

Rev. Boliv. de Derecho N° 31, enero 2021, ISSN: 2070-8157, pp. 750-779

MARTÍNEZ CALVO, J.: *La guarda y custodia*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, 624 pp.



LA GUARDA Y CUSTODIA

Javier Martínez Calvo



No puede hacerse una resección en condiciones si no se leen todas y cada una de las páginas del libro que se pretende comentar. Por ello, cuando me propuse recensionar esta obra y vi el número de páginas que en ella se contienen, pensé que me llevaría mucho tiempo hacer el ejercicio adecuado. Sin embargo, debo reconocer que el autor logra dos cuestiones que no son simples de reunir en un mismo texto: es un libro prolijo a la vez que ameno, y me atrevo a decir también, sin temor a equivocarme, que se trata de una de las obras más completas que se han publicado en la materia en los últimos años en el mundo entero.

La obra es resultado de la tesis doctoral de su autor, guiada por los profesores de Derecho civil de la Universidad de Zaragoza, María Victoria Mayor del Hoyo y Carlos Martínez de Aguirre, quienes además la prologan. Este solo antecedente, adelanta que se trata de un trabajo serio y que no pudo menos que ser calificado con la máxima distinción.

El libro aborda la guarda y custodia, a mi parecer, desde todas las ópticas posibles que puedan existir. No solo se ocupa el autor de ser riguroso en cuanto a legislación, doctrina y jurisprudencia se refiere, tanto en el ámbito común español como también en el autonómico, sino que, a lo largo de todo el texto, se incorporan matices éticos, sociales, culturales, y hasta de sentido común que suelen echarse en falta en las obras que son altamente técnicas, como lo es la que ha desarrollado el Dr. Martínez.

Por su parte, destaco la capacidad que ha tenido el autor de integrar en un todo coherente aquellas cuestiones que suelen estudiarse en parcelas separadas, tales como la incidencia que tiene el régimen de guarda y custodia en el ámbito de otras medidas como la atribución de la vivienda familiar o la fijación de los montos referidos a la manutención de los hijos, etc.

Me gustaría aclarar también que, si bien se trata de una obra basada en el derecho español, lo cierto es que constituye una fuente de consulta imprescindible para cualquier jurista, sea cual sea el país donde éste se desempeñe; abordando materias que son de utilidad tanto para académicos como para abogados dedicados al libre ejercicio de la profesión, pero también para quienes deseen tener un conocimiento más acabado acerca de cuestiones que afectan la vida de todas y de todos.

La obra se divide en seis capítulos, ordenados de una manera adecuada al análisis que va desde lo más general a lo más particular (estructura que, si bien parece lógico que deba contenerse en un libro académico, no siempre se goza de ella). Así, se tratan en primer lugar el concepto y los regímenes de guarda y custodia; en segundo lugar, el marco legal de la figura; en tercer lugar, los aspectos relativos a la determinación de cada uno de los regímenes; en cuarto lugar, se estudia de forma acabada el régimen legal; en quinto lugar, la incidencia que tiene el régimen de guarda y custodia en la toma de otras medidas; y, finalmente, se trata todo lo relativo a las modificaciones y extinción del régimen.

Para entrar en materia, me referiré a las cuestiones que a mi entender son dignas de resaltar en cada uno de los apartados de esta obra.

En primer lugar, destaco la referencia inicial que hace el autor a la íntima relación que existe entre la patria potestad y la figura de guarda y custodia; patria

potestad que se basa, precisamente, en la existencia de un vínculo de filiación que el Dr. Martínez aborda en su punto justo y necesario. Precisamente la guarda y custodia se integra, tal como se señala en la obra, en aquel reconocido como ámbito personal de la patria potestad y, por tanto, está estrechamente ligada al deber de cuidado que tienen los padres respecto de sus hijos. Ese deber cobra una fisonomía que es completamente diferente en los casos en que los padres viven separados, asunto al que se aboca el texto en lo sucesivo.

No se olvida el autor de aclarar que existen importantes diferencias entre la titularidad de la patria potestad y la titularidad del cuidado personal de los hijos pues, entre otras cosas, cabe perfectamente mantener la titularidad y el ejercicio de la patria potestad sin ejercer la guarda y custodia. A fin de evitar las confusiones que sí existen en la práctica respecto de estas figuras el Dr. Martínez propone que el Código civil español delimite expresamente cada una de estas materias, tal como lo han hecho algunas comunidades autónomas; entre ellas, la Comunidad Valenciana.

En segundo lugar, quisiera resaltar el acabado estudio que se realiza respecto del régimen de custodia compartida, aun cuando la legislación española es más bien tímida en su tratamiento (cuestión que ha sido matizada por algunas legislaciones autonómicas que se ocupan más *in extenso* de esta materia, como son por ejemplo Aragón, Cataluña y Navarra). El autor realiza un análisis crítico de la figura, exponiendo acerca de los beneficios que la guarda y custodia compartida puede ofrecer, ello sin perder de vista que en la práctica existen una serie de dificultades para su puesta en marcha y para su efectiva ejecución. El Dr. Martínez propone entre otras cuestiones, las siguientes: - la utilización de una nomenclatura que permita comprender claramente cuál es el espíritu del régimen: parece más adecuado, en su opinión (y también la mía) referirse a una guarda "alternada", "alternativa", "sucesiva", o cualquier otra denominación que la identifique de un modo más fidedigno a su realidad; - aclara, como corresponde, que el denominado régimen de custodia compartida no implica un reparto estrictamente igualitario de los tiempos que los hijos pasarán con cada uno de sus padres; - otorga un concepto de guarda y custodia compartida entendiéndola, en definitiva, como una figura que se caracteriza en la alternancia de ambos progenitores (aunque yo hubiese preferido que dijera padres) en el desempeño de las funciones inherentes a la guarda y custodia compartiendo en un plano de igualdad (aunque no entendida en su sentido estricto) derechos y obligaciones respecto de sus hijos como si se tratase de una familia "intacta" aunque en realidad no lo sea.

Cabe destacar, además, el profundo tratamiento de los principios de coparentalidad y corresponsabilidad que, sin duda, constituyen la razón de ser de la guarda y custodia compartida; y la atingente referencia que realiza a la guarda

ejercida por un tercero, ya sea como medida provisional o definitiva en el Derecho español.

Merece una mención especial la capacidad que demuestra el autor de sistematizar y sintetizar el amplísimo abanico legal que existe respecto de la figura de la guarda. Se refiere de manera íntegra a las normas internacionales, a las normas estatales, a la regulación autonómica con sus correspondientes ámbitos de aplicación (objetivo, subjetivo, temporal) e, incluso, se refiere al anteproyecto de ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia.

En tercer lugar, y siguiendo el orden de la obra, en cuanto a la determinación del régimen de guarda y custodia, aparece como interesante la dedicación que hace el autor al tratamiento del régimen como medida previa o provisional en los procedimientos de nulidad, separación o divorcio. En tal sentido aborda, por ejemplo, la procedencia o no de la custodia compartida como medida provisional determinando que, si bien la redacción del art. 103 del Código civil es deficiente, la interpretación de éste en conjunto con el art. 92 del mismo cuerpo legal, permiten afirmar que sí es posible tal supuesto, especialmente si así lo deciden de común acuerdo los progenitores (nuevamente, preferiría hablar de padres); propone, además el establecimiento con carácter obligatorio en el convenio regulador de la atribución de la vivienda familiar; y se detiene en la necesidad de aprobación del convenio regulador para que tenga fuerza ejecutiva. En tal sentido, enfático en señalar que las facultades del juez se limitan únicamente a rechazar o aprobar el acuerdo, mas no puede modificarlo.

A continuación, se refiere a los pactos prematrimoniales como fuente del régimen de guarda y custodia, considerando esta opción como perfectamente lícita (imagino que queriendo decir legítima) siempre que se reúnan, claro está, los requisitos de validez de este y no se sobrepasen los límites que para ello se disponen.

Finalmente, en el mismo capítulo tercero, dedica un apartado extenso a la mediación familiar como una herramienta para la consecución de acuerdos, calificándola como una figura positiva y mencionando algunas cuestiones de interés tales como la posibilidad de arribar a través de ella a un acuerdo parcial, o la conveniencia bajo determinadas circunstancias de la participación del menor en dicho proceso de mediación.

En cuarto lugar, el Dr. Martínez analiza la preferencia legal del legislador español por el régimen de custodia individual, no sin antes realizar una serie de afirmaciones que demuestran su inclinación favorable al régimen de custodia compartida. El autor critica las excesivas exigencias para su configuración y refiere,

por ejemplo, a la amplia aprobación que tiene este régimen por parte del Tribunal Supremo, que no solo niega la excepcionalidad de la figura, sino que considera que debe ser el régimen más normal y deseable, al punto de hacer un llamado a las Audiencias Provinciales en sentido tal de realizar una correcta interpretación del artículo 92. 8 del Código civil español. Así, deja en evidencia el autor que la custodia compartida ha tenido un avance en el derecho español, llegando incluso a tomar un rol preferente, aun cuando tal situación práctica ha visto fallido su reflejo legal.

En el mismo capítulo cuarto, es interesante la referencia que hace el profesor Martínez a la opinión del menor y su derecho a ser oído, diferenciando entre aquellos supuestos que implican una solicitud de su parte y aquellos en los que, en cambio, el menor no lo ha solicitado; así como a la interpretación que debe darse a la legislación vigente, concluyendo que se ha eliminado la obligatoriedad de oír al menor que tenga suficiente juicio o sea mayor de 12 años y que, en su lugar, parece adecuado señalar que se debe oír al menor solo si éste lo ha solicitado o cuando, no mediando esa petición, tenga suficiente juicio y el juez así lo estime necesario.

En cuanto a la discutida y discutible regla prevista en el art. 92.7 del Código civil, según la cual no procederá la guarda y custodia conjunta cuando cualquiera de los padres esté incurso en un proceso penal incoado por atentar contra la vida física, la libertad, la integridad moral o la libertad o indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos, el autor (luego de una análisis de las posibles interpretaciones de la disposición y de cuestionar su contenido) considera que, para su aplicación, no debería bastar con estar incurso en un proceso penal, sino que debiera exigirse que el presunto autor hubiera sido condenado, o al menos que existiesen datos sólidos que acreditasen la veracidad de la denuncia interpuesta. En tal sentido, y tal como afirma Martínez, parecen más razonables las disposiciones de algunas comunidades autónomas, como Aragón y Navarra, que exigen que se haya dictado una resolución motivada en la que consten indicios fundados y racionales de criminalidad; o, como Cataluña y el País Vasco, donde se requiere de una sentencia condenatoria firme. Lo anterior reviste una gran relevancia si se considera que no es menor el número de denuncias que se realizan (no solo en España, sino en el mundo entero) con la exclusiva finalidad de modificar los resultados relativos a la asignación de la guarda y custodia o del régimen de visitas.

Otra de las cuestiones que destaco, en el mismo capítulo, dice relación con la mención que realiza el autor respecto de la figura de la alienación parental. Hoy se vislumbra casi una manía por parte de los tribunales en cuanto a negar la procedencia de esta figura por el simple hecho de no ser considerado por la OMS como un síndrome. Es cierto que no reviste la categoría de tal, mas ello no implica

que la alienación no exista, y que ésta no sea tremendamente perjudicial tanto para el niño como para el padre alienado. En tal sentido concuerdo con aquellos autores que vislumbran en el régimen de custodia compartida un disuasivo a la alienación. Este tema lo aborda de manera muy completa y adecuada en su obra el profesor Martínez.

Del capítulo quinto, referido a la incidencia de la guarda y custodia en la determinación de otras medidas, cabe destacar el tratamiento de tres cuestiones que, tal como señala el autor, no se encuentran lo suficientemente reguladas en el Código civil español, y mucho menos aún en el régimen de custodia compartida, como son las visitas; la manutención de los hijos y la aportación que en ello corresponde a cada uno de los padres; y la atribución del uso de la vivienda familiar.

En cuanto a las visitas se refiere, y siguiendo en este punto a la autora chilena Marcela Acuña, distingue el Dr. Martínez entre cuatro posibles regímenes, analizando cada uno de ellos desde un punto de vista doctrinal y jurisprudencial. Dedicada, además, un apartado especial al régimen de visitas de los hermanos, abuelos y otros parientes allegados, poniendo de relieve su principio fundante (el interés superior del niño) y descartando, de manera adecuada, que tenga este derecho un carácter absoluto pues, según lo señala el propio legislador, puede verse restringido por una justa causa.

En cuanto a la manutención de los hijos, el autor no solo hace la alusión tradicional a los gastos ordinarios y extraordinarios, sino que incluye aquellos que son de carácter voluntario y que están referidos a todo lo que no es estrictamente necesario en la crianza de un hijo. Respecto de todos ellos, se estudia en la obra la determinación de la cuantía, tanto en un régimen individual de guarda o custodia como en aquel que es de carácter compartido. En este punto pone de relieve el Dr. Martínez una arista que es muy poco mencionada y que, a mi entender, es tremendamente relevante: los supuestos de enriquecimiento injusto que pueden derivarse del pago de las pensiones de alimentos. En este apartado se echa de menos, eso sí, un análisis algo más profundo respecto del incumplimiento en el pago de los alimentos menores, mas se entiende su exigua referencia, pues se trata de un tema colateral y no principal de la obra.

Por último, y respecto de la vivienda familiar, el autor analiza cada uno de los criterios de atribución de la misma, y se dedica a la enunciación de los problemas prácticos que implica la figura, particularmente en el régimen de custodia compartida; uno de los cuáles, dice relación con la procedencia de una compensación económica por la pérdida del derecho de uso del padre beneficiario; aspecto que, si bien no está tratado expresamente por el legislador, ha sido ya objeto de algunas sentencia favorables.

En el capítulo final (el sexto de la obra) el profesor Martínez dedica, aunque pocas, interesantes páginas al estudio de la modificación del régimen de guarda y custodia, centrándose en algunos supuestos concretos tales como las circunstancias previstas en el propio convenio regulador; las modificaciones legislativas, de doctrina o de jurisprudencia, el deseo del menor; y el cambio del lugar de residencia de uno de los padres, entre otros.

Finalmente, quisiera destacar dos aspectos que me permiten calificar esta obra como un producto de excelencia, además, por supuesto, de los aspectos que ya he mencionado (y otros que, por razones obvias, no alcanzo a mencionar). Uno de ellos es referido a la nutrida bibliografía que detenta la obra: el autor utiliza fuentes de todo el mundo, alcanzando la suma de más de 400 textos citados y otro tanto (sino más) de sentencias ampliamente estudiadas a lo largo de todo el texto. El segundo de los aspectos dice relación con el inagotable entusiasmo del Dr. Martínez, quien manifiesta en todos y cada uno de los apartados de su obra su opinión personal y su punto de vista acerca de las cuestiones que se debaten, además de las correspondientes propuestas de *lege ferenda* cuando vienen al caso, todas las cuales aparecen reflexionadas y debidamente fundadas.

Se me quedaban en el tintero un par de antecedentes con lo que quizás debí partir esta recensión; y es que el Dr. Martínez ha recibido no solo uno, sino dos premios que reconocen el fabuloso aporte de la obra, cuya importancia he intentado reflejar en algunas líneas: me refiero al Premio Extraordinario de Tesis Doctoral de la Universidad de Zaragoza, y al premio al mejor trabajo de investigación del Consejo Económico y Social del Gobierno de Aragón.

Daniela Jarufe Contreras
Académica Derecho Civil
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de Talca, Chile

