LA CUSTODIA COMPARTIDA COMO REGIMEN PREFERENTE EN EL CODIGO CIVIL

El pasado 13 de junio el actual Ministro de Justicia anunció ante el Congreso de los Diputados el compromiso del Gobierno de impulsar una "ley nacional" que modificara el Código Civil al objeto de que el régimen de custodia compartida deje de tener carácter excepcional, debiendo ser el Juez el que decida, teniendo en cuenta el interés del menor y tras recabar informes de especialistas, el régimen de guarda y custodia que considere más adecuado.

Hasta el momento, con excepción de las Comunidades Autónomas que ya cuentan con legislación específica en la materia –Aragón, Cataluña o Valencia-, el régimen de custodia compartida únicamente podía adoptarse cuando ambos progenitores así lo hubieran acordado o cuando, de forma excepcional y contando con informe favorable del Ministerio Fiscal, el Juez considerara que sólo de esa forma se protegía adecuadamente el interés superior del menor.

La reforma anunciada parece destinada a limitar dicha excepcionalidad, aunque se hayan desvelado pocos detalles acerca de si se va a optar por la preeminencia del régimen de custodia compartida frente al individual o porque ninguno de ellos resulte preeminente.

Se trata de un tema polémico que causa división de opiniones entre asociaciones y expertos, quienes no encuentran una postura de consenso. Sin embargo, las asociaciones de jueces parecen mostrarse de acuerdo en que sea precisamente el Juez quien tenga la discrecionalidad de decidir el régimen de custodia adecuado, según las circunstancias de cada caso concreto.

Sea cual sea el sistema que finalmente se adopte en la modificación del artículo 92 del Código Civil, parece haber consenso en que la regulación actual que recoge dicho precepto resulta obsoleta y rígida, en tanto en cuanto únicamente permite la adopción del régimen compartido con carácter excepcional.

Hasta el momento las legislaciones autonómicas han seguido la línea de considerar preferente el régimen de custodia compartida, lo que obliga a quien se opone a tal modalidad de guarda y custodia a desplegar una enorme actividad al objeto de que el Juez pueda fundamentar la

decisión que se aparte del régimen preferente, eso sí, basándose en todo momento en el principio del interés legal del menor.

La reforma que previsiblemente se efectuará a comienzos del próximo año tiene mayor alcance que el hecho de que ambos progenitores puedan disfrutar en condiciones de igualdad del cuidado y atención diarios de los hijos. Así, la adopción del régimen de custodia compartida conlleva, en primer lugar, que no exista pago de pensión o cantidad alguna entre los progenitores en concepto de alimentos de los hijos, salvo casos excepcionales y, en segundo lugar, elimina la atribución casi automática del uso del domicilio conyugal que se efectuaba en los casos del régimen de custodia individual, unido a que las legislaciones autonómicas sobre la materia tienden a la limitación temporal del uso de la vivienda, incluso en los casos en que el régimen adoptado haya sido el individual.

En definitiva, parece que la legislación nacional en materia de familia va a seguir el camino ya iniciado en Aragón, pionera en la regulación de la custodia compartida como régimen preferente en mayo de 2010, seguido por Cataluña y Valencia, en lo que parece ser la adecuación de la legislación a la estructura actual de las familias españolas de modo que, preferente o no, se convierte en un régimen al alcance de todos los progenitores, con independencia de la Comunidad Autónoma de residencia. Deja sin embargo muchas dudas, a la vista de la experiencia con la que ya se cuenta en Aragón, Cataluña y Valencia, acerca de si en la práctica el régimen compartido acaba siendo el más beneficioso para el menor, si la motivación para su solicitud, en caso de no estar de acuerdo los progenitores, se corresponde con el deseo de compartir el cuidado y atención diarias de los hijos en condiciones de igualdad o si se encuentra condicionado por las cuestiones económicas derivadas de su adopción –pensiones, vivienda, etc.-, todo ello unido a que en las separaciones y divorcios de mutuo acuerdo el régimen de custodia compartida sigue siendo minoritario.

Mercedes Arraiza Pueyo