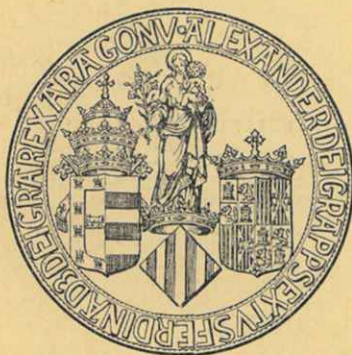


ANALES DE LA UNIVERSIDAD DE VALENCIA

DR. FRANCISCO VIVES VILLAMAZARES
PROFESOR ADJUNTO DE DERECHO PROCESAL

LA GUARDA DE LOS HIJOS EN
LA SEPARACIÓN MATRIMONIAL
DE HECHO



VOL. XXIX - CURSO 1955-56
FASCICULO II - DERECHO

ANALES DE LA UNIVERSIDAD DE VALENCIA

Edita el Secretariado de Publicaciones, Intercambio Científico y Extensión Universitaria.

Aparece cada curso un volumen que comprende fascículos correspondientes a las distintas Facultades.

DIRECCIÓN:

Magnífico y Excmo. Sr. Rector de la Universidad.
Ilmo. Sr. Decano de la Facultad de Filosofía y Letras.
Ilmo. Sr. Decano de la Facultad de Ciencias.
Ilmo. Sr. Decano de la Facultad de Derecho.
Ilmo. Sr. Decano de la Facultad de Medicina.

CONSEJO DE REDACCIÓN:

ILMO. SR. PROF. JOSÉ SANTA CRUZ TEJEIRO, Director del Secretariado.

VOCALES:

PROF. PABLO ÁLVAREZ RUBIANO, de la Facultad de Filosofía y Letras.
PROF. ENRIQUE COSTA NOVELLA, de la Facultad de Ciencias.
PROF. ANTONIO LLOMBART RODRÍGUEZ, de la Facultad de Medicina.
PROF. ADOLFO MIAJA DE LA MUELA, de la Facultad de Derecho.
PROF. MANUEL C. DÍAZ Y DÍAZ, Secretario del Secretariado.

Dirección para canje y obtención de publicaciones: SECRETARIADO
DE PUBLICACIONES, INTERCAMBIO CIENTÍFICO Y EXTENSIÓN UNIVERSITARIA.
Universidad de VALENCIA.
(España)

FRANCISCO VIVES VILLAMAZARES

LA GUARDA DE LOS HIJOS EN LA
SEPARACIÓN MATRIMONIAL DE HECHO

ANALES DE LA UNIVERSIDAD DE VALENCIA

DR. FRANCISCO VIVES VILLAMAZARES
PROFESOR ADJUNTO DE DERECHO PROCESAL

LA GUARDA DE LOS HIJOS EN
LA SEPARACIÓN MATRIMONIAL
DE HECHO



VOL. XXIX - CURSO 1955-56
FASCICULO II - DERECHO

I. CONSIDERACIONES GENERALES (*)

El problema que va a ser objeto de desarrollo en este trabajo, es el de determinar, en el caso de producirse una separación matrimonial de hecho, en poder de qué cónyuge han de quedar los hijos menores, en especial cuando éstos son de corta edad.

También se examinará la cuestión del derecho de comunicación del padre o madre, con los hijos que no tenga bajo su guarda, materias ambas que no han sido hasta hoy estudiadas por nuestros civilistas.

A primera vista parece lógico pensar que en el matrimonio se den sólo dos hipótesis: la del desenvolvimiento normal de las relaciones que lo integran, o por el contrario, los procedimientos judiciales de separación y nulidad. Mas sin embargo, hay una tercera posibilidad cuya existencia es innegable: la de la separación matrimonial de hecho (1).

(*) Durante el Curso 1954-1955, estuvimos encargados del desempeño de una Cátedra de Doctorado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Valencia. El cursillo monográfico explicado, versó sobre "La vigilancia jurisdiccional de la patria potestad". La presente publicación no es sino el desarrollo de una de las lecciones de aquél programa.

(1) Sobre la separación matrimonial de hecho, pueden verse los siguientes estudios: Gómez de Laserna. *De la prestación de alimentos por el marido a la mujer separada de él*. "Rev. de Leg. y Jur." Tomo XXII. 1863. Pág. 59.

Francisco Ruy Pérez. *De la vida real del derecho. Sobre transacción o terminación de un juicio ordinario seguido entre cónyuges*. "Rev. de los Trib.", 1926, pág. 357.

Separación amistosa entre cónyuges: Efectos. Por la Redacción de dicha Revista. 1931. Pág. 342.

Tomás Ogayar. *La separación de hecho de los cónyuges como causa de divorcio*. La misma Revista. 1933, pág. 233.

Ramón Faus Esteve. *La separación de hecho en el matrimonio*. "Anales de la Academia Matritense del Notariado". 1944. Tomo II.

Alejandro Santamaría Rojas. *La autoridad marital en la vida*. Publicado en los citados "Anales". 1950. Tomo V.

Roca Sastre, con la colaboración de Puig Brutau, *La separación de hecho en el matrimonio*. Contestaciones de Derecho Civil para oposiciones entre Notarios. 1946.

Castán, y Puig y Peña, en sus Tratados de Derecho Civil, que más adelante serán citados, aluden de modo muy sucinto a esta materia.

Sin embargo, ninguno de los autores referidos examina el importantísimo problema de la guarda de los hijos.

Esta situación es evidentemente anormal, y pudiéramos decir ilegal, y pugna con los fines esenciales del matrimonio. En efecto: impide la procreación de los hijos; dificulta notablemente la educación de los mismos; hace imposible el mutuo auxilio de los cónyuges, al romper la convivencia; y lejos de ser remedio contra la concupiscencia, la fomenta y favorece (2).

Por ello precisamente, cualquiera de los cónyuges separados de hecho, puede hacer cesar tal estado ilegal, promoviendo el oportuno pleito de separación judicial.

Podrían eliminarse los problemas que origina la separación matrimonial de hecho, no admitiendo ni ante los Tribunales de Menores, ni ante los ordinarios, reclamación alguna de las que van a ser objeto de estudio en este trabajo, si los padres no plantean previamente a toda otra petición, la demanda de separación ante los Tribunales competentes, pero esta solución equivaldría a desconocer la realidad, y perjudicaría notablemente a las clases humildes y económicamente débiles, para quienes un pleito de separación es poco menos que inasequible, pese al beneficio de pobreza. Prueba de ello es que en otros países, como por ejemplo en Francia y Alemania, la jurisprudencia ha tenido que proveer, como luego veremos, a dar solución a estas situaciones.

Por otra parte, no es conveniente fomentar el planteamiento de separaciones judiciales que por regla general suelen abrir abismos insondables entre los cónyuges, siendo mucho más probable, que la mera separación de hecho constituya un estado transitorio, que permita con mayor facilidad la reanudación de la vida matrimonial.

Es lo cierto pues, que dicha situación se da desgraciadamente con harta frecuencia, y que no pueden cerrarse los ojos ante la importante cuestión no sólo familiar sino incluso social, que plantea la guarda de los hijos.

De no admitir esta realidad, ¿cómo explicar los miles de casos en que una madre acude al Tribunal de Menores pidiendo la suspensión del derecho del padre, esto es, su cónyuge, a la guarda y educación de los hijos del matrimonio? ¿Existiría el problema que planteamos si los padres estuviesen

(2) Canon 1.012 del Código Canónico. La procreación y educación de la prole, es el fin primario del matrimonio; la ayuda mutua y el remedio de la concupiscencia, es su fin secundario.

No hay que olvidar que los cánones 1.129 y 1.131 de dicho Código, permiten al cónyuge inocente, constituir por su "propia autoridad" un estado canónicamente válido de separación de hecho.

sometidos a diligencias previas o pleito sobre separación matrimonial? ¿No es una mujer casada, separada de hecho de su esposo, la que con reiterada frecuencia pide dicha suspensión?

Podrá ocurrir que una madre sujeta a pleito o sentencia de separación, y por tanto no separada de hecho, pida al Tribunal de Menores la suspensión de la guarda reconocida al padre por la jurisdicción ordinaria: pero tales hipótesis se dan muy escasas veces.

En muchas ocasiones, la separación de hecho es consecuencia de la desaparición del marido, después de haber observado una conducta indigna con la mujer y los hijos; y la madre que comparece ante el Tribunal de Menores, pidiendo la suspensión del derecho de guarda del ausente, lo hace, no tanto por el temor a la posible y ulterior reclamación paterna, sino por tener legalmente una guarda sobre sus hijos, que le había de ser más difícil y costosa alcanzar en un procedimiento de declaración de ausencia, o de separación judicial, en rebeldía del esposo, e incluso en un procedimiento penal por delito de abandono de familia.

Por último, cuando en pleito matrimonial es desestimada la demanda de separación y los cónyuges no reanudan la convivencia, nos encontramos ante una modalidad interesantísima de separación de hecho.

En definitiva: ¿qué es más fácil y sencillo? ¿Que un padre inocente consiga la guarda del hijo después de obtener en pleito de separación matrimonial el pronunciamiento de cónyuge culpable de aquél que lo tiene en su poder, o prescindir de dicho pleito y obtener ante un Tribunal de Menores dicha guarda, en virtud de suspensión del derecho de quien la ejerce indignamente? ¿Cuál de los dos caminos se recorrerá con mayor rapidez y menor gasto? ¿El del pleito de separación judicial, o el del expediente de suspensión del derecho de guarda y educación *planteado desde la posición de separación de hecho?* (3).

Por otra parte no hay que olvidar que las peticiones que los separados de hecho formulen con respecto a la guarda de los hijos, no siempre se basarán en la indignidad paterna o materna, y consiguiente suspen-

(3) Puede presentarse el problema de que una madre separada de hecho, que haya obtenido del Tribunal de Menores la suspensión del derecho del padre a la guarda y educación del hijo, sea obligada legalmente por su esposo a reintegrarse al domicilio conyugal, con lo que la suspensión prácticamente resultaría ineficaz. La manera de salvar este grave inconveniente, consistiría en plantear inmediatamente el depósito de mujer casada y subsiguiente separación judicial.

sión del derecho de quien la ejerza, pues ocurrirá en muchos casos que siendo ambos padres igualmente dignos, discutan sobre su mejor derecho a la guarda de los hijos, lo cual como veremos más adelante, no competirá a los Tribunales de Menores, sino a los ordinarios, y en su caso, a las autoridades gubernativas.

En conclusión: cuando los padres separados de hecho discuten acerca de a quién corresponde la guarda de los hijos, pueden darse dos hipótesis:

- a) Que uno de ellos sea indigno de ejercerla, o que lo sean los dos.
- b) Que ambos cónyuges sean dignos, pero que no puedan convivir por diferentes motivos que no afecten a su honorabilidad, tales como la simple incompatibilidad de caracteres.

Pues bien: en el primer caso, habrá que seguir o el camino de la separación judicial, o el del expediente ante el Tribunal de Menores o pleito de suspensión de patria potestad, ante los Tribunales ordinarios (4).

En cambio en la segunda hipótesis, esto es, cuando no existe indignidad, serán los competentes para resolver sobre el mejor derecho a la guarda del hijo, como ya hemos dicho, los tribunales ordinarios o las autoridades gubernativas, en su caso.

No hacemos en esta introducción, sino esbozar una serie de cuestiones que en capítulos sucesivos tendrán su adecuado desarrollo y con la finalidad de que desde el primer momento se puedan captar fácilmente los problemas objeto de esta publicación.

No hay que olvidar tampoco que una cosa es la relación conyugal, objeto de discusión en el pleito de separación, y otra la paterno-filial, motivo de un expediente de suspensión de derecho de guarda, o de un pleito de suspensión de patria potestad.

Es posible, teóricamente, admitir que un mal marido sea un buen padre, y por el contrario, que un buen esposo obre indignamente con sus hijos, pero difícilmente la realidad ofrecerá casos de esta naturaleza.

Lógicamente, contra el buen padre y mal marido, no procederá otra cosa que el pleito de separación, y en cambio, contra el buen esposo y padre indigno, parece tendría cauce más fácil el expediente o pleito de suspensión de guarda o patria potestad, y no el pleito matrimonial.

Hacemos pues la distinción, pero plenamente convencidos de que se trata de una sutileza jurídica.

(4) Según que la edad del hijo sea inferior o superior a los diez y seis años.

LA GUARDA DE LOS HIJOS

Durante muchos años, en nuestra actuación en el Tribunal de Menores de Valencia, hemos vivido estas situaciones, y precisamente la contemplación y meditación sobre ellas, nos ha llevado a escribir estas líneas.

Las cuestiones planteadas serán examinadas dentro de los principios y normas vigentes en el derecho español, y sólo circunstancialmente haremos alguna breve referencia al derecho extranjero.

También aludiremos de modo sucinto, al problema de la guarda de los hijos naturales, y a este mismo problema en los casos de separación matrimonial de derecho o judicial, ya que se trata de materias cuyo estudio previo ayuda considerablemente a dar solución a lo que es objeto básico de este trabajo.

Las dificultades que surgen para dar adecuada y total solución a las complejas cuestiones que van a ser comentadas seguidamente, determinan que esta publicación no tenga otra finalidad que la de servir de punto de partida a ulteriores y más profundos estudios sobre la materia.

II. BREVE REFERENCIA A LA GUARDA DE LOS HIJOS NATURALES

La cuestión más importante en este aspecto, es la de si la patria potestad sobre los hijos naturales debe corresponder al padre y en su defecto a la madre, tal como lo expresa taxativamente el Código Civil, o si debe ejercerla el que en primer lugar haya efectuado el reconocimiento. Este problema fue resuelto por el Tribunal Supremo en favor del padre, aún en el caso de reconocimiento impuesto por sentencia judicial. (Sent. 16 junio 1900).

Sin embargo, hay que tener presente el importantísimo Decreto de 2 de junio de 1944 sobre abandono y reconocimiento tardío de hijos naturales, que dispone en su artículo 8.º que cuando el reconocimiento de un hijo natural se verifique por documento auténtico, que no sea el acta de nacimiento del Registro Civil o el testamento o *que tenga lugar por virtud de sentencia judicial* para que el padre natural entre a ejercer el derecho a la guarda y educación del menor, precisará que se le autorice para ello por el Tribunal Tutelar de Menores; y que si este estimare que el padre es indigno de ejercerlo deberá decretar la suspensión de su derecho a la guarda y educación del hijo (5).

También debe mencionarse el artículo 83 del Reglamento de Tribunales

(5) Sobre esta materia pueden verse nuestros comentarios al referido Decreto con el título *El abandono y el reconocimiento tardío de hijos naturales*. (Tip. Quiles. Valencia. 1945) y cuyos comentarios van precedidos de la Ponencia que presentamos a la Asamblea General de la Unión Nacional de Tribunales Tutelares de Menores, celebrada en Sevilla en 1943, y que provocó la promulgación de la referida disposición. Este Decreto, ha pasado casi inadvertido para muchos, pues su título "Por el que se instituye un Patronato especial del Consejo Superior de Protección de Menores, sobre los hijos de padre y madre desconocidos, estableciendo reglas para su más eficaz funcionamiento", parecía indicar que su contenido era solamente administrativo, cuando en verdad, se refiere además, a materias típicamente de derecho civil.

Tutelares de Menores de 11 de junio de 1948, que faculta a estos organismos con relación a los hijos naturales, para suspender en sus derechos de patria potestad al padre o a la madre *cuando el reconocimiento se verifique en forma que pueda atentar a los derechos del menor o a los intereses superiores de orden público que la Obra de Protección de Menores tiene encomendada*, o se les considere indignos de ejercer su derecho a la guarda y educación del menor.

Como ya hemos dicho que no pretendemos profundizar en este aspecto, sólo nos limitamos a poner de manifiesto la imprecisión de las mencionadas disposiciones, como así mismo, a preguntarnos si preceptos tan importantes como los transcritos, y que realmente modifican los correspondientes artículos del Código civil, han podido darse a través de un Decreto y de un Reglamento.

Las legislaciones extranjeras, son de una mayor claridad en la regulación de esta materia.

El Código civil francés (6) en su artículo 383, reformado por Ley de 2 de julio de 1907, concede el ejercicio de la patria potestad al padre o madre que primero haya reconocido, y en caso de reconocimiento simultáneo, al padre. Ello no obstante, los Tribunales pueden, *si el interés del menor lo exige*, confiar la patria potestad al padre o madre a quien no le corresponda según dicho precepto.

El Código civil italiano (7) en su artículo 260, sigue un criterio parecido al de nuestro Código, dando primacía a la patria potestad del padre; mas sin embargo, también como el Código civil francés, faculta a los Tribunales para *en interés del hijo*, conceder a la madre la patria potestad, pudiendo limitar el ejercicio de este derecho y llegando a excluir en casos graves, a uno o a los dos padres.

Por último, el Código civil alemán (8) reconoce a la madre el derecho y el deber de cuidar de la persona del hijo natural aunque no le concede la patria potestad, ya que en esta hipótesis, se procede al nombramiento de un tutor que tiene la cualidad de Consejero.

Resulta interesantísimo el contenido de los artículos 1.705 a 1.718 del Código civil alemán, que regulan la "Posición jurídica de los hijos naturales" en términos muy favorables para estos y para la madre.

(6) Dalloz. *Code civil*. París. 1955.

(7) Franchi-Feroci. *Codice civile*. Hoepli. Milano. 1949.

(8) Información Jurídica. Madrid. Diciembre. 1953.

LA GUARDA DE LOS HIJOS

En conclusión, entendemos, que los preceptos del Decreto de 2 de junio de 1944 y del artículo 83 del Reglamento de Tribunales de Menores antes citados, deberían ser llevados al Código civil español debidamente perfeccionados, y en términos parecidos a los de los Códigos que acabamos de mencionar.

Todo lo anteriormente expuesto, es de gran importancia para ayudar a resolver el problema que planteamos en este estudio, toda vez que la situación del hijo natural reconocido, cuyos padres por regla general no viven juntos, tiene gran semejanza con la situación de los hijos legítimos en los casos de separación de hecho de sus padres.

Interesa destacar especialmente, que en la regulación legal de la guarda de los hijos naturales menores, cuya patria potestad corresponde como regla general al padre, como acabamos de ver, no influye la edad de los mismos, a diferencia de lo que ocurre en la separación judicial, que examinaremos seguidamente. De todas formas, ¿podría el padre arrebatar a una madre natural su hijo, durante el período de la lactancia materna? No contestamos a esta pregunta, que será estudiada más adelante con respecto a los hijos legítimos.

III. LA GUARDA DE LOS HIJOS EN LA SEPARACIÓN JUDICIAL

Como otro antecedente más, nos referiremos de modo breve al problema que encabeza el presente título.

Cuando se trata de separación judicial, aparece claro el criterio legal sobre la guarda de los hijos, porque el legislador ha regulado con detalle esta materia.

En efecto; la Ley de Enjuiciamiento Civil, al tratar "De los depósitos de personas", establece con respecto a los de mujer casada y para los casos de demandas de divorcio, querellas de amancebamiento y adulterio y acciones de nulidad de matrimonio, previstos en los números 1.º y 2.º del artículo 1.880, que "si hubiere hijos del matrimonio, mandará el Juez que queden *en poder de la madre los que no tuviesen tres años cumplidos, y los que pasen de esta edad, en poder del padre*, hasta que en el juicio correspondiente se decida lo que proceda". (Art. 1887) (9).

Por su parte, el Código Civil se limita a establecer en su artículo 68, que interpuestas y admitidas las correspondientes demandas de nulidad de matrimonio y divorcio, y mientras dure el juicio, *serán puestos los hijos al cuidado de uno de los cónyuges o de los dos según proceda*.

La interpretación de este precepto ha sido dispar (10) pues mientras Manresa y De Diego entienden que procede la aplicación del artículo 1887 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en la forma que acabamos de exponer, Sánchez

(9) V. Lluís afirma en la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, julio-agosto de 1955, pág. 96 y siguientes; que aunque de hecho viviesen los cónyuges separados, no deja de ser procedente la separación legal, acompañada del depósito de la mujer, ya que la separación de hecho, como ilegal, no produce efectos jurídicos; y que así lo ha declarado la sentencia de 7 de marzo de 1927, no obstante lo que estableció la de 21 de marzo de 1907, referente a un caso especial.

(10) Castán. *Derecho Civil*. Sexta edición. Tomo III, pág. 719.

Román sugiere la aplicación de los artículos 70 al 73 del Código Civil, según se trate de nulidad o de divorcio (11).

Basándose en este artículo 68 del Código Civil, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha suavizado el rigor del principio general del artículo 1887 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, tan absoluto en sus términos, estableciendo que circunstancias especiales de los padres, pueden impedir a éstos realizar los distintos fines inherentes a la unidad de la vida matrimonial; y afirmando "que el n.º 4 del artículo 68 del Código Civil al estatuir que interpuestas y admitidas las demandas de divorcio se pongan los hijos *al cuidado de uno de los cónyuges o de los dos según proceda*, abrió un paréntesis tan oportuno como necesario para que la autoridad paterna respecto a esa convivencia, no se ejerza de una manera discrecional y arbitraria". (Sentencia de 26 de junio de 1916).

De todos modos, puede apreciarse que *la edad de los tres años*, es el criterio legal para determinar si los hijos han de quedar al cuidado de uno u otro cónyuge durante la tramitación del pleito.

Este criterio automático y simplista de atribuir la guarda del hijo según la edad, al padre o a la madre, parece lógico y natural, ya que al decretarse el depósito de mujer casada, el Juez actúa de plano, sin información ni juicio, y no tiene elementos adecuados para resolver con conocimiento de causa en orden a la conveniencia de los hijos. Podrá ocurrir, que por virtud de este automatismo, se atribuya la guarda de los hijos a un padre indigno,

(11) Art. 70.—Ejecutoriada la nulidad del matrimonio, *quedarán los hijos varones mayores de tres años al cuidado del padre y las hijas al cuidado de la madre*, si de parte de ambos cónyuges hubiese habido buena fe.

Si la buena fe hubiese estado de parte de uno solo de los cónyuges, quedarán bajo su poder y cuidado los hijos de ambos sexos.

Si la mala fe fuere de ambos, el Tribunal resolverá sobre la suerte de los hijos en la forma que dispone el párrafo segundo del número 2.º del artículo 73.

Los hijos e hijas menores de tres años estarán en todo caso, hasta que cumplan esta edad, al cuidado de la madre, a no ser que, por motivos especiales, dispusiere otra cosa la sentencia.

Art. 73.— La sentencia de divorcio producirá los siguientes efectos:

.....
2.º Quedar o ser puestos los hijos bajo la potestad y protección del cónyuge inocente.

Si ambos fueran culpables, se proveerá de tutor a los hijos, conforme a las disposiciones de este Código. Esto no obstante, si la sentencia no hubiera dispuesto otra cosa, *la madre tendrá a su cuidado en todo caso, a los hijos menores de tres años...*

pero el otro cónyuge, como cualquier ciudadano español, puede denunciar el caso a la jurisdicción de los Tribunales Tutelares de Menores, que suspenderá al mismo, si procede, la guarda judicial acordada en las diligencias de depósito.

El temor a conflictos jurisdiccionales, entre los Juzgados de Primera Instancia y los Tribunales de Menores, puede considerarse como descartado, después de las importantes resoluciones dictadas, resolviendo dichos conflictos a favor de los Tribunales de Menores. (R. O. de la Presidencia de 8 de mayo de 1926, y D. D. también de la Presidencia del Consejo de Ministros de 13 de mayo de 1933 y 21 de enero de 1936. En este mismo sentido podemos citar las sentencias de 5 de julio de 1951 y 6 de marzo de 1952, dictadas por la Sala Especial del Tribunal Supremo, encargada de dirimir competencias entre los Tribunales ordinarios y los de Menores) (12). Además, el párrafo 1.º del artículo 13 de la vigente Ley de Tribunales Tutelares de Menores de 11 de junio de 1948, es concluyente sobre el particular, al determinar que la facultad de suspender el derecho a la guarda y educación de los menores de dieciséis años, quedará exclusivamente encomendada a la competencia de los Tribunales de Menores (13).

No obstante los términos precisos del artículo 1887 antes citado, basado en la edad, la jurisprudencia con buen acuerdo, como dice Castán (14), se inclina, como hemos dicho, por un criterio de flexible arbitrio judicial más en armonía con las modernas orientaciones del derecho y el interés de los hijos (15).

(12) Aparecen publicadas en la *Revista de la Obra de Protección de Menores*, número 27, pág. 56, y núms. 29-30, pág. 68.

(13) Son frecuentes los casos de mujeres casadas y con hijos mayores de tres años, que no se atreven a plantear el depósito, por temor a perder la compañía de aquéllos, hasta que recaiga sentencia firme en el pleito de separación matrimonial.

Pues bien: si además de las causas de separación existen motivos para suspender a su cónyuge el derecho a la guarda y educación de los hijos, debe promover previamente el oportuno expediente ante el Tribunal de Menores, y después de obtener de éste la guarda de sus hijos, plantear seguidamente el depósito, en cuyo acto de constitución ante el Juzgado ordinario y exhibiendo la certificación del acuerdo del Tribunal de Menores, no perderá la guarda de los mismos, pese a ser estos mayores de tres años:

(14) Obra, tomo y página, antes citados.

(15) Son importantes y muy conocidas las sentencias de 9 de junio de 1909, 26 de junio de 1916 y 24 de junio de 1919, citadas por Castán y otras muchas que podríamos adicionar. Como no se trata de un trabajo de tipo exclusivamente forense, no transcribimos sus considerandos, pero la doctrina del Tribunal Supremo puede condensarse en orden al criterio de los tres años, en que esta "situación lejos de

Todo lo anteriormente expuesto se refiere a las medidas provisionales durante la tramitación de los correspondientes pleitos.

En definitiva, y una vez recaiga sentencia firme de separación, ya sea dictada por el Tribunal eclesiástico o por el civil ordinario, según que el matrimonio sea canónico o civil, los hijos conforme al n.º 2.º del artículo 73 del Código Civil, serán puestos bajo la potestad y protección del cónyuge inocente; y si ambos fueren culpables, se les proveerá de tutor; añadiendo el precepto citado, que “esto no obstante, si la sentencia no hubiera dispuesto otra cosa, *la madre tendrá a su cuidado, en todo caso, a los hijos menores de tres años*”. Este criterio es análogo al del último párrafo del artículo 70 del propio Código, referente a los efectos de la sentencia de nulidad de matrimonio, que dispone que “*los hijos e hijas menores de tres años estarán, en todo caso, hasta que cumplan esta edad al cuidado de la madre, a no ser que, por motivos especiales dispusiera otra cosa la sentencia*”.

Fácilmente puede apreciarse, y volvemos a destacarlo, que la edad de los tres años constituye en diferentes hipótesis señaladas en la ley, la base para determinar si los hijos han de quedar con la madre o con el padre (16).

La importancia que para el legislador español tiene este límite de edad de los tres años, queda demostrado además con el estudio de un problema complementario a que vamos a referirnos brevemente.

Se trata de determinar, si acordado el depósito de mujer casada y entregado el hijo a la madre por *ser menor de tres años*, debe pasar a poder del padre, al reclamarlo éste, *por haber cumplido dicha edad*.

Se ha afirmado, según un criterio, que si la madre formulaba oposición a la petición referida, el expediente de jurisdicción voluntaria en que se había adoptado la medida, se convertía en asunto contencioso, y que era necesario acudir al juicio ordinario de mayor cuantía, por no ser de aplicación el incidente regulado en el artículo 1897 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

ser inalterable puede ser discrecionalmente alterada por el juez cuando sobrevengan circunstancias que indiquen la procedencia de hacerlo en interés de los menores”, según ha establecido entre otras, la sentencia de 3 de marzo de 1950.

No se olvide que la jurisprudencia citada, se refiere a *situaciones interinas* mientras está en curso el pleito de divorcio.

(16) Sin perjuicio de este criterio fundamental, dispone el artículo 70 del Código Civil para la hipótesis de nulidad de matrimonio, que las hijas queden al cuidado de la madre, aunque pasen de los tres años, siempre que de parte de ambos padres haya habido buena fe.

LA GUARDA DE LOS HIJOS

Este criterio ha sido mantenido durante largo tiempo por el Tribunal Supremo. (Sentencias 6 junio 1884, 14 diciembre 1887, 25 junio 1896, 13 febrero 1909, 19 abril 1913 y 26 junio 1916).

Frente a esta doctrina, se sostiene hoy, que la variación de las medidas provisionales referentes a la situación de los hijos, no altera el carácter del expediente de jurisdicción voluntaria, sino que tiene naturaleza cautelar, y que entra en las atribuciones discrecionales de los Jueces, que pueden modificarlas sin necesidad de acudir al juicio declarativo, y que por tanto, al cumplir el hijo los tres años y perderlo el padre, debe serle entregado. (Sentencias de 14 diciembre 1941, 3 marzo y 3 junio 1950).

Es interesante a este efecto, un reciente auto dictado en apelación por la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de Valencia, con fecha 29 de abril de 1955, sentando de manera clara y rotunda este último criterio (17).

Hasta aquí, pues, una sucinta referencia a los casos de separación judicial previstos y regulados en las leyes.

(17) He aquí sus más interesantes fundamentos:

“Considerando que el precepto del artículo 1887 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, único tenido en cuenta por el Juzgado, tanto al dictar su primitivo acuerdo, como éste que lo modifica, dispone que si hubiere hijos del matrimonio, quedarán en poder de la madre los que no tuvieren tres años cumplidos, quedando en poder del padre los que pasaren de dicha edad. A juicio de esta Sala, dicho precepto actúa por modo automático, y si no de oficio, ya que la jurisdicción civil es siempre rogada, en cuanto el hijo cumpla los tres años y sea reclamado por el padre, el Juzgado debe acceder a tal petición. La voluntad del legislador es manifiesta, no ofrece duda. Mientras los hijos no tengan tres años, debe tenerlos la madre; pero, en cuanto los cumplan, es el padre quien los ha de tener. De ahí que estime que el Juzgado procedió acertadamente al adoptar el acuerdo recurrido. De ahí que entienda que el primitivo acuerdo es perfectamente modificable en el expediente en que se adoptó; ya que lo único que varía, determinando el acuerdo de entrega al padre o a la madre, que es la edad del hijo, es cosa ajena a toda otra motivación que no sea el mero transcurso del tiempo; y si, por razón de éste, que automáticamente se produce en aquel momento hubiera de acordarse y verificarse la entrega, ya ésta no se haría a la madre, sino al padre, no hay razón para que se prive a éste, ni por un momento, de aquello a que la Ley le concede el pleno derecho, si en tal instante hubiera de resolverse.” “Considerando que si así no fuera, si —como pretende la parte recurrente— el primitivo acuerdo no fuera modificable y hubiera de acudir el padre a reclamar en un juicio de mayor cuantía la entrega de su hijo cuando este cumpliera los tres años, se daría el absurdo de que, la simple oposición de la madre, bastaría para que se demorase durante años y años —apurando para ello todos los posibles recursos—, la efectividad del preestablecido derecho del padre a la entrega de los hijos mayores de tres años...”

IV. LA GUARDA DE LOS HIJOS EN LA “SEPARACIÓN AMISTOSA” O POR CONVENIO

Entramos seguidamente en el estudio de la guarda de los hijos en la separación matrimonial de hecho, la cual puede surgir como consecuencia de un convenio, o producirse sin él.

En este epígrafe vamos a examinar la primera de estas hipótesis, conocida ordinariamente con la denominación de “separación amistosa”, dejando para el apartado siguiente el estudio de la otra modalidad, que es la separación de hecho “stricto sensu”.

En la práctica se da con gran frecuencia esta mal llamada “separación amistosa”, y que nosotros calificaríamos de “ruptura convenida”, en la que los padres proveen a resolver contractualmente sobre la colocación o guarda de los hijos.

Esta separación de hecho contractual, repetimos una vez más, es una situación ilegal que indudablemente no admite el Código Civil, pues terminantemente establece su artículo 56 *que los cónyuges están obligados a vivir juntos*, pudiendo afirmarse que el convenio de los esposos acordándola, no tiene validez jurídica. (18)

(18) Planiol-Ripert-Boulanger hacen notar, en el sentido indicado, que la obligación de cohabitación es de orden público, y, por ende, la convención de separación amistosa, carece de valor jurídico. Cada uno de los esposos es libre de poner fin a tal situación, exigiendo del otro la reanudación de la vida común. Tomado de Castán, obra citada, Tomo V, Vol. 1.º pág. 143.

Faus Esteve y Roca Sastre sustentan el mismo criterio. Por el contrario, Santamaría Rojas defiende la necesidad de considerar lícita la separación amistosa con algunos efectos jurídicos y todos los económicos hecha en escritura pública ante Notario, y no ve obstáculo para ello en el propio Código Canónico, que permite la separación por “autoridad propia” del cónyuge inocente. “Hay que defender y yo defenderé

Es más: la propia separación judicial sólo está permitida *en los casos determinados en la ley*. Se sitúa, pues, nuestra legislación, como dice Puig Peña (19), dentro del grupo de aquellas que sólo consideran *la separación como un estado de sanción*, frente a aquellas que admiten colateralmente la solución de una *separación sin culpa*, como un expediente arbitrado por el legislador para dar salida a vidas matrimoniales rotas por la interferencia de causas, que, sin suponer culpabilidad, han provocado el destroz de la armonía conyugal.

Es indudable, añadimos nosotros, que de admitir nuestra legislación civil este último criterio, muy peligroso por cierto, muchas separaciones de hecho se encauzarían por los trámites de separaciones de derecho.

El propio Puig Peña (20) se refiere a esta hipótesis de separación de hecho, afirmando que la jurisprudencia no puede menos de reconocer la realidad de algunas consecuencias que en derecho se producen, “y aunque no existe en las legislaciones ningún principio afirmativo de la validez de las separaciones de hecho, el camino iniciado por la jurisprudencia de no desconocer los efectos jurídicos que se producen, es seguido en respectos particulares por el moderno legislador”.

Insistiendo en el problema de la legalidad de dicha separación amistosa, diremos que si no son válidos los convenios por los que se establece la misma, lógicamente tampoco lo serán aquellos por los que se determine la guarda de los hijos (21).

siempre el matrimonio —afirma—, pero si naufraga, que se salve al menos el inocente con sus bienes”. Y los hijos, añadimos nosotros.

En nuestra monografía *El derecho de los ascendientes al trato y comunicación con sus descendientes*. (Publicaciones del Tribunal Tutelar de Menores de Valencia. 1950. Pág. 120), y bajo el epígrafe titulado “Validez de los pactos entre padres y ascendientes. Reparto convencional del derecho de guarda”, decimos: “Como consecuencia de la no disponibilidad del derecho de guarda, se entiende que los convenios para regular los períodos durante los cuales hayan de tener la guarda de los hijos, los ascendientes, o sobre la forma y duración de las visitas, no tienen más que un valor puramente provisional y que cada una de las partes puede revocarlos”.

(19) Puig Peña. *Tratado de Derecho Civil Español*. Ed. Rev. Dcho. Priv. 1947. Tomo II, Vol. I, pág. 507.

(20) Puig Peña, Obra. Tomo y Volumen citados, pág. 231.

(21) Para las hipótesis de nulidad de matrimonio, *admite la ley el convenio de los padres sobre la guarda de los hijos*, y así, establece el artículo 71 del Código Civil, que lo dispuesto en los párrafos primero y segundo del artículo 70, no tendrá lugar si los padres, de común acuerdo, proveyeren de otro modo al cuidado de los hijos.

El no admitirse este criterio en los casos de separación, estimamos tiene como

Sin embargo, la experiencia nos demuestra que con gran frecuencia se otorgan convenios de esta naturaleza, no sólo en forma de documento privado, sino autorizándose escrituras públicas en que se admite la capacidad de los otorgantes (¿cómo puede la mujer casada contratar con su marido?), si bien en otros casos el documento público reviste la forma de acta en la que se transcriben los documentos que los cónyuges presentan. (22)

Salvando, pues, todos los inconvenientes apuntados y ante la abrumadora fuerza de la realidad, podrían admitirse los convenios sobre la guarda de los hijos, pero siempre con una duración temporal, porque se trata de regular facultades y obligaciones fundamentalmente irrenunciables, y por ello cualquiera de los cónyuges podría ponerles término. Son más bien una especie de "modus vivendi" que las circunstancias de la vida imponen en muchos casos.

De todas formas, estos convenios no podrían nunca contrariar los principios generales sobre la patria potestad, institución que hay que contemplar, no sólo como conjunto de derechos, sino muy especialmente como suma de obligaciones y como verdadera función social.

No se olvide que los derechos de familia, como dice Castán (23), son en sí, y por regla general, inalienables, intransmisibles, irrenunciables e imprescriptibles, y téngase muy presente la interesante discusión que, a partir de las doctrinas del profesor Cicu, se ha planteado sobre el carácter público, privado o autónomo, del derecho de familia.

fundamento el que declarada la nulidad del matrimonio, la continuación de la convivencia de los padres puede ser inmoral, e incluso ilegal, mientras que en los casos de separación de hecho, el convenio supone el quebrantamiento por los cónyuges de la obligación de la cohabitación.

Otro fundamento de esta diferencia de criterio es el de que, declarada la nulidad, los padres no tienen obstáculo legal para contratar entre sí.

(22) Faus Esteve, en su trabajo citado, pág. 350, se pregunta si puede el Notario autenticar pactos de separación amistosa entre cónyuges. Entiende que debe negarse a autorizar escrituras públicas y dar testimonio de la legitimidad de firmas puestas al pie de un convenio de esta clase, y, por el contrario, sí puede protocolizarlos y autorizar actas de presencia y referencia, testimonios por exhibición y actas de notoriedad referentes a tales materias.

(23) Obra y tomo citados, pág. 433.

V. LA GUARDA DE LOS HIJOS EN LA SEPARACIÓN DE HECHO, SIN CONVENIO

Y llegamos a la situación que nos interesa resolver, esto es, cuando no existe separación judicial, ni "separación amistosa" o contractual, y los padres no logran un entendimiento sobre el cuidado de los hijos y se disputan su guarda. Esta hipótesis, como ya hemos dicho al comienzo de este trabajo, no debería darse nunca, pues habiendo establecido la ley un procedimiento adecuado para la separación matrimonial, a él habría de acudir siempre por los padres, para regular tanto su situación como la de sus hijos.

Pero lo cierto es, que dichos pleitos son largos y costosos y, sobre todo, y especialmente cuando no existen bienes, los cónyuges rehuyen dichos trámites y buscan fórmulas rápidas para solucionar su anormal situación y la de sus hijos.

Es, pues, el problema que presentamos de una realidad innegable, como acabamos de exponer, y así lo ha tenido que reconocer el legislador, admitiendo y utilizando el término "separación matrimonial de hecho", y derivando de esta situación facticia determinados efectos jurídicos.

En prueba de ello, podemos citar el artículo 11 de la Orden de 29 de marzo de 1946, reguladora del Plus Familiar, que niega el derecho a la percepción de puntos por razón de matrimonio, en los casos *de separación de hecho*.

También la Ley de 15 de julio de 1954, referente a la Ayuda Familiar, reconoce en su artículo 8.º la hipótesis de *separación de hecho*, que da lugar a la pérdida de la asignación por matrimonio.

La recientísima Orden de la Presidencia del Consejo de Ministros de 1.º de diciembre de 1955, que reorganiza la estadística de los Tribunales Tutelares de Menores, en el modelo llamado "Boletín de medida protectora", contiene con referencia a los "Datos del matrimonio" la siguiente pregunta: "¿Separados de derecho...? ¿De hecho...?" No ha olvidado,

pues, el legislador la frecuencia con que ante los Tribunales de Menores se dan estas últimas situaciones (24).

Afirmada, pues, la realidad indiscutible de la situación llamada *separación matrimonial de hecho* (25), preguntamos: ¿A quién corresponde la guarda de los hijos en este supuesto?

A) SOLUCIÓN BASADA EN LA EDAD DE LOS HIJOS
Y EN EL CRITERIO DE ANALOGÍA

Dos soluciones pueden darse a la cuestión. La primera consiste en aplicar a esta hipótesis, y siguiendo el criterio de analogía, las normas y principios de la Ley de Enjuiciamiento Civil y del Código referentes a la separación judicial, y estimar que deben quedar los hijos menores de tres años al cuidado de la madre, y los mayores de esta edad bajo la guarda del padre.

La argumentación para llegar a esta conclusión es bien sencilla. Nos encontramos con que para el caso de separación de hecho, nada ha dispuesto el legislador, como es lógico y natural, ya que éste no ha pensado más que en la situación normal matrimonial, y en el pleito de separación y demás situaciones judiciales. Si, pues, el legislador, para los casos en que la relación matrimonial provoca cuestiones ante los tribunales, ha tomado como base la edad de los tres años en la forma antes expuesta, para determinar a quien corresponde la guarda (26) de los hijos, parece lógico que

(24) También admiten esta situación las siguientes disposiciones legales:

Ley de Contrato de Trabajo de 26 de enero de 1944.

Código de Trabajo (art. 452).

Ley de Contrato de Aprendizaje de 23 de agosto de 1926 (art. 97).

Código de Obligaciones de la Zona Española del Protectorado (art. 638).

Ley de 27 de febrero de 1908 referente al Instituto Nacional de Previsión.

Reglamento de Familias Numerosas de 16 de octubre de 1941.

(25) Puig Peña (Obra citada, pág. 231) se refiere a la Resolución de 30 de noviembre de 1907, que determinó que "la falta de validez de la separación de hecho, no enerva la acción que a la mujer casada compete en los casos de residencia distinta, por abandono, culpa, abuso de derecho, u oposición del marido a recibirla, para reclamarle alimentos provisionales como derivados del deber de socorro mutuo".

(26) Existe por parte de nuestras leyes, cierta imprecisión técnica sobre el particular, ya que unas veces utilizan el término "en poder de", y otras "al cuidado de", y en algunas "bajo su poder y cuidado" y "bajo la potestad y protección".

LA GUARDA DE LOS HIJOS

deban aplicarse también dichas normas cuando se trate de la mera separación de hecho.

B) SOLUCIÓN FUNDADA EN LA TITULARIDAD DE LA PATRIA POTESTAD

Otro criterio a seguir, frente al anterior, es el de la fiel observancia de los preceptos del Código Civil, que reconocen la patria potestad en primer lugar a favor del padre, y sólo en su defecto, a favor de la madre. Así lo dispone el artículo 154; y si bien es cierto que, como dice Mucius Scaevola, la alimentación de los hijos, el tenerlos en su compañía, la corrección y el castigo doméstico, son comunes al padre y a la madre; y, según Castán (27), hay que admitir una cierta intervención y coparticipación de la madre, principalmente en la esfera de las relaciones internas de la familia, es lo cierto que, cuando se da la separación de hecho, el ejercicio de la patria potestad toda, queda a cargo del padre.

Pero, además, el número 1.º del artículo 155 todavía precisa con mayor rigor este criterio, al determinar que *el padre y en su defecto la madre* tienen con respecto a sus hijos no emancipados *el deber de tenerlos en su compañía*, para el cumplimiento del cual les otorga los oportunos medios y facultades el artículo 156.

Si, pues, como hemos visto, los preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Civil y del Código referentes al límite de los tres años, se han establecido para hipótesis concretas y determinadas, cuando no se den las situaciones previstas en los mismos, deben regir los artículos del Código Civil reguladores de la patria potestad, con todas sus consecuencias, y el padre debe ejercer la potestad y cuidado de sus hijos, cualquiera que sea su edad.

Una excepción puede existir, no obstante seguir este criterio; y es la

Nosotros creemos que cuando no puede utilizarse el término "patria potestad", el más adecuado es el de "guarda", que sigue la legislación de Tribunales de Menores al regular la llamada "suspensión del derecho de guarda y educación". Por otra parte, el llamado derecho de guarda y educación, está integrado realmente por dos derechos distintos y de los que, aunque parezca una sutileza, pueden ser titulares personas diferentes.

Sobre la naturaleza jurídica de los derechos de guarda y educación y el alcance de su suspensión, estamos terminando un trabajo, próximo a publicar.

(27) Obra citada, Tomo IV, pág. 39.

de que cuando el menor esté sometido a la lactancia materna (no a la artificial, ni a la mercenaria), no podrá serle arrebatado a la madre. Claro está que en este caso entrarán en juego dictámenes técnico-médicos, y el padre podrá alegar y justificar, en su caso, que dicho régimen de lactancia materna puede ser incluso perjudicial para la salud del hijo. En definitiva, si se llega a la conclusión de que el menor necesita de la lactancia materna, éste deberá estar con su madre; y si el padre intentase incautarse del hijo, incurrirá en un caso de indigno ejercicio del derecho de guarda y educación física, que podría determinar su suspensión, tomando como fundamento para ello la dureza excesiva en el trato (artículo 171 del Código Civil, en relación con el apartado A) del número tercero del artículo noveno de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores), ya que nada más perjudicial para la salud física del menor, que el privarle de lo que le es indispensable para su adecuada crianza.

C) SOLUCIÓN LEGAL QUE SE PROPUGNA

Han quedado expuestos sintéticamente los dos criterios que en el aspecto legal pueden defenderse en orden a la guarda de los hijos en caso de separación matrimonial de hecho, aunque más adelante, en este mismo trabajo, apuntaremos una tercera solución.

Pero nótese que toda esta argumentación es de carácter exclusivamente legal, y es muy conveniente trasladar el problema a un orden moral y jurídico puro, para plantear esta cuestión: ¿Con quién están mejor los hijos de corta edad?

A cualquier persona, por rudimentaria que sea su cultura e ilustración, y limitadas sus facultades intelectuales, a quien se le formule esta pregunta, contestará: con la madre.

No vamos a hacer aquí una apología de lo que son los cuidados maternos: todos lo sabemos. Podrá haber alguna madre cruel para con sus hijos, o simplemente descuidada. Nadie mejor que los que llevamos muchos años de actuación en los Tribunales de Menores podemos dar fe de ello; pero estos casos constituyen la excepción, y la regla general es la de que los cuidados maternos son insustituibles. La suavidad, la dulzura de unas manos femeninas, que además se mueven al influjo del cariño, determina que el regazo materno sea realmente excelente y único para el hijo.

Pero es que por otra parte, y salvo excepciones rarísimas, el padre, dedicado al trabajo, tiene que acudir al taller, a la oficina, a atender a la administración de sus propiedades, y ello le ha de obligar a dejar al hijo en manos también femeninas, pero mercenarias, o a lo más, bajo la atención de familiares suyos, como abuelas, tías del menor, etcétera.

Y bien; aunque así sea, aunque esas personas pagadas o esos familiares traten adecuadamente al menor, ¿no serán siempre mejores y más excelentes los cuidados maternos? Además, piénsese en la tortura moral que ha de significar para la madre digna ver al hijo de sus entrañas, y especialmente en sus primeros años, en otras manos, privada ella de derrochar sobre el mismo el amor de madre. Y claro está que nos referimos a una madre digna, porque, naturalmente, si la madre es indigna y pospone el cariño del hijo a su vida desordenada o de libertinaje, entonces no es acreedora a tener el menor en su compañía, como luego veremos.

Después de examinados estos interesantes aspectos de orden ético y de conveniencia para el menor, volvemos a preguntar: ¿Cuál de los dos criterios legales expuestos es el que debe prevalecer? Nosotros nos inclinamos a sostener que, como no existen normas legales precisas y concretas sobre el particular, y por una parte está el criterio del Código Civil en orden a la patria potestad, rigorista en favor del padre, y de otro lado el de la Ley de Enjuiciamiento Civil y el propio Código Civil (en su articulado sobre depósito, separación y nulidad de matrimonio), más favorable a la madre, ante esta duda, ante este vacío legal, entendemos que hay que aplicar el criterio de analogía; y puesto que se trata de una laguna legal y existe igualdad jurídica esencial entre el supuesto regulado de la separación judicial y el no previsto de la separación de hecho, ha de afirmarse que los hijos menores de tres años deben estar al cuidado de la madre, y los mayores de esta edad bajo la potestad del padre, porque esta solución es la más beneficiosa para el menor, como creemos haber razonado (28). Tan favorable es nuestra opinión a la solución apuntada, que consideramos que el límite de tres años que señala la Ley de Enjuiciamiento Civil y el Código es corto, y aún nos lo parece igualmente el que estableció la Ley de Divorcio de 2 de marzo de

(28). No creemos que pueda aplicarse por analogía, la norma del párrafo primero del artículo 70 del Código Civil, que para la hipótesis de nulidad de matrimonio dispone que "quedarán los hijos varones mayores de tres años, al cuidado del padre, y las hijas, al cuidado de la madre".

1932 (29), que ordenaba que si la sentencia no hubiere dispuesto otra cosa, *la madre tendría a su cuidado, en todo caso, los hijos menores de cinco años.*

El Tribunal de Apelación de los Tribunales Tutelares de Menores, parece inclinarse por el criterio de la edad, según resulta de la única resolución de dicho Organismo que nos es conocida.

En efecto: en acuerdo de 19 de junio de 1954, y en un caso de separación de hecho, se afirma que apreciada como buena la conducta moral de la madre, y *no habiendo cumplido la hija los tres años de edad*, no hay motivo para separarla de su madre, con la cual debe quedar hasta cumplirlos, *según criterio general de la Ley*; y en la parte dispositiva se acuerda reconocer el derecho del padre al ejercicio de la patria potestad sobre su hija menor, si bien *no se le entregará ésta hasta que haya cumplido los tres años de edad*, quedando entre tanto en poder de su madre.

El Código Civil alemán (30) en hipótesis análogas a las expuestas, dispone como regla general en su artículo 1.635, que “el cuidado de las *hijas* y de los hijos *menores de seis años*, corresponde a la madre; y al padre, los hijos mayores de dicha edad”.

Creemos acertadísimo este criterio, máxime acompañado de las facultades concedidas a los Tribunales de Tutelas, de que hablaremos seguidamente.

Los autores franceses, se han preocupado de estudiar el problema de la guarda de los hijos, en los casos de separación matrimonial de hecho, y así Planiol y Ripert sientan el principio de que esta separación “no cambia nada”, y de que el marido es el que conserva la guarda de los hijos; y que igualmente, las convenciones que se celebren a este respecto en el momento de la separación, no le perjudican, a causa de la indisponibilidad de la patria potestad. Dicen además, que existe una sentencia estableciendo que la madre no puede alegar la corta edad de sus hijos para pretender que sus cuidados le son indispensables, y que se ha llegado hasta a negarle el derecho de visita. En resumen, parece que se la reduce, si quiere recuperar parte de la patria potestad, a demandar la separación de cuerpos o el divorcio.

(29) Es obligado referirse a esta disposición, como antecedente legislativo, ya que tuvo vigencia en nuestra Patria durante más de seis años. Fue dejada en suspenso por Decreto de 2 de marzo de 1938, y definitivamente derogada por Ley de 23 de septiembre de 1939.

(30) *Información Jurídica*. Madrid. Diciembre 1953, pág. 1.096.

LA GUARDA DE LOS HIJOS

Afirman también dichos tratadistas, que la jurisprudencia, tan sólo muestra esa severidad cuando la madre no tiene una verdadera razón para residir fuera del domicilio conyugal, y por el contrario, cuando la responsabilidad de la separación de hecho incumbe sólo al marido, bien porque rehuse recibir a su mujer, o porque le haga imposible la vida en su domicilio, hay que admitir por el contrario, que la madre no deba sufrirla, adoptando los Tribunales una medida que sirva para reprimir el abuso que comete el padre al privarla de los hijos, porque la exclusividad de su derecho de guarda, está ligado a esa comunidad de vida conyugal que él hace imposible. Si, por el contrario, la responsabilidad de la separación incumbe a la mujer, el criterio jurisprudencial es que todos los derechos del marido deben ser respetados (31).

D) BASES PARA UNA NUEVA REGULACIÓN JURÍDICA DE LA MATERIA

Todos estos problemas que acabamos de estudiar, surgen y se acentúan como consecuencia de otorgar el Código Civil español la patria potestad al padre y sólo en su defecto a la madre.

Otros códigos, como el alemán (32), el suizo e incluso el francés y el italiano, reconocen una patria potestad conjunta en favor del padre y de la madre, que permite una más fácil actuación de los Tribunales, para determinar en cada caso en poder de quién deben quedar los hijos (33).

(31) Planiol y Ripert. *Derecho civil francés*. Cultural, S. A. Habana, 1945. Tomo I, pág. 327.

(32) Por parecernos el criterio más claro y perfecto, reproducimos en esta nota los artículos pertinentes del Código Civil alemán, referentes a las relaciones personales de la patria potestad:

Art. 1.626.—Mientras el hijo sea menor, estará sometido a la patria potestad.

Art. 1.627.—Por virtud de la patria potestad, tiene el padre el derecho y el deber de cuidar de la persona y bienes del hijo.

Art. 1.631.—El cuidado de la persona del hijo comprenderá el derecho y el deber de educarlo, de vigilarlo, y de fijar el lugar de su residencia...

Art. 1.634. *Al lado del padre tendrá la madre durante el matrimonio el derecho y el deber de cuidar de la persona del hijo...* En caso de disenso entre el padre y la madre, prevalecerá la opinión del primero.

(33) El criterio predominante es el de que en caso de disenso, debe prevalecer la opinión del padre.

Esta preeminencia de la autoridad paterna, está fundada en la necesidad de dar a la familia un jefe, en la persona del marido. Como regla general, la madre no

El criterio de la patria potestad conjunta, podría conducirnos con mayor fundamento, a una tercera solución, distinta de las dos antes expuestas, esto es: que en cada caso los Tribunales determinen según las circunstancias, y aún siendo igualmente dignos ambos padres, quién ha de ejercer la guarda de los hijos, en la separación matrimonial de hecho.

Este sistema de discrecionalidad, supone, naturalmente, una gran confianza en el órgano jurisdiccional encargado de ejercer esta función, y significaría dentro del ordenamiento jurídico-procesal español, un gran avance en orden al reconocimiento del arbitrio judicial.

Por otra parte, hemos visto antes que la jurisprudencia, en los casos de depósito de mujer casada, se inclina a este criterio, pero hasta ahora limitado o sólo a las situaciones provisionales, y no cuando se pronuncia sentencia de nulidad o separación matrimonial.

Ello permitiría, especialmente cuando fueran varios los hijos, las más distintas soluciones de armonía para que los menores estuvieran bien atendidos según las circunstancias, y los padres, además, quedasen posiblemente complacidos. Se podría tal vez, con una prudente y paternal actuación judicial, ir laborando por una reconciliación que pusiera término a la anormal situación que significa siempre un matrimonio separado de hecho e incluso separado judicialmente. Esta es la solución del Código Civil alemán que dispone en su artículo 1.635, y después de fijar el criterio general de los seis años en la forma que hemos dicho, que "el Tribunal de Tutelas podrá hacer un arreglo diferente cuando así lo reclamen motivos particulares en interés de la prole; y podrán dar por terminado el arreglo cuando ya no sea necesario".

Siguen un criterio parecido el Código Civil francés y el italiano, al disponer el primero en su artículo 302, redactado conforme a la Ley de 12 de abril de 1945, que los hijos serán confiados al esposo que haya obtenido el divorcio, a menos que el Tribunal, a petición de la familia o del Ministerio Público, y a la vista de las informaciones recogidas, dis-

tiene el derecho de censura ante los Tribunales en cuanto a la forma en que ejerce el padre la guarda, la vigilancia, la educación del hijo y aun la administración de sus bienes. Los Tribunales, no tienen facultades para servir de árbitros entre los padres; precisamente para evitar el incesante recurso judicial, muy poco favorable para la paz entre los cónyuges, la Ley da un jefe al hogar.

Planiol y Ripert. *Derecho Civil francés*. Cultural S. A. Habana. 1945. Tomo 1.º pág. 325.

LA GUARDA DE LOS HIJOS

ponga en beneficio de los hijos, que todos o algunos de ellos sean confiados, ya al cuidado del otro esposo o de una tercera persona.

Por su parte, el Código Civil italiano, en su artículo 155, ordena que el Tribunal que decreta la separación, dispondrá cuál de los cónyuges deberá tener el cuidado de los hijos y atender a su mantenimiento, a su educación e instrucción; y que en todo caso el Tribunal puede, por causas graves, ordenar que los hijos sean colocados en una institución de educación o en poder de una tercera persona, añadiendo además, que cualquiera que sea la persona a la que el hijo sea confiado, el padre y la madre conservan el derecho de vigilar su educación.

Claro está, que estos preceptos que mencionamos, se refieren a las hipótesis de separación legal, pero pueden ser utilísimos para, basándose en la analogía, resolver los problemas de los hijos, en los casos de separación de hecho.

Los criterios que acabamos de exponer, discrecionales y flexibles, contrastan con la rigidez de nuestro derecho vigente, que debería ser inmediatamente modificado, otorgando a los Tribunales estas facultades tutelares y protectoras, tan en consonancia con las modernas orientaciones del derecho de familia.

VI. EL DERECHO DE COMUNICACIÓN ENTRE PADRES E HIJOS EN LA SEPARACIÓN DE HECHO

Otro problema íntimamente relacionado con el que acaba de exponerse, es el del derecho del padre o madre que no tiene bajo su guarda al hijo, al trato y comunicación con el mismo, cuestión que puede examinarse también desde otro punto de vista coincidente con el anterior y no menos interesante: el derecho del hijo a mantener relaciones personales con el padre o madre con quien no convive.

Nada preceptúa la legislación vigente sobre el particular, si bien existe el antecedente de la derogada Ley de Divorcio de 2 de marzo de 1932, que determinaba que el cónyuge que no tuviera los hijos en su poder, *conservaba el derecho de comunicar con ellos*.

Nosotros estimamos que este derecho debe ser reconocido con toda amplitud, estableciendo comunicaciones frecuentes y estables.

En la Asamblea de la Unión Nacional de Tribunales Tutelares de Menores, celebrada en Valencia en el año 1950, tuvimos el honor de presentar una ponencia (34), defendiendo el derecho de los ascendientes al trato y comunicación con los descendientes, criterio que ha sido admitido plenamente por el Tribunal de Apelación de los Tribunales Tutelares de Menores. Pues bien: todos los razonamientos entonces desarrollados con gran extensión, son de perfecta aplicación al caso presente, ganando todavía en fuerza lógica y jurídica los argumentos allí expuestos, y a los cuales nos remitimos, teniendo en cuenta la superior excelencia de la relación paterna, con respecto a la que une a abuelos y nietos.

Este derecho del padre que no tiene la guarda del hijo, a relacionarse

(34) *El derecho de los ascendientes al trato y comunicación con sus descendientes*. Publicaciones del Tribunal Tutelar de Menores de Valencia. 1950.

con el mismo, ha sido claramente reconocido por sentencia de 5 de julio de 1951, de la Sala Especial del Tribunal Supremo, encargada de dirimir las competencias entre los Tribunales ordinarios y los Tutelares, en la que se decide la competencia a favor de la jurisdicción de Menores, y se establece que "son los Tribunales Tutelares de Menores los únicos que pueden resolver provisionalmente sobre la situación de la persona del menor, facultad que lógicamente ha de alcanzar a resolver también sobre todo aquello que tenga relación con dicha situación y, por lo tanto, sobre la *determinación de las visitas que el padre natural del menor pueda hacerle, así como sobre la forma y circunstancias de las mismas*". Aunque dicha sentencia se refiere a un hijo natural, debe considerarse igualmente aplicable a los hijos legítimos, tanto en casos de separación de hecho, como judicial.

Digamos por último que entre otros Códigos modernos, el alemán, dispone en el artículo 1.636, que el padre que no está encargado del cuidado de la persona del hijo, conserva, sin embargo, la facultad de continuar las relaciones personales con él; y aunque no lo establece de modo expreso, se deduce esta conclusión de la lectura de los preceptos de los Códigos francés e italiano, a que acabamos de referirnos (35).

(35) En la obra de Kipp y Wolff (*Enneccerus. Derecho de Familia*. Trad. Pérez González y Castán. Bosch. Barcelona. 1946. Pág. 127), se comenta el expresado artículo 1.636, y se afirma que es un derecho subjetivo absoluto, eficaz contra todo tercero, constituyendo un resto del cuidado de la persona del hijo, que queda al cónyuge. El trato es un concepto perfectamente claro, pero se ha de destacar que no presupone una uniforme actuación activa de ambas partes y, por tanto, no hay a este efecto ningún límite mínimo de edad. Este derecho es intransmisible. Comprende también el derecho a tener correspondencia. *El Tribunal de Tutelas puede regularlo con más detalle*, pero no puede suprimirlo. Esta regulación ha de tener en cuenta en primer lugar, el bien del hijo, mas también el interés de los padres en educarlo. La regulación puede modificarse en todo momento.

Para la vigilancia del trato, puede nombrarse un Curador, entendiéndose que él titular del derecho a cuidar del hijo ha de decidir en primer término si han de admitirse, al trato con aquél, terceras personas. Se ha declarado por la jurisprudencia que el que tiene derecho al trato con el hijo, puede exigir, por lo general, poder estar con él sin testigos.

También se refieren los citados autores a los cónyuges *meramente separados* (ya que todo lo anteriormente expuesto se refiere a los casos de divorcio), y afirman que ha prevalecido en la jurisprudencia el criterio de analogía con la hipótesis anterior.

Por último, los traductores y comentaristas de la obra citada, reconocen que el precepto comentado no existe en las leyes patrias, y entienden que no puede ser negado al cónyuge privado de la patria potestad, el referido derecho, en una u otra forma ejecutado, de visitar a sus hijos y tener con ellos correspondencia.

LA GUARDA DE LOS HIJOS

El Tribunal de Apelación de los Tribunales Tutelares de Menores, en diferentes resoluciones ha reconocido de modo claro y preciso esta facultad, en favor del padre suspenso en su derecho de guarda y educación.

Con mayor razón pues, debe gozar de este derecho un padre o madre, no suspensos, en los casos de separación de hecho.

VII. ASPECTOS PROCESALES DE LAS CUESTIONES ESTUDIADAS

¿Qué relación guardan las cuestiones que acaban de exponerse, con la competencia de los Tribunales Tutelares de Menores?

Una contemplación superficial de dichos problemas, parece indicar que se trata tan sólo de una discusión sobre el mejor derecho a la guarda de los hijos, o sobre el ejercicio de un derecho de comunicación, y que ambas materias son cuestiones civiles que deben decidirse por los Tribunales ordinarios, y que por tanto no encajan en la facultad protectora de los Tribunales de Menores, limitada a conocer del “indigno ejercicio del derecho de los padres o tutores a la guarda y educación de sus hijos o pupilos”, en la forma prevista en la Ley.

Sin embargo, no es así, y los dos problemas propuestos pueden revestir extraordinaria importancia ante la jurisdicción especial de menores.

A) EL EJERCICIO DEL DERECHO DE COMUNICACIÓN

Veamos en primer lugar, y por ser más sencilla su solución, la cuestión del ejercicio del derecho al trato y comunicación con el hijo, del padre que no tiene su guarda.

Este padre, carente como decimos de la guarda del hijo, al ejercitar su derecho de comunicación puede encontrarse en una de estas dos situaciones: o el cónyuge que tiene el cuidado del hijo le permite el trato con el mismo, o se lo niega, ya de una manera directa, ya indirectamente y con argucias y subterfugios.

En el primer caso, no hay motivo alguno para la intervención judicial; pero por el contrario, en la hipótesis negativa, existe la posibilidad de que

la prohibición entrañe un abuso de patria potestad (36) que pueda significar un indigno ejercicio del derecho de guarda y educación, materia cuyo conocimiento es de la indiscutible competencia de los Tribunales de Menores.

La competencia, pues, de los Tribunales Tutelares en estos casos está condicionada a una conducta obstativa por parte del cónyuge que tiene la guarda; y así, un acuerdo del Tribunal de Apelación ya citado a otros efectos, de 19 de junio de 1954, dispone en un caso de separación de hecho, que no existiendo estas circunstancias, "falta la base para regularse por esta jurisdicción un régimen de visitas entre la madre y la hija, sin perjuicio de los acuerdos a que la conducta posterior del padre, en relación con esta materia, pueda dar lugar".

Por tanto, cuando se denuncie ante un Tribunal de Menores dicha negativa infundada, como manifestación de un ejercicio indigno del derecho de guarda y educación, estimamos deberá abrirse expediente de facultad protectora, y sin necesidad de llegar a la suspensión del derecho de guarda y educación, si no procede decretarlo, podrá acordarse, ya la medida de requerimiento o la de imposición de vigilancia, que autoriza el apartado B) del artículo 17 de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores, y como consecuencia de dicha imposición de vigilancia, al amparo del artículo 19 de la misma; y con el carácter de medida o restricción complementaria, regular e imponer dicho trato y comunicación en la forma que se estime más adecuada.

Como hemos dicho antes, el Código Civil alemán reconoce este derecho a las relaciones personales con el hijo, del padre que no lo tiene a su cuidado, y dispone que "el Tribunal de Tutelas podrá arreglar estas relaciones de un modo más preciso". (Artículo 1636.)

Naturalmente, entendemos que el padre o madre que haga un mal uso de este derecho, deberá ser suspendido en el ejercicio del mismo.

La competencia de los Tribunales Tutelares, se dará siempre que se trate de menores de dieciséis años (37), pues si las reclamaciones afectan a mayores de dicha edad, conocerán de las mismas los Tribunales ordinarios.

(36) La sentencia del Tribunal Supremo de 14 de Octubre de 1935, consideró que la prohibición por parte de un padre de que la hija comunicase con su abuela, dadas las circunstancias que en el caso concurrían, constituía un abuso de autoridad, dañoso para los sentimientos de la niña.

(37) También podrá afectar a mayores de diez y seis años que estuvieran sujetos a la tutela de dichos Tribunales desde antes de cumplirlos.

LA GUARDA DE LOS HIJOS

B) EL PROCEDIMIENTO PARA OBTENER LA GUARDA DE LOS HIJOS MENORES

Veamos ahora, si el problema del cuidado de los hijos menores y las discusiones que su guarda motive en los casos de separación matrimonial de hecho, puede tener interés para los Tribunales Tutelares de Menores.

Como estos organismos tienen competencia para suspender, en las hipótesis señaladas en la Ley, el derecho de los padres a la guarda y educación de los hijos menores de dieciséis años, es de importancia trascendental saber a quién corresponde dicha guarda, porque sólo puede ser objeto de la suspensión de un derecho, el que es titular del mismo.

Si no se establece exactamente a quién corresponde conforme a ley la guarda del menor, no se podrá determinar si, en su caso, hay o no posibilidad de suspenderla.

Examinemos las consecuencias prácticas de adoptar una u otra solución legal de las dos antes propuestas, ya que la tercera solución que propugnamos como la más perfecta, no tiene hoy fundamentos legales en qué apoyarse, y es más bien una aspiración para el futuro.

Siguiéndose el criterio de que en el caso de separación matrimonial de hecho, el padre tiene sobre sus hijos y desde su nacimiento (salvo la excepción de la lactancia materna), el derecho a tenerlos en su compañía, habrán naturalmente de estar bajo su guarda y potestad; y si por cualquier circunstancia se hallaren con la madre, o ésta los retuviese, no deberá el padre acudir a los tribunales, ni ordinarios ni de Menores, para que se le declare o reconozca un derecho que tiene por ley, sino que impetrará el auxilio de la Autoridad gubernativa en robustecimiento de su propia autoridad y de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 156 del Código Civil. Poco importa a estos efectos que la madre que retiene a los hijos sea digna o indigna, porque como ésta no es titular del derecho de guarda, no procederá la suspensión del mismo.

Dentro de este criterio, la madre sólo tiene una posibilidad de alcanzar la guarda de sus hijos: que el padre la ejerza indignamente y acudiendo a los Tribunales, ya ordinarios o de Menores, según la edad de los hijos, obtenga de los mismos la suspensión del derecho de guarda del padre. Aquí sí que procede claramente la intervención de los Tribunales, y no la gubernativa o de policía, ya que se trata de la suspensión de un derecho.

La situación varía totalmente si se sigue la solución de estimar que los

hijos menores de tres años, deben quedar al cuidado de la madre, cuando exista la separación matrimonial de hecho.

En este caso, el padre tiene que respetar el derecho de guarda de la madre hasta que los hijos cumplan los tres años; y si el padre no entrega los hijos o los retiene, la madre tampoco deberá acudir a los Tribunales, sino que impetrará en apoyo de su derecho, el auxilio de la Autoridad gubernativa, por las razones antes dichas.

Ahora bien: si la madre ejerce indignamente el derecho de guarda y educación sobre los hijos menores de tres años, el padre habrá de acudir a los Tribunales Tutelares de Menores, para que éstos le suspendan dicho derecho y le sean entregados.

Claro está, que al cumplir los hijos los tres años estando bajo la guarda de la madre, deben pasar a poder del padre, quien en caso de oposición deberá igualmente seguir la vía gubernativa y no la jurisdiccional.

Véase cómo es absolutamente indispensable que se fije un criterio preciso y claro sobre estos problemas, ya que de su solución depende que proceda la actuación gubernativa o la jurisdiccional. Repetimos: para que los Tribunales de Menores puedan suspender el derecho de guarda y educación en los casos de separación matrimonial de hecho, precisa que primeramente se determine a quién corresponde éste.

La distinción entre las facultades de los Tribunales de Menores y las de las autoridades gubernativas o de policía la estimamos fundamental.

La Sección IV del Consejo Superior de Protección de Menores, como consecuencia de consulta formulada por un Tribunal Tutelar acerca de un padre que solicitaba la intervención de dicho organismo para hacerse cargo de una hija suya que le retenían unos familiares, resolvió que "los Tribunales Tutelares no deben intervenir en solicitudes hechas por padres que deseen hacerse cargo de sus hijos menores de dieciséis años cuando éstos no son protegidos del Tribunal Tutelar, por ser asunto que no les incumbe, ya que no es a esta jurisdicción especial a la que corresponde amparar los derechos derivados de la patria potestad relacionados con menores que se hallan fuera de su acción protectora" (38).

En la XI Asamblea de la Unión Nacional de Tribunales Tutelares de Menores, celebrada en Zaragoza en el año 1947, presentamos una ponencia

(38) Véase el número 12 de la Revista de la *Obra de Protección de Menores*, 1946, pag. 21.

con el título “La facultad protectora de los Tribunales Tutelares de Menores.—Sus características diferenciales en relación con la competencia de otros organismos públicos, y en especial con los gubernativos y de policía” (39).

Era el objeto de la misma señalar de modo claro y preciso las características diferenciales de la facultad protectora, que afirmábamos eran las siguientes:

- 1.º Ser de carácter jurídico.
- 2.º Dirigirse contra padres o guardadores indignos.
- 3.º Tener por objeto, la defensa de la persona de los menores de dieciséis años, y
- 4.º Ser esencialmente preventiva.

Estudiábamos allí el problema antes aludido y decíamos: “En relación especialmente con las facultades de las autoridades gubernativas y de policía, son frecuentes los casos del padre que pide sea reintegrado al hogar el hijo que es retenido indebidamente por los que se encargaron de su crianza o por unos parientes o extraños; el caso de la madre viuda a quien no quieren entregar su hijo los abuelos paternos que vivían con el difunto padre; el caso del matrimonio *separado de hecho* en que el padre que tiene la guarda del hijo le permite pase una temporada con la madre y ésta se niega luego a devolvérselo; el caso de la esposa que huye del domicilio conyugal con los hijos y se niega a restituirlos al padre.”

“En todos estos casos, no hay problema de ejercicio indigno de patria potestad, y estas reclamaciones deben formularse por el titular de la misma, ante las autoridades gubernativas o de policía y ser atendidas por éstas. Se trata tan sólo de robustecer y apoyar el derecho de patria potestad reconocido por el Código Civil a favor del padre, y en su caso de la madre, y cuyo artículo 156 les autoriza a impetrar a estos efectos el auxilio de la autoridad gubernativa.”

Este criterio fue de nuevo afirmado por el Tribunal de Apelación de los Tribunales Tutelares de Menores, en acuerdo de 5 de febrero de 1953, resolviendo una cuestión de competencia entre dos Tribunales de Menores, y reiterando en los propios términos el criterio de la Sección IV del Consejo Superior de Protección de Menores, antes expuesto, y añadiendo que

(39) Figura publicada en el número 15 de la Revista de la *Obra de Protección de Menores*, año 1947, pág. 114 y siguientes.

“los Tribunales Tutelares de Menores carecen de facultades para prestar auxilio a aquellos a quienes corresponde legalmente la patria potestad sólo por este hecho”.

- La cuestión es de extraordinario interés, y por ello nos hemos detenido en su estudio, pues las autoridades gubernativas y policiales, como regla general, rechazan la intervención en estos asuntos, remitiendo insistentemente a los interesados ante los Tribunales de Menores, cuya incompetencia en la materia es clarísima, como acabamos de ver.

VIII. CONCLUSIONES

1.^a El artículo 8.º del Decreto de 2 de junio de 1944, referente al abandono y reconocimiento tardío de hijos naturales, y el artículo 83 del Reglamento de Tribunales Tutelares de Menores de 11 de junio de 1948, referente a la misma materia, deberán ser precisados y perfeccionados en su redacción, e incorporados al Código Civil.

2.^a Debe consignarse de modo explícito en nuestras leyes civiles, que, conjuntamente con el padre, tendrá la madre durante el matrimonio el derecho y el deber de cuidar de la persona del hijo, sin perjuicio de que si existe disentiimiento entre el padre y la madre, prevalezca la opinión del primero. En casos de gravedad, podrá acudirse a los Tribunales, para que éstos decidan.

3.^a Debé establecerse como regla general el límite de los seis años para que los hijos menores de esta edad queden confiados a la custodia de la madre, y los que pasen de ella, en poder del padre, tanto en los casos de separación judicial como en los de separación de hecho, modificando en este sentido los artículos 70 y 73 del Código Civil, y el 1.887 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

4.^a Sin perjuicio de esta regla general, deberá otorgarse un amplio arbitrio judicial, tanto a los Tribunales de Menores como en su caso a los ordinarios, para que, cuando las circunstancias lo exijan en interés de los hijos, pueda ser alterada dicha norma, confiando los mismos a la guarda del padre o madre que haya de resultarles más beneficiosa, cuyas medidas, a su vez, podrán ser oportunamente modificadas.

5.^a Ante la carencia de precepto legal sobre el particular, debe establecerse en nuestro Derecho el principio de que el padre o madre que no tiene la guarda de los hijos debe gozar de un derecho de comunicación con los mismos, cuyo alcance y características determinarán los Tribunales en cada caso, según su prudente arbitrio.

6.^a Al efecto de evitar conflictos de competencia negativos entre los Tribunales de Menores y las Autoridades gubernativas, deberá reiterarse el criterio de que el titular de la guarda de los hijos, según las normas anteriores, cuando sea perturbado en la misma o ilegítimamente privado de ella, habrá de acudir a la Autoridad gubernativa, en robustecimiento de su propia autoridad; y que sólo tendrá lugar la intervención de los Tribunales, ya de Menores, ya ordinarios, cuando se trate de suspender o limitar por motivos legales el derecho de guarda y educación al que sea titular del mismo.

Í N D I C E

	<u>págs.</u>
I. CONSIDERACIONES GENERALES...	7
II. BREVE REFERENCIA A LA GUARDA DE LOS HIJOS NATURALES...	12
III. LA GUARDA DE LOS HIJOS EN LA SEPARACIÓN JUDICIAL...	15
IV. LA GUARDA DE LOS HIJOS EN LA "SEPARACIÓN AMISTOSA" O POR CONVENIO...	20
V. LA GUARDA DE LOS HIJOS EN LA SEPARACIÓN DE HECHO, SIN CONVENIO...	23
a) Solución basada en la edad de los hijos y en el criterio de analogía.	24
b) Solución basada en la titularidad de la patria potestad...	25
c) Solución legal que se propugna...	26
d) Bases para una nueva regulación jurídica de la materia ...	29
VI. EL DERECHO DE COMUNICACIÓN ENTRE PADRES E HIJOS EN LA SEPARACIÓN DE HECHO ...	32
VII. ASPECTOS PROCESALES DE LAS CUESTIONES ESTUDIADAS...	35
a) El ejercicio del derecho de comunicación...	35
b) El procedimiento para obtener la guarda de los hijos menores ...	37
VIII. CONCLUSIONES...	41

IMPRESO EN TIPOGRAFÍA MODERNA
VALENCIA