei casi di separazione e di divorzio (1984).

HAUSER, Jean, y HUET-WEILLER, Danièle, *La famille. Fondation et vie de la famille*. Ed. LGDJ, París, 1989.

HERNANDEZ IBAÑEZ, Carmen, *La separación de hecho matrimonial*. Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1982.

HERRERO GARCIA, Mª José, *"Las medidas provisionales en la crisis matrimonial, (Comentario a los arts. 102 y 103 del Código Civil)"*, RDN 1982, enero-marzo, pp. 145-252.

HUET-WEILLER, Danièle, *"Jurisprudence française en matière de personnes et droit de la famille"*, RTDC.1991.522.

LACRUZ BERDEJO, José Luis, *"Un nuevo contractualismo en el Derecho familiar"*, La Ley 1982-3, p.727.

LACRUZ BERDEJO y otros, *Elementos de Derecho civil. IV. Derecho de Familia.* Tercera edición, Bosch, Barcelona, 1989.

LARENZ, Karl, *"Tendencias metodológicas en la ciencia jusprivatista actual"*, RDP 1959, pp.367-375.

LEVASSEUR, Georges, *"Les transformations du Droit pénal concernant la vie familiale"*, Archives de Philosophie du Droit, Tome 20, Réformes du Droit de la Famille, pp. 57-70.

LINACERO DE LA FUENTE, Mª Asunción,
- *"Acerca de la posible inconstitucionalidad del art. 159 del Código civil"*, RDP 1990, p.570.
- *Régimen patrimonial de la patria potestad*, Ed. Montecorvo, Madrid, 1990.

LIPARI, Nicolò, *Nuove norme sulla disciplina dei casi di scioglimento del matrimonio.* Ed. Cedam. Padua, 1988.

LOPEZ ALARCON, Mariano,
- *"Efectos de las sentencias de nulidad, separación y divorcio: cuestiones particulares"*, La Ley 1982-2, p. 909.
- *"Incidencia de la reforma procesal en el régimen jurídico de los procesos matrimoniales"*, La Ley 1986-1, p.1100.

LOPEZ BURNIOL, Juan José, *"Concepto, naturaleza y ontenido del convenio regulador de las relaciones conyugales, paterno-filiales y patrimoniales", en AA.VV., Convenios reguladores de las crisis matrimoniales (segunda edición, 1989).*

LOPEZ Y LOPEZ, Angel, *"Comentario al art. 90"*, en AA.VV. (coordinados por LACRUZ BERDEJO), Matrimonio y divorcio, Comentarios al nuevo Título IV del Código Civil (1982).

LOPEZ PEREZ, Jerónimo, *La patria potestad: voluntad del titular*. Ed. Universidad de Valladolid, 1982.

LOPEZ-MUÑOZ GOÑI, Miguel,
- *La ejecución de sentencias en materia matrimonial. Guía práctica*. Colex, Madrid, 1988.
- *El procedimiento contencioso de separación y divorcio. Guía práctica y Jurisprudencia*. Colex, Madrid, 1989.

MALAURIE, Philippe, *"Note à C.Cass., Civ. 1ª, 11 juin 1991"*, D.1991 II.521.

MARTIN GANCEDO, Alberto, *"Algunos problemas que plantean las capitulaciones matrimoniales como forma notarial de encauzar jurídicamente la separación de hecho a la vista de la nueva reforma del Código civil de 13 de mayo de 1981"*, en AA.VV., La reforma del Derecho de familia (1982).

MARTIN-GRANIZO, Mariano, *"Comentario al art. 154"*, en AA.VV. (coordinados por ALBACAR y MARTIN-GRANIZO), Código civil. Doctrina y Jurisprudencia (1991).

MARTINELL, Josep Mª, *Procesos matrimoniales, Disfunciones y reformas*. Ed. PPU, Barcelona, 1990.

MARTY et RAYNAUD, *Droit Civil, Les personnes*. Segunda edición, Sirey, París, 1967.

MASCARELL NAVARRO, Mª José, *Nulidad, separación y divorcio*. Ed. Montecorvo, Madrid.

MASSIP, Jacques, *"Note à C.Cass., Crim., 4 décembre 1984"*, D.1985, J.414.

MATOCQ, Olivier, *"Note à Lyon, Ordonnance du 28 novembre 1991"*, JCP.1992.II.21801.

MAZEL, Annie, *"Conflit parental et pères gardiens"*, JCP 1985.I.3214.

MENGONI, Luigi, *"Affidamento del minore nei casi di separazione e di divorzio"*, in AA.VV. (a cura di SACCHI), Affidamento del minore nei casi di separazione e di divorzio (1984).

MEULDERS-KLEIN, M.T., *"Famille, Droit et Changement social dans les sociétés contemporaines. Rapport général de synthèse"*, en AA.VV., Famille, Droit et changement social (1978).

MORANÇAIS-DEMEESTER, Marie-Luce, *"Vers l'égalité parentale"*, D.1988, chr.7.

MÜLLER-FREIENFELS, Wolfram, *"Les effets de la filiation illégitime en droit allemand"*.

MUÑOZ SABATE, Luis, *El proceso matrimonial*. Bosch, Barcelona, 1981.

NEIRINCK, Claire, *La protection de la personne de l'enfant contre ses parents*. LGDJ, París, 1984.

NERSON, Roger, *"Jurisprudence française en matière de personnes et de droit de la famille"*, RTDC 1974, p.139.

NICOLAS-MAGUIN, Marie-France,
- *"A propos de la garde conjointe des enfants de parents divorcés"*, D.1983.I.111.
- *"Pouvoirs du juge et volonté des parents dans l'exercice en commun de l'autorité parentale prévu par la loi du 22 juillet 1987"*, D.1988, chr.307.

PAPI, Clemente, *"Il giudice e l'affidamento"*, en AA.VV., Affidamento dei minore nei casi di separazione e di divorzio (1984), pp.71-75.

PAU PEDRON, Antonio, *"La nueva regulación alemana sobre la patria potestad"*, ADC 1982.

PEÑA BERNALDO DE QUIROS, *"Comentario al art. 110"*, en AA.VV., Comentarios a las reformas del Derecho de familia (1984).

PEREDA GAMEZ, F.Javier, *La ejecución de las sentencias matrimoniales*. PPU, Barcelona, 1989.

PESCHIERA, Annamaria, *"La decisione di ordinare una perizia ed i rapporti con i consulenti tecnici"*, en AA.VV., L'affidamento dei minori nei casi di separazione e di divorzio (1984), pp.76-81.

PINO, Augusto, *Il Diritto di famiglia*. Segunda edición, Ed.Cedam, Padua, 1984.

PRIETO CASTRO y FERRANDIZ, Leonardo, *Derecho procesal civil*. Quinta edición, Tecnos, Madrid, 1989.

PUERTES MARTI, Antonio, *"Comentario a la STS de 14 de mayo de 1987"*, RGD 1988, p. 1873.

RAYMOND, Guy, *"De la réalité de l'absence du couple conjugal à la fiction du couple parental, Commentaire de la loi nº 87-570 du 22 juillet 1987"*, JCP 1987.I, 3299.

RAUCENT, *"Quel droit patrimonial pour quelle famille?"*, en AA.VV., Famille, Droit et changement social dans les sociétés contemporaines (1976-1978).

RIVERO HERNANDEZ, Francisco,

- *"Comentario al art. 92"*, en AA.VV. (coordinados por LACRUZ BERDEJO), Matrimonio y divorcio, Comentarios al nuevo Título IV del Código Civil (1982).
- *"Comentario al art. 103"*, en AA.VV., Comentario a las reformas del Derecho de familia (1984).
- *"El derecho de visita. Ensayo de construcción unitaria*, en AA.VV., El derecho de visita. Teoría y praxis (1984).

- *"Las relaciones paterno-filiales como contenido del convenio regulador"*, en AA.VV., Convenios reguladores de las relaciones conyugales, paternofiliales y patrimoniales en las crisis del matrimonio (1989).
- *"Comentario al art.110"*, en AA.VV. (Ministerio de Justicia), Comentario del Código civil (1991).

ROCA TRIAS, Encarna,
- *"Comentario al art. 90"*, y
- *"Comentario al art. 92"*, en AA.VV., Comentarios a las reformas del Derecho de familia (1984);
- *"Comentario al art. 92"*, en AA.VV. (Ministerio de Justicia), Comentario del Código Civil (1991).

ROPPO, Enzo, *Il giudice nel conflitto coniugale, (La famiglia tra autonomia e interventi pubblici)*. Il Mulino, Bolonia, 1981.

ROUVIERE-PERRIER, Isabelle, *"Note à Conseil d'Etat, 24 avril 1992"*, D.1993 II.234.

RUBELLIN-DEVICHI, Jacqueline,
- *"Jurisprudence française en matière de personnes et de droit de la famille"*, RTDC.1987.736.
- *"Une importante réforme en droit de la famille: la loi n. 93-22 du 8 janvier 1993"*, JCP 1993.I.3659.

RUIZ-RICO RUIZ, José Manuel, *Acogimiento y delegación de la patria potestad*. Ed. Comares, Granada, 1989.

SALA, Juan, *Ilustración del Derecho Real de España*. Tomo I. Tercera edición, Madrid, 1832.

SANCHEZ PRIETO, Alejandro, *"La audiencia del menor en las causas matrimoniales. A propósito de la STS de 14 de mayo de 1987"*, La Ley 1988-1, pp. 960-962.

SAVOINI, Nunzia, *"L'affidamento alla madre"*, en AA.VV. (a cura di SACCHI), Affidamento del minore nei casi di separazione e di divorzio (1984), pp.199-207.

SEISDEDOS MUIÑO, Ana,

- *La patria potestad dual*. Ed. Universidad del País Vasco, Erandio, 1988.
- *"Comentario a la STS de 30 de abril de 1991"*, CCJC, 1991, pp. 567-578.

SERRA DOMINGUEZ, Manuel, *"El objeto del proceso matrimonial"*, Justicia 1983, pp. 41-67.

SIMLER, Philippe, *"La notion de garde de l'enfant"*, RTDC 1972, pp. 685-728.

SPARGLIONE, Roberto, *"Alcune osservazioni sui criteri giudiziari di affidamento"*, en AA.VV. (a cura di SACCHI), Affidamento dei minore nei casi di separazione e di divorzio (1984), pp.86-92.

THERY, Irène, *"La référence à l'intérêt de l'enfant, usage judiciaire et ambigüités"*, en BOURGUIGNON, RALLU, THERY, Du divorce et des enfants (1985) (citado por GARE, "L'enquête sociale dans la désunion des parents").

VALPUESTA FERNANDEZ, Mª del Rosario,

- *Los pactos conyugales de separación de hecho: historia y presente*. Ed. Universidad de Sevilla, 1982.
- *"Comentario al art. 103"*, en AA.VV. (Ministerio de Justicia), Comentario del Código Civil (1991).

VALLADARES RASCON, Etelvina, *Nulidad, separación y divorcio. Comentarios a la Ley de reforma del matrimonio*. Civitas, Madrid, 1982.

VAUVILLE, Frédéric, *"Premier regard judiciaire sur la loi Malhuret"*, D.1989, Chr.p.123.

VEGA SALA, Francisco, *Síntesis práctica sobre la regulación del divorcio en España*, Ed. Praxis, Barcelona, 1982.

VENTOSO ESCRIBANO, Alfonso, *La representación y disposición de los bienes de los hijos*, Ed. Colex, Madrid, 1989.

VERGE I GRAU, Joan, *"¿Medidas provisionales para parejas no casadas?"*, Justicia 1990.II, p.273.

VINEY, Geneviève, *"Du droit de visite"*, RTDC 1965, 225.

WEYERS, Hans-Leo, y KUNHN-PÄBST, Gisela,
- *"Apuntes sobre la evolución del Derecho civil de la República Federal de Alemania: año 1980"*, ADC 1982.
- *"Apuntes sobre la evolución del Derecho civil de la República Federal de Alemania en 1981/82"*, ADC 1984.

ZATTI, Paolo, y MANTOVANI, Manuela, *La separazione personale*. Ed. Cedam, Padua, 1983.

INDICE CRONOLOGICO DE LA JURISPRUDENCIA CITADA

I. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Auto del 19 de octubre de 1983 (citado por la STS de 30 de enero de 1987).

Auto del 25 de enero de 1984 (citado por la STS de 30 de enero de 1987).

STC de 14 de febrero de 1989 (AC 1989-2, 411).

II. TRIBUNAL SUPREMO

STS de 13 de febrero de 1909.

STS de 9 de junio de 1909.

STS de 20 de noviembre de 1912.

STS de 24 de junio de 1929.

STS de 3 de marzo de 1950 (RA 703).

STS de 27 de febrero de 1980 (RA 1012).

STS de 9 octubre 1982 (RA 5548).

STS de 2 de mayo de 1983 (RA 2619).

STS de 19 de octubre de 1983 (CCJC 1983, nº91).

STS de 28 de febrero de 1984 (RA 814).

STS de 31 de enero de 1985 (CCJC 1985, nº194).

STS de 30 de enero de 1987 (RA 365).

STS de 14 de mayo de 1987 (RA 3550).

STS de 2 de diciembre de 1987 (RA 9174).

STS de 3 de marzo de 1988 (RA 1547).

STS de 14 de marzo de 1988 (RA 8461).

STS de 9 de mayo de 1988 (AC 1988-2, 698).

STS de 22 de septiembre de 1988 (RA 6849).

STS de 31 de marzo de 1989 (AC 1989-2, 683).

STS de 30 de abril de 1991 (CCJC 1991, nº691).

STS de 19 de octubre de 1992 (AC 1993.152).

III. RESOLUCIONES DE LA DGRN

Resolución de 31 de mayo de 1984, en respuesta a consulta planteada sobre expedición de duplicado del libro de familia en supuestos de divorcio y separación judicial (BIMJ nº 1359, de 15 de septiembre).

Resolución de 18 de febrero de 1985 (RA 1986.6835).

Resolución de 22 de enero de 1992 (RA 784).

Resolución de 25 de mayo de 1992 (AC 1993-1, a.31).

IV. TRIBUNALES DE INSTANCIA

SAP Valladolid, 28 de mayo de 1979 (RIVERO, *"Las relaciones paterno-filiales ..."*, p.87).

SAT Albacete, 10 de abril de 1982 (RGD 1983, p.2144).

SAT Barcelona, 23 de marzo de 1983 (GARCIA GIL, p.242).

SJPI nº 17 de Barcelona, de 27 de abril de 1983 (RJC 1984 J.271).

SAT Zaragoza, 8 de junio de 1983 (GARCIA GIL, nº 999).

SAP Santa Cruz de Tenerife, 2 de noviembre de 1983 (RGD 1984, p.224).

SAT Barcelona, 6 febrero 1984 (RJC, 1984, t. II, p.338, citada por FLORIT CANALS).

SAT Barcelona, 6 de diciembre de 1984 (RJC 1985, J.338, citada por SEISDEDOS, p.334, nota 382).

SAT Zaragoza, 27 de diciembre de 1984 (GARCIA GIL, nº 1048).

SAT Oviedo, 6 de febrero de 1985 (RGD 1986, p.1027).

SAT Bilbao, 23 de abril de 1985 (LINACERO DE LA FUENTE, *"Acerca de la ..."*).

SAT Granada, 27 de abril de 1985 (LACRUZ y otros, fascículo 1º, nota 22).

SAT Granada, 17 de junio de 1985 (GARCIA GIL, p.554).

SAT Palma de Mallorca, 16 septiembre 1985 (FLORIT CANALS).

SAT Bilbao, 5 de noviembre de 1985 (LACRUZ y otros, Fascículo 1º, p.256, notas 26 y 27).

SAT Palma de Mallorca, 6 noviembre 1985 (FLORIT CANALS).

SAT Bilbao, 27 de marzo de 1986 (La Ley 1986-3, p.146).

SAT Barcelona, 1 de julio de 1986 (GARCIA GIL).

SAT Barcelona, 7 de julio de 1986 (GARCIA GIL, nº 1049).

SAT Pamplona, 3 de noviembre de 1986 (GARCIA GIL).

SAT Burgos, 13 de diciembre de 1986 (GARCIA GIL, p.464).

SAT Pamplona, 22 diciembre 1986 (La Ley 1987-2, p.804).

SAP Zaragoza, 9 de enero de 1987 (ALBACAR, p.226).

SAT Zaragoza, 24 de febrero de 1987 (GARCIA GIL, nº 1007).

SAT Valladolid, 9 de abril de 1987 (La Ley 1987-3, p.731).

SAT Bilbao, 8 de julio de 1987 (La Ley 1987-4, p.763).

SAT Bilbao, 30 de julio de 1987 (La Ley 1988-1, p.738).

SAT Zaragoza, 2 de octubre de 1987 (GARCIA GIL, p.233).

SAT Bilbao, 14 de octubre de 1987 (La Ley 1988-1, p.418).

SAT Palma de Mallorca, 9 de noviembre de 1987 (RGD 1989, p.678)

SAT Bilbao, 1 de diciembre de 1987 (La Ley 1988-2, p.751).

SAT Barcelona, 19 de enero de 1988 (La Ley 1988-2, p.234).

SAT Zaragoza, 5 de febrero de 1988 (RGD 1989, p.4235).

SAT Sevilla, 9 de febrero de 1988 (RGD 1989.5297).

SAT Bilbao, 4 de marzo de 1988 (La Ley 1988-3, p.707).

SAT Zaragoza, 14 de marzo de 1988 (GARCIA GIL).

SAT Madrid, 17 de marzo de 1988 (GARCIA GIL).

SAT Zaragoza, 25 marzo 1988 (GARCIA GIL, p.266).

SAT Pamplona, 28 de marzo de 1988 (RGD 1989, p.1657).

SAT Barcelona, 20 de abril de 1988 (GARCIA GIL).

SAT Valencia, 29 de abril de 1988 (La Ley 1988-3, p.374).

SAT Palma de Mallorca, 11 de mayo de 1988 (RGD 1989, p.687).

SAT Bilbao, 20 mayo 1988 (La Ley 1988-4, p.240).

SAT Bilbao, 23 de mayo de 1988 (La Ley 1988-4, p.201).

SAT La Coruña, 30 de mayo de 1988 (RGD 1989, p.2550).

SAT Oviedo, 11 de junio de 1988 (RGD 1989, p.3363).

SAT Valladolid, 20 de junio de 1988 (RGD 1989, p.7258).

SAT Zaragoza, 1 julio 1988 (RGD 1989, p.4243).

SAP Santa Cruz de Tenerife, 28 de julio de 1988 (RGD 1989, p.1789).

SAT Oviedo, 6 de septiembre de 1988.

SAT Valencia, 14 octubre 1988 (GARCIA GIL, p.268).

SAT Barcelona, 21 de octubre de 1988.

SAT Cáceres, 2 de noviembre de 1988 (RGD 1989, p.6149).

SAT Pamplona, 3 de noviembre de 1988 (La Ley 1989-3, p.720).

SAT La Coruña, 7 de noviembre de 1988 (RGD 1989, p.2556).

SAP Santa Cruz de Tenerife, 16 de noviembre de 1988 (RGD 1989, p.1791).

SAT Pamplona, 28 de noviembre de 1988 (RGD 1989, p.1660).

SAP Santa Cruz de Tenerife, 20 de diciembre de 1988 (RGD 1990, p.991).

SAT Madrid, 27 de diciembre de 1988 (RGD 1989, p.1410).

SAP Madrid, 6 febrero 1989 (RGD 1989, p.3017).

SAT Madrid, 13 de febrero de 1989 (RGD 1989, p.3021).

SAP Cáceres, 23 febrero 1989 (RGD 1990, p.6219).

SAP Zaragoza, 24 de febrero de 1989 (RGD 1989, p.2898).

SAP Madrid, 22 de marzo de 1989 (RGD 1989, p.4015).

SAP Zaragoza, 28 marzo 1989 (RGD 1990, p.2905).

SAT Madrid, 15 de abril de 1989 (RGD 1989, p.5791).

SAP Barcelona, 17 de abril de 1989 (RGD 1989, p.5859).

SAP Albacete, 2 mayo 1989 (RGD 1990, p.8607).

SAP Zaragoza, 2 de junio de 1989 (RGD 1990, p.2908).

SAP Santa Cruz de Tenerife, de 5 de julio de 1989 (RGD 1990, p.1005).

SAP Barcelona, de 8 de julio de 1989 (RGD 1990, p.511).

SAP Madrid, 19 de julio de 1989 (RGD 1989, p.6968).

Auto AP Santa Cruz de Tenerife, 17 de octubre de 1989 (AC 1990, Audiencias, @ 22).

SAP Oviedo, 14 de noviembre de 1989 (RGD 1990, p.385).

SAP Valencia, 20 de noviembre de 1989 (RGD 1989, p.8388).

SAP Santa Cruz de Tenerife, 23 noviembre 1989 (RGD 1990, p.1006).

SAP Cáceres, 16 diciembre 1989 (RGD 1990, p.6224).

SAP Valencia, 7 de febrero de 1990 (RGD 1990, p.1805).

SAP Murcia, 8 de marzo de 1990 (RGD 1991, p.9816).

SAP Barcelona, 14 de junio de 1990 RGD 1991, p.550).

SAP Las Palmas de Gran Canaria, 12 de julio de 1990 (RGD 1991, p.10018).

SAP Santa Cruz de Tenerife, 24 septiembre 1990 (RGD 1991, p.4516).

Auto AP Santa Cruz de Tenerife, 16 de octubre de 1990 RGD 1991, p.4518).

SAP Tarragona, 28 de noviembre de 1990 (La Ley 1991-2, p.1894).

SAP Palma de Mallorca, 13 de diciembre de 1990 (RGD 1992, p.754).

SAP Valencia, 30 enero 1991 (RGD 1992, p.5406).

SAP Valencia, 2 de marzo de 1991 (RGD 1992, p.5408).

SAP Barcelona, 24 mayo 1991 (RGD 1992, p.2035).

SAP Palma de Mallorca, 10 de junio de 1991 (RGD 1992, p.761).

SAP Valencia, 15 junio 1991 (RGD 1991, p.10917).

SJPI Santa Fe (Granada), 2 septiembre 1991 (inédita).

SAP Palma de Mallorca, 21 octubre 1991 (RGD 1992, p.767).

SAP Bilbao, 11 de diciembre de 1991 (RGD 1992, p.6157).

SAP Valencia, 7 de marzo de 1992 (RGD 1992, p.3421).

SAP Granada, Sec.3º, 28 de octubre de 1992 (inédita).

Sentencia del JPI nº3 de Granada, 16 de noviembre de 1992 (inédita).

V. TRIBUNALES EXTRANJEROS

Alemania

Tribunal Constitucional alemán, 17 de febrero de 1982 (WEYERS y KUNHN-PÄBST, ADC 1984, p.163).

Tribunal Constitucional alemán, 31 de noviembre de 1982 (WEYERS y KUNHN-PÄBST, ADC 1984, p.163).

Estados Unidos

Caso Felman v. Felman, Supreme Court, Appelate Division, Second Department, 1974, 45 A.D.320, Juez Benjamin (GARCIA VICENTE, p.1009).

Francia

C.Cass., Civ., 6 de abril de 1967 (RTDC 1968, p.140).

C.Cass., Civ., 25 de febrero de 1970 (SIMLER, p.722).

C.Cass., Crim., 29 abril 1976 (JCP 1976, II.18505).

C.Cass., Civ. Sala 1ª, 3 febrero 1982 (D.1982, IR.252).

C.Cass., Civ., Sala 2ª, 21 de marzo de 1983 (D.1984.II.53 y JCP.1984.II.20163).

C.Cass., Civ., Sala 2ª, 2 de mayo de 1984 (JCP 1985.II.2)

C.Cass., Civ., Sala 2ª, 20 de noviembre de 1985 (DORSNER-DOLIVET, p.106).

C.Cass., Civ., 5 de junio de 1991 (RTDC.1991.523 y JCP.1991.IV.306).

C.Cass., Crim, 13 abril 1988 (D.1989, J.461).

Req., 5 de junio de 1931 (SIMLER, p.693).

Trib. Civ. de Briançon, 6 de enero de 1948 (SIMLER, p.697).

C.A. Paris, 1 de junio de 1954 (RTDC 1954.638).

C.A. Paris, 14 de febrero de 1957 (RTDC 1957, p.312).

C.A. Rouen, 8 de julio de 1958 (SIMLER, p.692).

Trib. de Seine, 3 de febrero de 1962 (SIMLER, p.723).

C.A. Montpellier, 22 de abril de 1980 (NICOLAS-MAGUIN, p.113).

C.A. Nîmes, 23 de octubre de 1980 (NICOLAS-MAGUIN, p.113).

C.A. Rennes, 6ª Sala de lo civil, 18 marzo 1982 (D.1983, Somm.Comm.449).

C.A. Grenoble, Sala 2ª, 8 de mayo de 1982 (JCP 1983 IV.331)

C.A. Paris, 12 octubre 1988 (D.1988, IR.276).

C.A. Bordeaux de 23 de noviembre de 1988 (D.1990.J.281).

C.A. Montpellier, 3 février 1992 (JCP.1992.I.21904).

Italia

Corte di Cassazione, n. 858, 7 de febrero de 1983 (MENGONI, p.67).

Corte di Cassazione, n. 3776, 2 de junio de 1983 (Rep. Foro It., voz "separazioni dei coniugi", n.56).

Tribunal de Menores de Florencia, Decreto de 2 de marzo de 1976 (DFP 1977, p.193, citado por SEISDEDOS, p.214).

Trib. di Trani, 28 de marzo de 1977 (MENGONI, p.61).

Trib. di Piacenza, 4 de febrero de 1986 (DFP 1986, p.183).

App. Milano, ord. de 3 de mayo de 1986 (DFP 1986, p.1019).

Trib. di Genova, de 22 de septiembre de 1988 (DFP 1990, p.871).