

Tirant
monografías
469

Con estilo claro y directo el autor realiza un estudio detallado y práctico sobre el nuevo régimen dispuesto en el Código Civil en materia de guarda y custodia compartida, exponiendo el criterio de la doctrina más representativa sobre esta disciplina.

además del suyo propio. Ofreciendo una perspectiva jurisprudencial exhaustiva de la práctica hasta la fecha se analizan los problemas jurídicos más relevantes desde su vertiente procesal y material.

LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA TRAS LA ACTUAL REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL

ASPECTOS PROCESALES Y SUSTANTIVOS. DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA

Joaquín Ibars Ruiz



Tirant
monografías
469

LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA TRAS LA ACTUAL REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL

ISSN 978-94-6454-770-7



9 788484 567707

TRA
TADO

PRÓLOGO

De nuevo Joaquín Ivars Ruiz me pide que prologue una obra suya, la segunda ocasión que lo hago, esta vez sobre "La guarda y custodia compartida tras la actual reforma del Código Civil" operada por la Ley 15/2005, de 8 de julio y que modifica el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Sin duda este reiterado honor se debe a la amistad que nos une desde hace tantos años, ya más de veinte. Amistad que se mantiene, nunca me cansaré de repetirlo, por la indudable calidad humana y profesional con la que Ximo —que es como le llamamos sus amigos— cada día se empeña en obsequiarnos a todos los que tenemos la suerte de conocerle. Una de esas amistades, como tantas otras, nacidas en las aulas universitarias, en nuestro caso en las de la Facultad de Derecho de la Universitat de València, pero que, al contrario de muchas, no solamente se ha mantenido ininterrumpidamente en el tiempo sino que además nunca ha dejado fortalecerse. Además de por la especial personalidad de Ximo, a ello han contribuido también diversas circunstancias personales y extraños designios de azar, como es que Mari Carmen Lis, su procuradora y esposa, años antes de conocerle hubiera sido compañera mía durante los estudios de bachiller, entonces conocidos como BUP, en el colegio Monte-Sión de Torrent. Ahora que está de moda el "remember" de los años ochenta, no me resisto a dejar constancia aquí de los recuerdos que compartimos MC Lis y yo de los tiempos del colegio con profesores como Amparo Pastor y Conrado García Alix (este último, por cierto, hermano de Juan García Alix, magnífica persona y letrado, con quien tuve la fortuna de aprender como pasante durante un demasiado breve periodo de tiempo). De ellos guardamos un especial cariño y admiración, sin omitir a otros inolvidables en el recuerdo como, entre otros, José Heras, por aquel entonces con cierto aire "unamunescos" en su aspecto, y también María Asunción Mateo, para nosotros profesora de literatura antes que la última esposa de Rafael Alberti.

Esta vez, sin embargo, según me dice Ximo, el encargo tiene una doble justificación, y es la *legitimatio ad causam* que me confiere el hecho de que en ejercicio de mis funciones jurisdiccionales como magistrado suplente de la Audiencia Provincial de Valencia, en ocasiones varias he integrado su Sección décima especializada en familia. De ese modo, constituyendo Tribunal, a veces como ponente, he tenido que formar un cierto criterio sobre el particular al pronunciarme en alguna ocasión sobre las alegaciones en materia de guarda y custodia compartida. Dicho sea de paso, mis resoluciones siempre han tenido hasta ahora un sentido desestimatorio, en correspondencia con los informes del equipo psicosocial adscrito a los juzgados de familia, y en definitiva, pues la situación lo desaconsejaba.

Según la exposición de motivos de la Ley 15/2005, se pretenden de que la libertad, como valor superior de nuestro ordenamiento jurídico, tenga su más adecuado reflejo en el matrimonio. De ahí que, otorgando mayor trascendencia a la voluntad de la persona cuando no desea seguir vinculado con su cónyuge, el ejercicio del derecho a no continuar casado no se haga depender de la demostración de la concurrencia de causa alguna. No se quiere que la causa de la disolución sea una previa e ineludible situación de separación, sino sencillamente el fin de la voluntad de mantenerse en la misma. Por ello que se establece la situación de previa separación como una mera opción. Y en esa misma línea se prevé expresamente la posibilidad de que en el convenio regulador se acuerde que el ejercicio de la patria potestad se atribuya a uno de los cónyuges o a ambos de forma compartida; así como, concretamente en materia de guarda y custodia, partiendo de que las trabas o dificultades para la relación de un progenitor con sus descendientes se encuentre amparada en serios motivos, deban justificarse éstas solamente ante un mal cierto o la mejor realización del beneficio o interés del descendiente. Con ello, por último, se establece que los padres decidan si la guarda y custodia se ejercerá sólo por uno de los progenitores o por ambos de forma compartida. Y en todo caso, habrán de determinar en beneficio del menor como se relacionará con el progenitor no custodio procurando la realiza-

ción del principio de corresponsabilidad en el ejercicio de la potestad.

La nueva redacción de art. 92 del Código Civil, recoge en sus puntos 5 a 9 la reforma operada en esta materia de guarda y custodia compartida. De los términos del punto 5 parece deducirse que la voluntad de los progenitores será determinante para la adopción de este régimen puesto que dispone que "se acordará el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador o cuando lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento". Incluso se prevé que pueda acordarla fundamentándola sencillamente en que sólo de esa forma se protege adecuadamente el interés superior del menor. Pero pronto establece limitaciones y cautelas. La primera ya no solamente al disponerse la necesidad de fundamentar su resolución, sino además porque se contempla que adopte "las cautelas procedentes para el eficaz cumplimiento del régimen de guarda establecido, procurando no separar a los hermanos". Y a continuación establece una serie de previsiones que permiten concluir, a la postre, que la voluntad de los progenitores es conditio necesaria pero insuficiente para su establecimiento: necesidad de informe del Ministerio Fiscal, en su caso, de oír a los menores con suficiente juicio, valorar la idoneidad con el régimen de guarda atendidas las alegaciones de las partes y prueba practicada, de la relación entre los padres y de éstos con los menores. Asimismo la excluye en determinados supuestos como cualquiera de "los padres" esté incurso en proceso penal por determinados delitos contra el otro cónyuge o los hijos que convivan con ambos; o cuando concurren indicios fundados de "violencia doméstica". Por último, se autoriza igualmente como cautela que de oficio o a instancia de parte se pueda recabar dictamen de especialistas debidamente cualificados en relación con la idoneidad del modo de ejercicio de la patria potestad y del régimen de custodia de los menores.

Pues bien, es la obra que el lector tiene ahora en sus manos, fruto de la ampliación y reelaboración de una conferencia que dio el autor en el contexto de un curso de formación para jueces

y magistrados, se realiza un estudio detallado, minucioso y sobre todo muy práctico sobre el nuevo régimen establecido en el Código Civil en materia de guarda y custodia compartida. No hay más que repasar el índice de la obra para comprobar cómo sin duda va a compensar con creces las expectativas que genera a sus destinatarios, tanto abogados, procuradores o jueces especializados como incluso todo aquel que quiera tener un cabal conocimiento de el actual marco normativo sobre la materia. Se profundiza en aspectos como los principios de la resolución sobre la medida, intervención del Ministerio Fiscal, modalidades de custodia compartida: consensuada y contenciosa, distribución de los gastos sobre todo extraordinarios, así como, en especial una más que prolija perspectiva jurisprudencial con aspiración de ofrecer exhaustivamente como mínimo la más representativa de la publicada.

En fin, con el estilo claro y directo que caracteriza al autor, el lector tiene entre sus manos una obra imprescindible para conocer y actualizarse en esta novedosa materia que tantas expectativas ofrece. No me cabe ninguna duda de que no defraudará las expectativas del lector que busca un instrumento útil, una herramienta en su trabajo de jurista, que le sitúe en las mejores condiciones para tomar decisiones, con profundo conocimiento de causa y de la jurisprudencia, en materia tan trascendente en la vida de las personas como es la guarda y custodia compartida tal y como se ha configurado tras la reforma del Código Civil operada por la Ley 15/2005.

Confío esperanzado que el autor, jurista de vocación, continúa en el futuro en esta misma línea de esfuerzo y dedicación generosa a la abogacía y al derecho, que nos permita disfrutar en lo sucesivo de nuevos trabajos como el que ahora nos ofrece para su deleite y aprovechamiento.

JOSÉ BONET NAVARRO

*Profesor Titular de Derecho Procesal en la Universitat de València
Magistrado Suplente de la Audiencia Provincial de Valencia
Aldaya, fallas de 2006*

I. BREVES REFERENCIAS AL CONJUNTO NORMATIVO EN MATERIA DE CUSTODIA

En la Exposición de Motivos de la 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 se insiste, y así se dice que la reforma que se acomete pretende que la libertad, como valor superior de nuestro ordenamiento jurídico, tenga su más adecuado reflejo en el matrimonio. Con este sentido, el legislador 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, como ya apuntaba MONTERO AROCA¹, 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 39.2.3 y 4 de la Constitución Española. Así, exige: 1) El deber de los poderes públicos de asegurar la protección integral de los hijos, con independencia de su filiación; 2) El deber de los padres de prestarles asistencia de todo orden, sean habidos dentro o fuera del matrimonio y fundamentalmente durante la minoría de edad; 3) La protección prevista en los acuerdos internacionales que velen por los derechos de los menores.

El nuevo artículo 92 del Código Civil, dispuesto en nueve apartados sobre los cinco que ofrecía el anterior texto, aún con

¹ **Montero Aroca, Juan**, *Guarda y Custodia de los hijos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pág. 58.