

La guarda compartida en la jurisprudencia catalana: concepto y terminología

REYES BARRADA ORELLANA
 Professora de la Facultat de Ciències Jurídiques
 Universitat Rovira i Virgili

I. ESTADO DE LA CUESTIÓN. 1. La guarda en las situaciones de falta de convivència. 2. La naturaleza preferente del modelo de guarda compartida. II. CONCEPTO Y TERMINOLOGÍA. 1. En la jurisprudencia. 2. En el CCC. 3. A la búsqueda de la terminología ajustada

I. ESTADO DE LA CUESTIÓN

1. LA GUARDA EN LAS SITUACIONES DE FALTA DE CONVIVÈNCIA

La guarda es una de las funciones que se integran en el contenido de la potestad parental (art. 236-17.1 CCC), como efecto de la filiación (235-2.2 CCC).

Guardar significa tener a cargo y, referido a los hijos, significa cuidarlos, vigilarlos y custodiarlos directamente. Habitualmente, cuando los progenitores mantienen una convivencia, la guarda sobre sus hijos menores la ejercen ambos conjuntamente, de forma inmediata. Así, según el artículo 236-8. 1 CCC, los progenitores ejercen la potestad sobre sus hijos de forma conjunta, excepto que acuerden otra modalidad de ejercicio (cfr. art. 236-9 CCC) o que las leyes o la autoridad judicial la dispongan de otra forma (cfr. arts. 236-10, 236-13 y 236-20 CCC).

Pero cuando la convivencia entre los progenitores no existe, porque nunca han convivido, se separan, divorcian, o disuelven su pareja estable, la guarda de sus hijos menores necesariamente se ha de modalizar, ya que en esa circunstancia no es posible que ambos la ejerzan de forma inmediata, dado que no podrán tener a sus hijos en su compañía de forma continuada. En esos supuestos de falta de convivencia entre los progenitores resulta necesario fijar el modelo de guarda que en cada caso resulte apropiado y su régimen o, lo que es lo mismo, cómo va a ejercerse la función de guarda por los progenitores a través de la fijación de sus respectivas responsabilidades y los periodos temporales en que cada uno va a tener consigo a sus hijos menores.¹

1 SAPG 19-octubre-2011 (JUR 2011, 412121), FD 3º: «es indudable que esa nueva situación precisa de una adaptación de tal función, pues al vivir los padres separados, ya no podrán tener a sus hijos de forma continuada, ni establecer de una forma diaria las pautas educativas, por ello debe buscarse un sistema adecuado, en atención a las circunstancias de cada caso y teniendo en cuenta lo más beneficioso para el hijo, el sistema más adecuado de estancias».

2. LA NATURALEZA PREFERENTE DEL MODELO DE GUARDA COMPARTIDA

La Ley 25/2010, de 29 de julio, del Libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia,² en aplicación del principio constitucional de igualdad jurídica entre los cónyuges (art. 32.1 CE), del principio de no discriminación por razón de filiación (art. 39.2 CE) y del principio del interés superior del menor, que recoge y refuerza, introduce una serie de criterios para perfilar lo más ajustadamente posible ese interés en cualquiera de las situaciones que puedan afectar a una persona durante su minoría de edad.

De forma específica, el CCC atiende al interés del menor en el desarrollo de la potestad parental y, dentro de ésta, fija especialmente la atención en el ejercicio de las responsabilidades parentales sobre los hijos menores en los supuestos de falta de convivencia de sus progenitores. En estos supuestos de falta de convivencia, en los que, como se ha dicho, la guarda de los hijos menores no puede ser ejercida de forma inmediata por ambos progenitores a la vez, el beneficio de los menores se procura a través del establecimiento de una serie de criterios cuya finalidad se encuentra en propiciar la determinación de las medidas necesarias y suficientes que permitan adaptar el ejercicio de las responsabilidades parentales a las particulares circunstancias del caso concreto, a las particulares necesidades del hijo menor, especialmente a través del establecimiento del modelo de guarda que se considere más adecuado.

El CCC estima como modelo preferente el ejercicio compartido de las responsabilidades parentales, en particular de la función de guarda. Se parte del régimen de igualdad de derechos y deberes entre los progenitores, cuyas responsabilidades respecto de sus hijos menores no se alteran cualquiera que sea la relación que exista entre ellos (art. 333-8. 1, 234-7 y 235-2. 2 CCC), y se reconoce que el beneficio de los hijos menores se encuentra en el mantenimiento en todo caso de las relaciones con sus progenitores, en condiciones de estabilidad e igualdad (Preámbulo III, c) Ley 25/2010). En otras palabras, se entiende, acertadamente a mi juicio, que la ausencia de convivencia entre los progenitores no ha de suponer necesariamente un reparto desequilibrado de las responsabilidades parentales, que redunde en una relación más intensa de hijo con uno de sus progenitores en detrimento de la relación con el otro que, de esta manera, puede perder importancia como figura de esencial referente para su hijo. No obstante, la clara preferencia por el modelo de guarda compartida que el CCC establece no significa que, en la práctica, éste sea el modelo que siempre deba prevalecer, sino que su adecuado establecimiento vendrá dado en función de las circunstancias de cada caso y del concreto interés del menor.

Precisamente para dilucidar el modelo de guarda, el régimen y la forma de ejercicio que en cada caso resulte conveniente establecer, el artículo 233-11 CCC proporciona una serie de criterios a tener en cuenta de forma conjunta, además de las propuestas decididas por los progenitores presentadas en el plan de parentalidad (art. 233-9 CCC) siempre que las mismas no resulten perjudiciales para los hijos menores.

² DOGC núm. 5686, de 5 de agosto.

Los criterios actualmente contenidos en el artículo 233-11 CCC no han sido producto de una «elaboración espontánea» por parte de nuestro legislador, acuñados como fruto de una simple aproximación o de una previsión intuitiva, sino que son resultado del análisis de la realidad que en los últimos años ha ido resolviéndose por la vía jurisprudencial, a partir de los diferentes fundamentos de hecho que se han ido planteando y de la aplicación a los mismos de los diferentes principios y mandatos al respecto contenidos en textos tanto autonómicos³ o nacionales⁴ como internacionales,⁵ todo ello teniendo presente la importante evolución que las relaciones familiares y sus dinámicas han experimentado en estos últimos años y la necesaria adaptación de las reglas a los cambios de circunstancias.

II. CONCEPTO Y TERMINOLOGÍA

1 EN LA JURISPRUDENCIA

Los jueces y tribunales no suelen dar un concepto de lo que deba entenderse por guarda compartida o por guarda individual o exclusiva. En la mayoría de ocasiones se limitan a establecer el régimen de guarda que consideran apropiado para un caso determinado, según sus particulares circunstancias, sin detenerse en el análisis de sus elementos esenciales, características y efectos en general.

Por otra parte, la situación en que la guarda es atribuida a ambos progenitores no siempre se identifica con el mismo término, sino que suelen utilizarse diferentes expresiones, aunque todas pretendan referirse a un

3 Ley 9/1998, de 15 de julio, del Código de Familia (de Cataluña); Ley 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia, que deroga las Leyes 37/1991, de 30 de diciembre, sobre medidas de protección de los menores y desamparados y de la adopción, 8/1995, de 27 de julio de atención y protección de los niños y de los adolescentes y de modificación de la Ley 37/1991, de 30 de diciembre sobre medidas de protección de los menores desamparados y de la adopción, y 8/2002, de 27 de mayo, de modificación de la Ley 37/1991, de 30 de diciembre, sobre medidas de protección de los menores desamparados y de la adopción, i de regulación de la atención especial a los adolescentes con conductas de alto riesgo social.

4 Constitución Española de 1978, Ley orgánica 1/1996, de Protección Jurídica del Menor; Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifica el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, especialmente por su nueva reacción del artículo 92.

5 Destacando como relevantes a estos efectos la Declaración Universal de los Derechos del Niño de 1959; la Convención Internacional de los Derechos del Niño (CIDN), aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989 y ratificada por España en 1990; la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea del año 2000 y la Carta Europea de los Derechos del Niño del Parlamento Europeo (Resolución A 3-0172/92, de 8 de julio), documentos internacionales que deben considerarse asumidos por las normas constitucionales españolas sobre protección integral de la familia y de la infancia (art. 39.4 CE. También el Reglamento (CE) n° 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y responsabilidad parental, de aplicación en España desde el 1 de marzo del 2005; y el Convenio relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, hecho en La Haya el 19 de octubre de 1996, que entró en vigor en España el 1 de enero de 2011.

mismo concepto. En este sentido se puede apreciar la utilización indistinta de expresiones como «guarda y custodia compartida»,⁶ «guarda compartida»⁷ o «custodia compartida»,⁸ De otra parte, en ocasiones y en un mismo documento, para referirse a una misma situación de guarda compartida se emplean términos diferentes, unos de contenido idéntico⁹ pero otros con significados diferentes que muy bien pueden aplicarse a modelos o situaciones también diferentes. En este último sentido, la asimilación más frecuente se hace entre los adjetivos «compartida» y «conjunta»¹⁰ referidos a la guarda, probablemente por la influencia del artículo 92 CC que emplea de forma indistinta las

-
- 6 SSTSJC 26-junio-2011 (RJ 2011, 6106); 8-marzo-2010 (RJ 2010,4018); AATSJC 11-abril-2011 (RJ 2011, 3064), FJ 3º, II); 28-octubre-2010 (RJ 2011, 2600), FD 3º; 5-julio-2010 (RJ 2010, 5261), FD 4º C); 26-febrero-2007 (RJ 2007, 5294), FD 2º del Motivo de casación; SSAPB 24-noviembre- 2010 (JUR 2011, 79470); 28-septiembre-2010 (JUR 2010, 374498); 24-noviembre-2009 (JUR 2010, 43746); 16-julio-2009 (JUR 2010, 493133); 25-junio-2009 (JUR 2009, 493509); 19-febrero-2009 (JUR 2009, 387468); 22-octubre-2008 (JUR 2009, 35824); 24-julio-2008 (JUR 2008, 314120), FD 2; 9-octubre-2006 (JUR 2007, 140591), FD 3º; 27-julio-2006 (JUR 2007, 124388), FD 2º; 9-junio-2006 (JUR 2007, 11078), FD 1º y 2º; 10-marzo-2005 (JUR 2005, 116227), FD 1 y 2º; 10-febrero-2005 (JUR 2005, 80554), FD 2º; 8-junio-2000 (JUR 2000, 293070), FD 1º; SSAPG 10-diciembre-2009 (JUR 2010, 85510); 29-enero-2007 (JUR 2007, 250697), FD 3º; 9-febrero-2000 (JUR 2000, 184), FD 2º; SAPLL 2-julio-2007 (JUR 2007, 292596), FD 1º, 1; 10-octubre-2006 (JUR 2008, 710441), FD 3º; 14-enero-2002 (JUR 2002, 75977), FD 1º; 21-diciembre-2001 (JUR 2002, 47621), FD 1º; 26-junio-2001 (JUR 2001, 119905), FD 2º; AAPLL 30-junio-2004 (JUR 2004,219740), FD 2º; SSAPT 8-abril-2010 (JUR 2010, 243241); 22-junio-2000 (JUR 2000, 283953), FD 1º.
- 7 SAPB 22-diciembre-2012 (JUR 2012, 21748), FD 2º
- 8 STSJC 16-diciembre-2011(RJ 2012, 2766), FD 3º, 4.; ATSJC 21-noviembre-2011 (RJ 2012, 2251), FD 1º; 31-julio-2009 (RJ 2009, 454684) FD 2º; SSAPB 10-noviembre- 2010 (JUR 2011, 80978); 28-julio-2009 (JUR 2009, 492865); 12-enero-2007 (JUR 2007, 178637), FD 1º y 2º; 11-octubre-2007 (JUR 2007, 134236), FD 2º; SAPLL 11-marzo-2011 (JUR 2012, 179965), FD 3º; 29-noviembre-2010 (JUR 2011, 89687), FD 2º; 26-julio-2007 (JUR 2007, 292337), FD 1º; 18-abril-2002 (JUR 2002, 157788), FD 1º; SAPT 16-diciembre-2011 (JUR 2012, 25107), FD 4º.
- 9 «Guarda y custodia compartida» y «custodia compartida»: SSTSJC 20-diciembre-2010 (RJ 2011, 1320), FD 1º y 3º, 2, b); 25-junio-2009 (RJ 2010, 2369) FD 2º, 3 y 4; SSAPB 21-diciembre 2009 (JUR 2010, 84447); 2-octubre-2008 (JUR 2008, 39061), FD 3º; 25-abril-2008 (JUR 2008, 178328), FD 2; 13-febrero-2007 (JUR 2007, 204890), FD 4º; 7-noviembre-2006 (JUR 2007, 113747), FD 3º; SSAPG 3-noviembre-2006 (JUR 2007, 105329); 20-octubre-2004 (JUR 2004, 309987), FD 1º; SSAPLL 21-diciembre-2011 (JUR 2012, 115685); 30-noviembre-2011 (JUR 2012, 26708), FD 1º; 11-noviembre-2009 (JUR 2010, 51066), FD 4º; 24-abril-2009 (JUR 2009, 393391), FD 2º; 23-enero-2006 (JUR 2006, 90003), FD 2º. «Guarda compartida» y «custodia compartida»: SAPB 18-marzo-2011 (JUR 2011, 201836), FD 1º y 2º; SSAPLL 5-enero-2012 (JUR 2012, 103579); 19-mayo-2011 (JUR 2011, 258332), FD 1º; 13-abril-2011 (JUR 2011, 198802), FD 2º; 20-octubre-2010 (JUR 2010, 383130), FD 1º; 13-mayo-2009 (JUR 2009, 392821), FD 1º y 2º; «Guarda y custodia compartida» y «guarda compartida»: SAPLL 22-abril-2008 (JUR 2008, 178727), FD 2º. «Custodia compartida», «guarda compartida» y «guarda y custodia compartida»: SAPB 20-febrero-2007 (JUR 2007, 101427), FD 3º; SAPG 13-octubre-2009 (JUR 2010, 205); SSAPLL 25-julio-2005 (JUR 2006, 213802); 12-noviembre-2008 (JUR 2009, 75295), FD 1 y 2º; 6-noviembre-2007 (JUR 2008, 40243), FD 4º; SAPT 2-marzo-2007 (JUR 2007, 32331), FD 2º, II.
- 10 SSTSJC 16-junio-2011 (RJ 2011, 6106), FD 8º; 8-marzo-2010 (RJ 2010, 4018), FD 2º, 4.- c); 31/2008, de 5 de septiembre (RJ 2009, 1449) FD 3º, 4); 31-julio-2008 (RJ 2009,643); AATSJC 27-septiembre-2010 (RJ 2011,119), FD 2º, 1; SSAPB 13-diciembre-2012 (JUR 2012, 22816); 10-noviembre-2011 (JUR 2012, 26267), FD 2º y 3º; 12-diciembre-2011 (JUR 2012, 23659), FD 1º y 2º; 24-mayo-2011 (JUR 2011, 293241), FD 1º y 2º; 22-octubre-2008 (JUR 2009, 35824), FD 2º; SSAPG 19-octubre-2011 (JUR 2011, 412121), FD 4º y 5º; 11-mayo-2011 (JUR 2011, 294161); SAPLL 10-marzo-2011 (JUR 2011, 180158).

expresiones «ejercicio compartido de la guarda y custodia» (art. 92.5), «guarda y custodia compartida» (art. 82.8) y «guarda conjunta» (art. 92. 5 y 7),¹¹ pero también se encuentran otras expresiones menos utilizadas para referirse a la guarda compartida, como es la de «tenencia compartida»,¹² o utilizadas de manera confusa en su contexto, como las de «corresponsabilidad parental»,¹³ la de «coparentalidad»¹⁴ o la de «ejercicio conjunto de las responsabilidades parentales».¹⁵ Estas últimas expresiones resultan confusas porque se identifican con la globalidad de las responsabilidades parentales, que siempre se comparten, mientras que es la guarda la que, aún siendo siempre compartida como se justifica más adelante, puede configurarse como individual o compartida en sus modalidades más generales.

Además, en ocasiones, los jueces y tribunales aluden a la existencia de diferentes modelos de guarda compartida, simplemente nombrándolos pero sin establecer las diferencias existentes entre los mismos que permitan identificarlos. Así, se ha indicado que «bajo la denominación equívoca de custodia «compartida», pueden hallar amparo diversas situaciones de convivencia de los hijos con sus progenitores —partida, repartida, rotativa, alterna, conjunta—, que supongan un reparto no necesariamente igual del tiempo de convivencia con cada uno de los padres y/o de las tareas o funciones que en relación con su cuidado diario cada uno de ellos se obligue a asumir, en razón a muy diversos factores.»¹⁶ Aunque del sentido de los distintos adjetivos sea posible establecer sus respectivas diferencias, algunas excesivamente sutiles, convendría señalarlas en favor del principio de seguridad jurídica.

En otros casos, simplemente se emplean diferentes expresiones, sin indicar si se refieren a una misma situación o modelo, o a situaciones o modelos diferentes, como cuando se alude al «sistema de custodia compartida, conjunta o rotatoria»,¹⁷ sin más especificación.

También se ha empleado una serie de adjetivos que, si bien pueden tener un sentido en el contexto en el que se integran, crean confusión si comparamos la utilización que se hace de los mismos —o de alguno de ellos— en otros documentos. Así, en una misma sentencia se habla de guarda y custodia compartida, de ejercicio conjunto o cumulativo, y de ejercicio alterno: «la

11 El CCC también utiliza distinta terminología: el Preámbulo de la Ley 25/2010 se refiere indistintamente al «carácter compartido» y al «carácter conjunto» de las responsabilidades parentales; el artículo 233-8.1 dispone que las responsabilidades parentales «mantienen el carácter compartido y, en la medida que sea posible, se han de ejercer conjuntamente»; el artículo 233-10. 2 alude al «carácter conjunto de las responsabilidades parentales»; los artículos 233-20. 3. a), y 234-8. 2. b) se refieren a la guarda «compartida o distribuida»; el artículo 236-8 lleva como título «Ejercicio conjunto de la potestad parental»; el artículo 236-12. 1 se refiere al «ejercicio de la potestad parental» «distribuido», y la Disposición Adicional Sexta. 3 alude a la guarda «compartida».

12 SAPG 25-febrero-2001 (JUR 2001, 1827).

13 STSJC 3-marzo-2010 (RJ 2010, 4016), FD 1º, 4.

14 SAPB 14-diciembre-2012 (JUR 2012, 21752), FD 1º.

15 SAPB 13-diciembre-2012 (JUR 2012, 22816), FD 2º.

16 SSTSJC 16-diciembre-2011 (RJ 2012, 2766), FD 3º, 4; 3-marzo-2010 (RJ 2010, 4016), FD 3º; 5-septiembre-2008 (RJ 2009, 1449), FD 3º, 4; 31-julio-2008 (RJ 2009,643), FD 4; SAPB 10-noviembre-2011 (JUR 2012, 26267), FD 3º.

17 STSJC 31-julio-2008 (RJ 2009, 643), FD 6º.

guarda y custodia compartida es el instrumento más adecuado y eficaz para satisfacer el interés de los dos menores (...) ambos padres son igualmente capaces de asumir su cuidado (...), que cada uno de ellos está en condiciones de ejercer —ya que no conjuntamente, al menos cumulativamente, cada uno por su cuenta— sobre ellos una influencia beneficiosa (...) —si bien de forma alterna—¹⁸

En otras ocasiones, no solo se relacionan lo que se considera modelos diferentes de guarda compartida, sino que también se establecen sus diferencias, de manera más o menos acertada. Así, se afirma que «no tiene nada que ver la custodia compartida, basada en la coparentalidad responsable, con la custodia por periodos repartidos, caso al que se refiere la sentencia del Tribunal Constitucional núm. 4/2001 de 15 de enero, puesto que el contenido semántico del verbo repartir es muy distinto del de compartir»¹⁹ o que «En realidad, lo que se propone por el padre al postular que cada semana permanezcan los menores bajo la guarda y custodia de uno de los progenitores, no constituye, propiamente hablando, una guarda y custodia compartida, sino una guarda y custodia alternativa».²⁰

2. EN EL CCC

Por su parte, el CCC, en su Preámbulo III, c) sí establece una clara diferencia entre las responsabilidades parentales, o contenido de la potestad parental, y la guarda del menor. La coparentalidad o titularidad de la potestad parental la mantienen siempre ambos progenitores, excepto que exista privación (arts. 236-1, 236-6 CCC). Las responsabilidades parentales son los derechos/deberes que integran la potestad parental, que ambos progenitores titulares comparten siempre (art. 236-2 CCC), excepto que exista suspensión (arts. 236-5.2, 236-10 CCC), delegación de funciones (arts. 236-9, 236-11 CCC), imposibilidad ausencia o incapacidad para ejercerlas, o decisión judicial en este sentido (arts. 236-10, 236-13 CCC).

Según el Preámbulo de la Ley 25/2010 la coparentalidad en interés del hijo demanda el ejercicio de las responsabilidades compartidas. Pero, a mi juicio y en cierto sentido, en el mismo Preámbulo se identifica el conjunto de las responsabilidades parentales con la guarda, como vía directa de ejercicio de las mismas, al argumentar en que «Se estima que, en general, la coparentalidad y el mantenimiento de las responsabilidades parentales compartidas reflejan materialmente el interés del hijo en continuar manteniendo una relación estable con los dos progenitores (...) Esto no impide, sin embargo, que la autoridad judicial haya de decidir de acuerdo con las circunstancias de cada caso y en función del interés concreto de los hijos. Es por esto que el libro segundo proporciona una serie de criterios que se han de ponderar conjuntamente para determinar el régimen y la manera de ejercer la guarda».

18 STSJC 3-marzo-2010 (RJ 2010, 4016), FD 2º, 3.

19 APB 13-febrero-2007 (JUR 2007, 204890), FD 4º.

20 SAPG 10-diciembre-2009 (JUR 2010, 85510), FD 2º.

Por otra parte, y tanto respecto a las responsabilidades parentales como a la guarda, el CCC se refiere indistintamente con los adjetivos «compartida», «distribuida» o «conjunta», cuando entre estos modelos pueden encontrarse algunas diferencias. Lo anterior se concreta en el Preámbulo de la Ley 25/2010, que se refiere indistintamente al «carácter compartido» y al «carácter conjunto» de las responsabilidades parentales; en el artículo 233-8.1, que dispone que las responsabilidades parentales «mantienen el carácter compartido y, en la medida que sea posible, se han de ejercer conjuntamente»; en el artículo 233-10. 2, que alude al «carácter conjunto de las responsabilidades parentales»; en los artículos 233-20. 3. a), y 234-8. 2. b), que se refieren a la guarda «compartida o distribuida»; en el artículo 236-8, que lleva como título «Ejercicio conjunto de la potestad parental»; en el artículo 236-12. 1, que se refiere al «ejercicio de la potestad parental» «distribuido», y en la Disposición Adicional Sexta. 3 de la Ley 25/2010, que alude a la guarda «compartida».

En cambio, el art. 233-1.1, a) CCC, sobre medidas provisionales, no se refiere a la guarda sino a «La determinación de la manera en que los hijos han de convivir con los padres y han de relacionarse con aquel de ellos con el que no esté conviviendo». La no utilización del término guarda para referirse a la situación contemplada no está justificada, aunque en ese momento procesal no se haya decidido todavía sobre cómo va a ejercerse en el futuro, dado que también en ese momento la función de guarda sigue siendo una responsabilidad que compete a ambos progenitores.

No obstante, el CCC no limita los posibles modelos de ejercicio de la guarda a la forma compartida, conjunta o distribuida, al margen de cuales sean sus respectivos contenidos y diferencias, sino que, por el contrario, admite cualquier modalidad, según el caso, siempre atendiendo al prevalente interés del menor. Así, el Preámbulo de la Ley 25/2010 declara que «Sin imponer una modalidad concreta de organización, alienta a los progenitores, tanto si el proceso es de mutuo acuerdo como si es contencioso, a organizar por sí mismo y responsablemente el cuidado de los hijos con ocasión de la ruptura»; aspecto en el que se incide en el artículo 233-9. 2, a) del CCC, que obliga a los progenitores a concretar en las propuestas de plan de parentalidad las «reglas que permitan determinar a cuál de los progenitores corresponde la guarda en todo momento»; y en el artículo 233-11, cuyo título «Criterios para determinar el régimen y la manera de ejercer la guarda» ya indica que pueden existir tantos modelos como situaciones.

En consecuencia, podría decirse que la expresión «guarda compartida», como opuesta a la de «guarda individual», es genérica y susceptible de integrar tantos modelos como formas diferentes de organización se crean convenientes. Esto es, la guarda compartida admite múltiples variaciones en su forma de ejercicio, casi tantas como supuestos, dado que es una función que necesariamente ha de adaptarse a la situación de hecho a la que en concreto se refiera, atendiendo al preferente interés de los hijos afectados por la misma. Ello no impide, sin embargo, que ante la similitud de ciertas situaciones puedan extraerse elementos comunes, que permitan agrupar o diferenciar con terminología propia algunas de las formas más habituales, algunos de los modelos de ejercicio de la guarda compartida.

3. A LA BÚSQUEDA DE LA TERMINOLOGÍA AJUSTADA

Como antes se ha indicado, los jueces y tribunales no suelen dar un concepto de lo que deba entenderse por guarda individual o por guarda compartida. Incluso, en muchas ocasiones, la guarda individual se ha identificado con el ejercicio casi absoluto del contenido de la potestad parental por parte de aquél en quien se estima. Tampoco el CCC nos da un concepto expreso de guarda compartida o conjunta, o distribuida, aunque su sentido y finalidad pueda fácilmente extraerse del conjunto de su regulación.

Son muy pocas las sentencias catalanas que aportan una definición de guarda compartida. Un concepto, quizás excesivamente amplio y no en todo exacto, es el que encontramos repetido en algunas sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona: «La custodia compartida no es otra cosa que aquella modalidad de ejercicio de la responsabilidad parental, tras la crisis de la relación de pareja, en la que, ambos progenitores están capacitados para establecer una relación viable entre ellos, basada en el respeto y en la colaboración, con el objeto de facilitar a los hijos comunes la más frecuente y equitativa comunicación con ambos progenitores, y de distribuir de forma justa y proporcional la atención de las necesidades materiales de los hijos».²¹ Esta definición no resulta del todo exacta, a mi juicio, en el sentido que la custodia de los progenitores es siempre compartida en tanto se mantenga en ambos la titularidad y el ejercicio de la potestad parental. Es decir, la guarda no sólo puede ser compartida por los progenitores cuando estos no conviven, o «tras la crisis de la relación de pareja», sino que también lo es durante la convivencia. Por otra parte, como ha sido reiteradamente establecido por la jurisprudencia,²² el establecimiento de un régimen de guarda compartida no precisa la existencia de una «buena relación entre los progenitores»; lo que requiere es que, al margen de su relación personal, ambos sean capaces de compartir, en la forma que prefieran pero siempre en interés de menor, el ejercicio de las responsabilidades parentales, colaborando en todo aquello que resulte necesario para mantener la estabilidad del menor y su correcto desarrollo. Es decir, la «relación viable» a la que se refiere la sentencia que ahora se comenta ha de ser la que permita compartir de forma idónea la guarda, en beneficio del hijo, sea cual sea la relación que los progenitores mantengan entre sí al margen de esta finalidad.

Una aproximación, quizás algo escueta, es la que considera que «cuando se alude a la custodia compartida, nos estamos refiriendo a un sistema de alternancia o reparto de tiempos y estancias de los hijos con cada uno de sus padres, o sea, cuando se resuelve sobre la custodia, lo que se está decidiendo

21 SAPB 13-diciembre-2011 (JUR 2012, 22816), FD 3º; Igualmente, SSAPB 16-julio-2009 (JUR 2009, 493133), FD 2º; 13-febrero-2007 (JUR 2007, 204890), DF 4º; 12-enero-2007 (JUR 2007, 178637), DF 2º.

22 Entre otras muchas, SSTSJC 8-marzo-2010 (RJ 2010, 4018), FD 2º; 3-marzo-2010 (RJ 2010, 4016), FD 1º, 1; 25-junio-2009 (JUR 2010, 2369), FD. 2º. AATSJC 19-abril-2012 (RJ 2012,6135), FD 3º; 16-abril-2012 (JUR 2012, 256334), FD 3º; 27-septiembre-2012 (RJ 2011, 119), FD 2º; 11-abril-2011 (RJ 2011, 3964), FD 3º; SSAPB 14-febrero-2012 (JUR 2012, 118391), FD 3º; 14-diciembre-2011 (JUR 2012,21752) FD. 2º; SAPG 11-mayo-2011 (JUR2011, 294161), FD 5º; SAPLL 15-marzo-2012 (JUR 2012, 158304), FD. 22º; SAPT 3-mayo-2011 (JUR 2011, 177), FD. 4º.

es con que progenitor vivirá el niño en cada momento».²³ Es cierto que el establecimiento de la guarda compartida requiere la fijación de «los tiempos y estancias», los periodos o momentos en que cada progenitor va a tener consigo a sus hijos. Pero el establecimiento de la guarda compartida demanda, además, que se determine sus consecuencias, esto es, cómo han de ejercitarse la función de guarda así como el resto de las facultades contenidas en la potestad parental, por lo que no debe limitarse a decidir «con que progenitor vivirá el niño en cada momento».

En torno al concepto y la terminología de la guarda compartida resulta de sumo interés el razonamiento de la Audiencia Provincial de Girona.²⁴ La Audiencia destaca que «cuando el legislador y los tribunales se refieren a la guarda y custodia o a la guarda y custodia compartida, no indican las consecuencias que conlleva ello, y en toda la regulación de la patria potestad, la guarda y custodia no es más que un aspecto de aquella». Pone de relieve, también, que habitualmente, cuando a uno de los progenitores se le atribuye la guarda de su hijo se da a entender que en la práctica será ese progenitor quien ejercerá todas las funciones inherentes a la potestad, mientras que el otro progenitor quedará prácticamente «relegado a un simple padre que en determinadas ocasiones puede visitar a sus hijos y si acaso a decidir sobre cuestiones más trascendentes para su hijo». Se estima que lo anterior es completamente erróneo, dado que cuando ese progenitor «tiene a su hijo lo que hace es ejercer la guarda y custodia del mismo, es decir, es el momento en el que lo tiene en su compañía, le indica las pautas educativas, lo alimenta de forma efectiva y le ayuda en todas sus actividades y necesidades, en definitiva, está ejerciendo plenamente la patria potestad». Con ello, lo que la Audiencia indica es que la guarda es siempre compartida, y lo es incluso en aquellos casos en los que se atribuya una llamada «guarda individual» a uno de los progenitores y se establezca un régimen de visitas respecto del otro.

Por lo anterior, la Audiencia de Girona considera que procede «la superación de tales conceptos y su sustitución por el término de guarda y custodia compartida, o incluso podría sin más suprimirse toda referencia a la guarda y custodia, para hablar de periodos de permanencia o de guarda que deberán estar los hijos con un progenitor y con el otro». Añade que el cambio es conveniente y necesario, y que la terminología propuesta debe utilizarse de manera generalizada, en cualquier supuesto, dado que en realidad nunca existe una «guarda individual» en favor de uno de los progenitores y un simple «derecho de visitas» en favor del otro, aunque el tiempo de estancia con cada uno de los progenitores no sea igualitario, salvo en situaciones marginales de estancias muy restringidas con uno de los progenitores. Se entiende que «con ello también se evitarían las disputas durante el proceso sobre la atribución de la guarda y custodia». No obstante, la Audiencia reconoce que «siempre podrá

23 SAPB 20-febrero-2007 (JUR 2007, 101427), FD 3°.

24 SAPG 19-octubre-2011 (JUR 2011, 412121), FD 3°. Igualmente, SSAPG 16-febrero-2001 (JUR 2011, 145280), FD 3°; 26-mayo-2011 (JUR 2011, 292973); 12-junio-2012 (JUR2012, 261966), FD 2°; 20-junio-2012 (JUR 2012, 260836), FD 2°; 29-junio-2012 (AC 2012, 1356), FD 2°; 26-julio-2012 (JUR 2012, 290898); 20-marzo-2012 (JUR 2012, 151311) FD 2°; 6-noviembre-2012 (JUR 2013, 12645), FD 2°; 8-noviembre-2012 (JUR 2013, 12391), FD 2°; 26-noviembre-2012 (JUR 2013, 29549), FD 2°; 17-diciembre-2012 (JUR 2013, 34867), FD 3°.

hablarse de guarda y custodia compartida, a fin de evitar la marginación de un progenitor frente al otro en las decisiones que afectan a los hijos. En resumen, lo que la Audiencia entiende es que «la guarda debe ser compartida, pero, en el sentido de que esa guarda lo que significa es que ambos progenitores tiene los mismos derechos y las mismas obligaciones respecto de los hijos, lo cual no significa o supone que los periodos de estancias que los padres deban tener con sus hijos sean igualitarias, sino que habrá de estarse a cada caso concreto y en atención a los criterios que el legislador establece y, lógicamente, a cualquier otro relevantes para el mejor bienestar del hijo».

De lo considerado hasta el momento se desprende, a mi juicio, que la utilización de las expresiones «guarda compartida» y «guarda individual» —o asimiladas en ambos casos— no se corresponde con el sentido que habitualmente se les ha dado, ni por parte de la jurisprudencia ni por parte del legislador.²⁵ Es decir, en la gran mayoría de supuestos no puede hablarse, en puridad, de guarda individual. Excepto en casos muy extremos o marginales, la guarda es siempre compartida por ambos progenitores, con independencia de que los periodos de permanencia de cada uno de ellos con sus hijos sean o no más o menos igualitarios, porque a ambos les corresponde el ejercicio de la potestad parental, en todo su contenido, y ambos son igualmente responsables.

Como consecuencia, si se considera conveniente mantener las expresiones «guarda compartida» o «guarda y custodia compartida» ha de hacerse con el conocimiento y el convencimiento de que se refieren al modelo de guarda que mejor preserva y garantiza la igualdad entre los progenitores respecto al ejercicio de las responsabilidades parentales en su conjunto, especialmente por lo que se refiere a la convivencia con sus hijos, pero teniendo en cuenta que la función de guarda es siempre compartida.

En definitiva, en la gran mayoría de supuestos, los progenitores no solo comparten la guarda de sus hijos menores mientras conviven, sino también cuando no conviven tras la nulidad del matrimonio, la separación judicial, el divorcio o la disolución de la pareja estable. Esta guarda compartida ha de adaptarse necesariamente a la concreta realidad familiar, por lo que, ante la falta de convivencia de los progenitores, deberá establecerse el régimen de ejercicio que en cada caso se considere más conveniente para el interés del menor, especialmente a través de la determinación de los periodos en los que a cada uno de los progenitores les corresponda tenerlos en su compañía. Y dado que en realidad la cuestión no estriba en determinar el carácter individual o compartido de la función de guarda, sino el régimen de permanencia de los hijos con cada uno de sus progenitores o, simplemente, el régimen de guarda, sería conveniente acuñar alguna de estas expresiones o cualquier otro término que se considere ajustado.

25 Como ejemplo, se cita el párrafo contenido en la letra a) del artículo 233-9.1 CCC, relativo al plan de parentalidad, que se refiere a la concreción de «las reglas que permitan determinar a qué progenitor corresponde la guarda en cada momento».

