

LA CUSTODIA COMPARTIDA TRAS LA REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL¹

Joaquín Ivars Ruiz
(Abogado)

El presente artículo no es más que una breve introducción a lo publicado el pasado enero de 2007 en un monográfico para la editorial valenciana Tirant lo Blanch con el mismo título, y en ese sentido, no pretende servir más que un escueto apunte sobre la materia. La reforma trata de reservar la intervención judicial para un segundo plano, para cuando sea imposible el pacto o para cuando el contenido de las propuestas sean lesivas a los intereses del menor o uno de los cónyuges, sólo en estos casos dice la Exposición de Motivos deberá el Juez dictar una resolución judicial en la que imponga las medidas que sean precisas. Sin embargo, conviene recordar, que todo el conjunto normativo existente en torno a la figura de la guarda y custodia tiene como punto de partida lo dispuesto en el artículo 39 de la Constitución Española. La mayor parte de las decisiones judiciales sobre la materia incluyen como punto de partida de sus argumentaciones la interpretación conjunta en pro del “bonum filii” y tras la reforma así debe continuar siéndolo. El nuevo artículo 92 del Código Civil dispone reglas generales sobre el ejercicio de la custodia estableciéndose dos formas de custodia compartida, la consensuada por acuerdo entre los cónyuges, y la excepcional cuando es solicitada por uno sólo de los progenitores. La ausencia de regulación en materias que van a quedar afectadas con la decisión que se adopte sobre la custodia define la presente regulación como deficitaria. Nada se dice en lo que se refiere a la atribución de la vivienda y la pensión alimenticia a favor de los hijos cuya regulación no ha sido modificada, circunstancia que ha sido criticada desde amplios sectores doctrinales.

La atribución de la custodia en exclusiva a uno de los progenitores es el modelo general. El temor a establecer la guarda y custodia compartida como fórmula principal queda reflejado en el amplio número de cautelas que se establecen para influir en la decisión que pueda fijarse (art. 92.8 Cc, informe favorable del Ministerio Fiscal). Y cuando se traslada el problema al ámbito de resolución judicial no existen, en términos jurídicos fórmulas perfectas que resuelvan la cuestión debatida. La custodia aún compartida lo será de forma alternativa durante la estancia de los progenitores con los hijos. El artículo 92-5º del Código Civil dispone que se acordará el ejercicio compartido de la guarda y custodia cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador conforme lo establecido en el artículo 90 del

¹ **Ivars Ruiz, Joaquín**, *La Guarda y Custodia Compartida tras la actual reforma del Código Civil Aspectos Procesales y Sustantivos. Doctrina y Jurisprudencia*. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia 2007.

Código Civil. Entre otras garantías a realizar el Juez deberá recabar informe del Ministerio Fiscal, sin que en este caso se exija que sea informe favorable, antes de acordar el régimen de custodia sea o no compartido, mientras que, por otro lado, se exige informe favorable del Ministerio Fiscal cuando la custodia compartida es solicitada por uno solo de los progenitores, a este última modalidad, el legislador la dota de carácter excepcional lo que va restringir considerablemente la capacidad del Juez en orden acordar este modelo de custodia.

Debe abogarse por considerar que el principio dispositivo no ha de regir en esta especial materia como en cualquier proceso civil, el juez únicamente debe quedar sujeto con el principio universal en favor de los hijos ni siquiera debe quedar especialmente vinculado por el carácter preceptivo del informe fiscal en la custodia contenciosa y solo por las circunstancias del caso y por el interés del menor. Debe abogarse por la posibilidad de efectuar conclusiones tras la práctica de la prueba en el juicio verbal en una materia tan delicada. Debe abogarse por exigir que el juez realice un examen riguroso de todas y cada una de las pruebas de las que haya constancia sin que sólo el informe del gabinete psicosocial sea el único a tener en cuenta. Debe abogarse en los procesos matrimoniales a la aplicación de las normas generales en materia de costas procesales, sin que sea procedente hacer dejación de las mismas, evitándose así el exceso de peticiones arbitrarias y como compulsión a la otra parte progenitora en conflicto. Debe abogarse en la custodia compartida libremente pactada por los progenitores, aún gozando del criterio de favorabilidad judicial, que no exima al Juez de ser cauteloso en la determinación de la idoneidad del régimen solicitado si existe riesgo de lesividad o perjuicio para el interés del menor no ciñéndose su actividad a un mero o sucinto control del contenido de las propuestas. Mi opinión de la reforma realizada en materia de custodia compartida hasta la fecha es en este sentido negativa a la espera de nuevas modificaciones esta ha sido una reforma normativa áspera y con muchas carencias. En cualquier caso, el tiempo dirá y los Tribunales se pronunciarán.