

País vasco

Ley 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores.

Artículo 5. Convenio regulador.

Artículo 5.2.a.4) Lugar o lugares de residencia de los hijos o hijas, determinando cuál figurará a efectos de empadronamiento, que deberá coincidir preferentemente con el de aquel de los progenitores con el que, en cómputo anual, pasen la mayor parte del tiempo.

Artículo 5.2.b) La contribución, si procediera, a las cargas familiares y a los alimentos, respecto a las necesidades tanto ordinarias como extraordinarias, así como su periodicidad, forma de pago, bases de actualización, extinción y garantías en su caso, con especial atención a las necesidades de los menores, a su tiempo de permanencia con cada uno de los progenitores, a la capacidad económica de estos, a la atribución que se haya realizado del uso de la vivienda familiar, a la contribución a las cargas familiares, en su caso, y al lugar en que se haya fijado la residencia de los hijos menores comunes.

Artículo 5.2.c) La atribución, en su caso, del uso de la vivienda y ajuar familiar, así como de otras viviendas familiares que, perteneciendo a uno u otro miembro de la pareja, hayan sido utilizadas habitualmente en el ámbito familiar, cuando no se les hubiera dado un destino definitivo, y la duración, el cese y la repercusión que tal atribución haya de tener sobre las cargas familiares, la pensión de alimentos y la pensión por desequilibrio económico.

Artículo 5.11. Si las partes proponen un régimen de relación y comunicación de los hijos o hijas con otros parientes y personas allegadas, el juez podrá aprobarlo, si, previa audiencia de dichas personas, prestaran su consentimiento y siempre que fuera en interés de los hijos e hijas.

Artículo 7. Medidas judiciales.

1. A falta de acuerdo entre las partes, el juez determinará las medidas que hayan de regir las relaciones familiares a las que se refiere esta ley tras la ruptura de la convivencia, teniendo en cuenta los criterios que se establecen en los artículos siguientes.

2. Dichas medidas tendrán como finalidad:

c) Garantizar el mantenimiento del vínculo de los hijos e hijas menores con cada uno de los progenitores y los hermanos y hermanas si los hubiere, así como, en su caso, con el resto de parientes y personas allegadas.

Artículo 9. Guarda y custodia de los hijos e hijas.

3. El juez, a petición de parte, adoptará la custodia compartida siempre que no sea perjudicial para el interés de los y las menores, y atendiendo en todo caso a las siguientes circunstancias:

c) La edad de los hijos e hijas.

g) El arraigo social, escolar y familiar de los hijos e hijas.

i) La ubicación de sus residencias habituales, así como los apoyos con los que cuenten.

6. El juez podrá otorgar a uno solo de los progenitores la guarda y custodia de la persona menor de edad cuando lo considere necesario para garantizar el interés superior del menor y a la vista de los informes sociales, médicos, psicológicos y demás que procedan. En este supuesto podrá fijar un régimen de comunicación, estancia o visitas con el otro progenitor que garantice las relaciones paternofiliales así como, en su caso, con la familia extensa.

Artículo 10. Pensión de alimentos, cargas familiares y gastos extraordinarios.

1. El juez determinará, cuando proceda:

3. Para el cálculo de la prestación de alimentos por gastos ordinarios se tendrán en cuenta las necesidades de los hijos e hijas, los recursos económicos de cada miembro de la pareja, el tiempo de permanencia de los hijos e hijas con cada uno, la atribución que se haya realizado del uso de la vivienda familiar, el lugar en que se haya fijado la residencia de los hijos e hijas y la contribución a las cargas familiares, en su caso.

Los gastos extraordinarios de los hijos e hijas serán sufragados por los progenitores en proporción a sus recursos económicos disponibles. Los gastos voluntarios no necesarios se abonarán en función de los acuerdos a los que lleguen, y, en defecto de acuerdo, los abonará el progenitor que haya decidido su realización.

Artículo 11. Régimen de comunicación y estancia.

Igualmente, el juez podrá determinar el derecho de relación con otros parientes y allegados, previa audiencia a los mismos.

3. No obstante, con igual carácter general se entenderá que no procede atribuir la guarda y custodia de los hijos e hijas, ni individual ni compartida, ni un régimen de estancia, relación y comunicación respecto de ellos y ellas, al progenitor que haya sido condenado penalmente por sentencia firme por un delito de violencia doméstica o de género por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro miembro de la pareja o de los hijos e hijas que convivan con ambos hasta la extinción de la responsabilidad penal.

Custodia compartida

La guía completa con opiniones de expertos y contenido actualizado
Daniel Álvarez.14/06/2017

Contenido

- [¿Qué es la custodia compartida?](#)
- [Evolución y estadística](#)
- [Primeros pasos para solicitar la custodia compartida](#)
- [El convenio regulador y el interés del menor](#)
- [El proceso judicial: informes psicológicos y causas del rechazo](#)
- [Las diferencias en cada Comunidad Autónoma](#)
- [Preguntas frecuentes](#)
- [Referencias](#)

Uno de los trámites más complejos y difíciles de superar por el que una pareja puede hacer pasar a un menor es el del divorcio. Cuando hay hijos de por medio los efectos de la ruptura dejan daños colaterales más allá de los propios cónyuges y no son pocos los pequeños que atraviesan dificultades en el colegio o son recomendados para asistir a psicólogos a causa de las formas en las que sus padres se separan.

Por ello, desde hace unos años, en España ha emergido la figura de la custodia compartida. La Justicia y las propias parejas buscan de esta forma aliviar las cargas que pesan sobre el menor a través de una conciliación más próspera. Por lo tanto la primera idea clara que hay que tener sobre esto es que la motivación por la custodia compartida siempre va a ser velar por el bienestar del hijo.

Son muchos los interrogantes que planean sobre esta cuestión y todo lo referido al convenio regulador, guarda y custodia, patria potestad, requisitos y procedimientos para obtener la custodia compartida. Para aclarar las dudas y dar una visión completa de todo el procedimiento en **Easyoffer** hemos elaborado esta exhaustiva guía para que conozcas todo lo necesario respecto a un divorcio, separación o nulidad con hijos comunes.

1. ¿Qué es la custodia compartida?

Para empezar a entender este concepto en toda su magnitud necesitamos saber qué significa. La aplicación de la Justicia siempre es subjetiva, porque depende en última instancia de cómo un juez interpretará unos determinados hechos para, en arreglo a la Ley, emitir una sentencia.

Por eso el abogado José Miguel Sanz explica que "custodia compartida significa muchas cosas ya que según el desarrollo que aplique el juzgado puede tener variaciones". La esencia de la figura jurídica es que ante una ruptura, en cualquiera de sus formas, "los dos progenitores compartan al cincuenta por ciento el tiempo que pasen con sus hijos" aunque "el desarrollo en cuanto al cómo se divida ese tiempo puede ser de muchas maneras: por semanas, semestres o incluso años". Y no, no tienen por qué haber estado casados estos progenitores, ni tiene que tratarse de un divorcio como tal, sino que "siempre que haya una separación de los padres, física o legal, se tiene que regular".

Custodia compartida significa muchas cosas ya que según el desarrollo que aplique el juzgado puede tener variaciones

José Miguel Sanz ([Javaloyes Legal](#))

¿Y qué dice la Ley? El Código Civil hace referencia a la posibilidad de una custodia compartida en su Art.92.5 [1]: "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 ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento". También en el Código Civil, el libro jurídico sobre el que se cimientan las relaciones personales, se establecen las relaciones paterno-filiales aunque en ningún momento se hace mención a la custodia compartida.

¿Cómo se entiende la custodia compartida en España?

Una vez que sabemos lo que en teoría es toca analizar lo que se hace en la práctica. La tendencia, clara como veremos, es favorable a conceder custodia compartida sin que sea requisito imprescindible que ambos progenitores se pongan de acuerdo, sino que el juez podrá imponerla si los informes son favorables (lo analizaremos en el punto 5). Pero por el momento estas sentencias no están generalizadas y sigue el predominio de la custodia concedida únicamente a la madre.

El Gobierno aprobó en 2013 el Anteproyecto de Ley [2] que elimina la excepcionalidad de la custodia compartida, para que su uso comenzara a ser más frecuente a través de unos mecanismos establecidos. Entre otros, facilitar la mediación familiar y dar más poder al juez para poder decidir.

Varias comunidades autónomas han tratado de legislar sobre la materia para priorizar la custodia compartida por delante de un régimen de visitas tradicional, dando como resultado las conocidas como 'Ley de Custodia Compartida', entre otras, la 'Ley 7/2015 de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores' [3] en Euskadi o la 'Ley 5/2011 de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven' [4] publicada en el Diari Oficial de la Comunitat Valenciana, en vigor desde mayo de 2011 pero recientemente anulada [5] por el Tribunal Constitucional al entender que invade competencias estatales.







Sobre el Artículo 92.5 del CC existe actualmente mucha jurisprudencia, y reciente (desde 2014 a 2016). La Sala de lo Civil del Tribunal Supremo ha emitido sentencias favorables a la guarda y custodia compartida, en las que también se habla de pensión alimenticia y otros condicionantes; fallos que se pueden consultar aquí [6], en un resumen con los más destacados, y aquí [7] en su versión completa.

2. Evolución y estadística

Según apunta Carmen Sánchez, abogada de ALA (Asociación Libre de Abogadas y Abogados), desde 2009 se emiten sentencias en referencia a la custodia compartida por parte de los máximos órganos de Justicia en España, el Tribunal Supremo y el Constitucional.

Sánchez destaca tres momentos clave. En octubre de 2009 cuando el Supremo establece las condiciones para que exista la posibilidad de otorgar la guarda y custodia compartida, ya que el código español "no contiene una lista de criterios que permitan al juez determinar qué circunstancias deben ser tenidas en cuenta para justificar el interés del menor en supuestos en que existen discrepancias entre los progenitores" según detalla la sentencia. En la misma se habla de algunos requisitos que se solían utilizar, y que actualmente son tenidos en cuenta: [8]

- Aptitudes personales
- Deseo del menor
- Cumplimiento de los progenitores de sus deberes con sus hijos y el respeto en sus relaciones personales con otros miembros de la familia
- Acuerdos adoptados por los progenitores
- Ubicación de sus domicilios, horarios y actividades de cada parte
- Resultado de los informes legalmente exigidos

	Cumplimiento y respeto		Ubicación y horarios
	Acuerdos de los progenitores		Deseos del menor
	Resultado de los informes		Aptitudes personales

Requisitos para la otorgación de la custodia compartida.

En 2012 el Tribunal Constitucional declaró nulo, según indica Sánchez, la parte del Art.92.8 del CC que establecía que el informe favorable del ministerio fiscal era mandato imprescindible para que el juez acordara la guarda y custodia compartida si no existía acuerdo entre las partes.

Y en 2013, antes del Anteproyecto mencionado, los tribunales indicaron que la custodia compartida no era algo excepcional, como lo venía siendo hasta entonces, sino una opción por la que había que apostar, algo "normal y deseable".

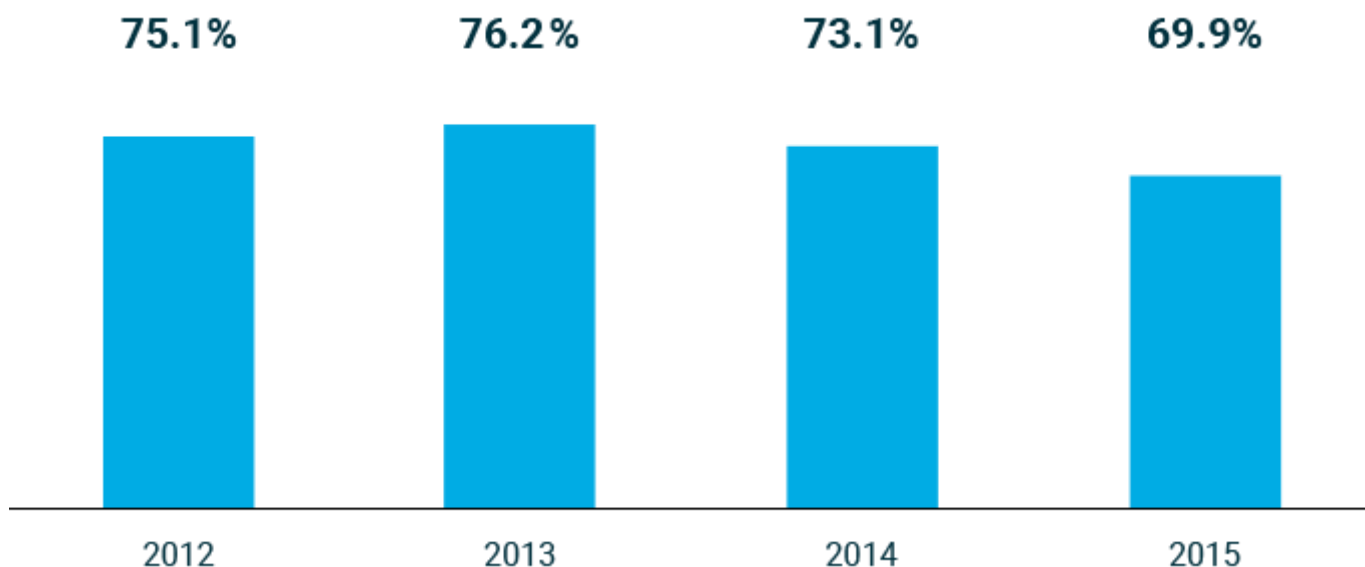
Una tendencia que se muestra en las cifras

Que la tenencia compartida es una realidad creciente lo demuestra la estadística. El Instituto Nacional de Estadística (INE) elabora anualmente unos informes sobre las nulidades, separaciones matrimoniales, y divorcios en las que se indica en qué porcentajes la custodia de los hijos en común es favorable a la madre, el padre, o es compartida [9].

El cambio comenzó a notarse a partir de 2010, después de la mencionada sentencia del Tribunal Supremo el año antes. Hasta entonces el porcentaje de custodia compartida respecto al total de divorcios, separaciones y nulidades fue de 9,7% en 2007, 2008 y 2009. En 2010 la tasa fue del 10,5% y desde entonces la tenencia compartida no ha parado de crecer: 12,3% en 2011, 14,6% en 2012, 17,9% en 2013, 21,2% en 2014 y 24,7% en 2015.

De esta forma, en 9 años la guarda y custodia compartida ha pasado de concederse residualmente a hacerlo a casi un cuarto del total de rupturas con hijos en común en España. Cifras que aumentan claramente año tras año.

No obstante, es la madre la que en la mayoría de ocasiones recibe en exclusividad la guarda y custodia: 69,9% en 2015, 73,10% en 2014, 76,2% en 2013, 75,1% en 2012, y más del 80% en 2011 y años anteriores.



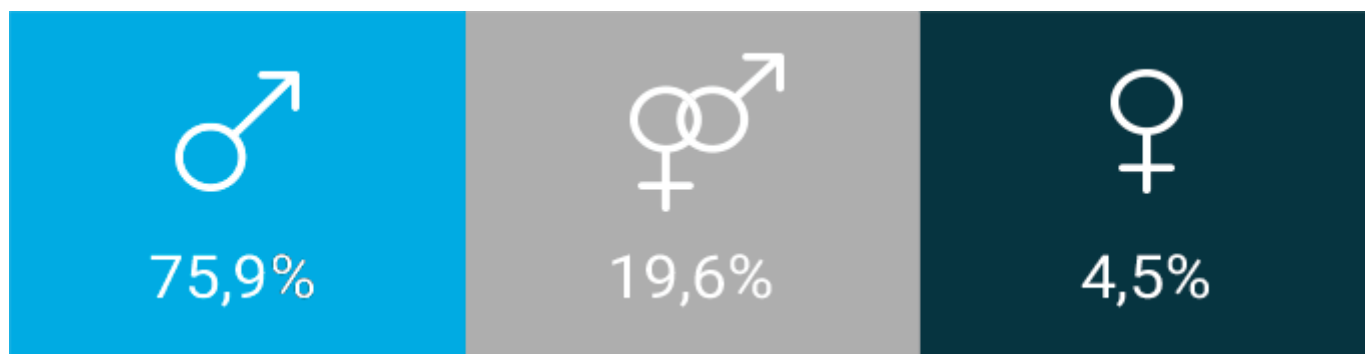
Evolución en la asignación de la custodia monoparental a la madre. Fuente: INE, 2015.

Para que sirva de ejemplo, y poder contextualizar mejor los porcentajes, en 2015 (último año del que se disponen cifras) se produjeron 101.357 casos de nulidad, separación o divorcio, una tasa de 2,2 por cada 1.000 habitantes. Predomina el divorcio, con 96.562 (el 95,3%), mientras solo tuvieron lugar 144 nulidades. En este mismo 2015 el 75,9% de los divorcios y el 86,3% de las separaciones fueron de mutuo acuerdo. Y tres de cada cuatro divorcios se resolvieron en menos de seis meses, algo también positivo para el menor ya que así esa situación no se prolonga demasiado en el tiempo.

Para completar la estadística hay que conocer que la evolución del número de procesos de ruptura ha descendido en la última década: de un total de 145.919 en 2006 hasta alcanzar mínimos en 2013, con 100.437.

La pensión alimenticia corresponde al padre

Las estadísticas del INE también recogen los datos referentes a la asignación de la pensión alimenticia de los hijos. En 2015 en más de la mitad de las rupturas se decretó el pago de esta pensión (en parejas con cónyuges de diferente sexo) y dentro de ese porcentaje casi siempre es el padre quien debe asumir esta partida (en el 75,9% de los casos) mientras que la madre la asume en el 4,5%, y es compartida por ambos en el 19,6%. Estas cifras apenas han variado durante los últimos años, aunque aquí también se aprecia una tendencia hacia el pago conjunto.



Sexo del progenitor que asume la pensión alimenticia. Fuente: INE, 2015.

"El menor tiene derecho a recibir alimentos proporcionalmente a sus necesidades, y a las capacidades económicas del progenitor" explica Isabel Odriozola, quien durante 16 años ejerció las funciones de juez sustituto en los juzgados de Guipúzcoa y Vizcaya. "En la custodia compartida se puede mantener la

pensión alimenticia según el sueldo de cada uno, son cuestiones que hay que tener en cuenta e ir desmenuzando al detalle en cada caso".

Los números sirven para hacer una fotografía fija al momento en el que nos encontramos, aunque no hay que olvidar que cada caso tiene sus particularidades. "Actualmente, y con independencia de la relación entre los progenitores, se intenta desarrollar una custodia compartida para obligarlos también a que, si es mala, la relación mejore. Ser padre es para toda la vida y los progenitores se van a tener que ver siempre, por eso algún juzgado pretende que la custodia compartida obligue a ver a los padres que sus hijos son lo más importante" concluye el letrado José Miguel Sanz, especialista en Derecho de Familia y partner de Easyoffer.

3. Primeros pasos para solicitar la custodia compartida

Ya conocemos la evolución jurídica sobre la custodia compartida, las sentencias que la respaldan, y las cifras reales que se dan año a año en España. Es el momento de preguntarse, ¿qué puedo hacer para conseguir la custodia compartida?

Como hemos apuntado al comienzo, el objetivo principal de este tipo de guarda y custodia es velar por el bienestar del hijo o hijos en común. Ello exige en muchas ocasiones dejar a un lado rencillas personales, olvidarse de venganzas, y renunciar como madre o padre a ventajas que podrían tener la custodia única. Todo ello para centrarse en el menor y procurar para él lo mejor.

Según apunta el abogado José Miguel Sanz, el primer paso sería "que los padres tuvieran un poco de sentido común para que de mutuo acuerdo pudieran llegar a ese fin". Esto implica buscar que el divorcio o la separación matrimonial sea amistosa a pesar de la dificultad del momento, o de que una de las partes no esté de acuerdo. Siempre el interés del niño debe quedar por encima.

Además esa conciliación va a ser beneficiosa, indirectamente, para los cónyuges. "Lo bueno es que los padres acuerden cómo llevar a cabo esa custodia compartida, y que no sea el juez porque su señoría no siempre se adapta a los tiempos de los progenitores" advierte Sanz.

Por lo tanto, ya desde el principio, con ayuda de tu abogado de confianza, debes poner sobre la mesa la posibilidad de alcanzar un divorcio de mutuo acuerdo en el que se fije una custodia compartida sensata y adaptada a las necesidades del menor teniendo en cuenta el modo de vida de los progenitores.



Pasos para solicitar la custodia compartida.

Requisitos para obtener la custodia compartida

Obviamente para solicitar y pactar esta posibilidad se deben dar unos requisitos. Antes detallábamos la sentencia que en 2009 detallaba esos condicionantes, aspectos que hay que tener muy presentes ya que ante todo se debe imponer el sentido común y la lógica.

"Creo que la custodia compartida tiene que partir de que ambos progenitores tengan una vida estructurada y organizada, que puedan aportar los mismos tiempos y atenciones a sus hijos y que no haya un desequilibrio entre los padres. Es buena base que el menor no note el cambio entre estar con la madre o el padre" reflexiona José Miguel Sanz desde Javaloyes Ruiz, su despacho en Madrid.

Por ello es fundamental en el momento de plantear el convenio regulador tener claro si se va a poder responder a las necesidades de los hijos y cumplir con lo que se pide establecer. "No se trata de poner un objetivo para satisfacer el orgullo personal, sino fijar algo que las partes sean capaces de asumir, hay que ser consecuente" defiende.

La estabilidad es una de las características a valorar por las partes. Ello implica los horarios de trabajo, el tipo de empleo o el lugar de domicilio. Por poner algún caso concreto, es difícil conceder la custodia compartida cuando uno de los progenitores es marino mercante o se ve obligado a viajar al extranjero, o fuera de la provincia, todas las semanas. O trabaja de 9 a 21h ininterrumpidamente.

La custodia compartida tiene que partir de que ambos progenitores tengan una vida organizada y puedan aportar las mismas atenciones a sus hijos. Custodia compartida significa muchas cosas ya que según el desarrollo que aplique el juzgado puede tener variaciones.

José Miguel Sanz ([Javaloyes Legal](#))

También es muy importante valorar dónde vive cada uno ya que "hay que pensar que los niños pueden cambiar de casa cada semana y no es lo ideal si se vive lejos". De nuevo el bienestar del menor por delante, para que sus rutinas (colegio, actividades extraescolares, amistades) no se vean dañadas.

José Miguel Sanz recuerda a su vez que la tenencia compartida puede ser flexible con el objetivo de adaptarse a la vida de los progenitores y a las necesidades del niño, de tal forma que "igual que el menor pase el 40% del tiempo con uno y el 60% con otro es lo mejor, aunque no sea custodia compartida como tal". Es importante no ceñirse a unos porcentajes sino pensar en sentido práctico.



Consideraciones para conceder la custodia compartida.

Por lo tanto, cuando en un primer momento os sentéis las partes en una mediación para buscar redactar un convenio regulador satisfactorio para los hijos, hay que tener presente cuánto tiempo y cómo se puede dar para buscar un planteamiento lógico. "Si el juez ve que el niño estará protegido no va a poner pegas, el Ministerio Fiscal vela por el interés de los menores" indica Sanz, quien también advierte: "Si se incumple el régimen por una de las partes la otra puede demandar y esto tiene dos vertientes, civil y penal. El incumplimiento económico puede ir por vía penal, una denuncia por abandono de familia".

4. El convenio regulador y el interés del menor

Con el divorcio o la separación sobre la mesa, llega el momento de elaborar el documento que va a ser la piedra angular de cualquier ruptura: el convenio regulador. Se trata de un texto en el que se registran las condiciones relativas a los hijos en común y al régimen económico del matrimonio, así como cualquier aspecto que pueda afectar a la vida presente y futura de los ex cónyuges.

El convenio regulador es una obligación en un proceso como este. Y es donde debe quedar plasmada la voluntad de la custodia compartida de los menores. Este documento viene recogido en el artículo 90 del Código Civil [10] y ahí se indica qué debe incluir, cómo lo tiene que hacer, y las decisiones que puede tomar el juez al respecto.

Este texto se entregará en el juzgado para su aprobación, y cuando el magistrado dé el visto bueno será vinculante para ambas partes. Hay que tener claro que no se trata de un contrato de por vida sino que, si hay cambios sustanciales que puedan afectar a las condiciones pactadas bien porque los hijos tienen nuevas necesidades o porque cambian las circunstancias de los cónyuges -por ejemplo, un traslado en el trabajo-, se podrá solicitar una revisión ante la Justicia.

¿Qué es el interés del menor?

Con respecto a sus hijos, si los progenitores quieren elaborar un convenio que de prioridad a los derechos del niño sobre sus propios intereses tendrán que pensar en todo momento en el llamado "interés del menor". Perseguir este interés es el medio hacia lograr el fin: el bienestar de los pequeños.

"Al niño hay que explicarle lo que pasa pero eso no puede suponer un impacto, no se le puede perjudicar ni tiene que sufrir trastornos o ruptura de sus vínculos. Tras el divorcio se intenta que el niño mantenga la misma forma de vida que antes, no lo tiene que vivir como algo traumático" explica Esther Romo, abogada especializada en derecho de Familia y que ha profundizado en el conocimiento del derecho de los menores.

Por tanto, el interés del menor se podría traducir como el bien físico, emocional y económico de los pequeños.

¿Qué puntos contiene un convenio regulador?

Basándonos en lo que expone el Código Civil, hay ciertos aspectos de obligado cumplimiento en el momento de redactar este texto. Es cierto que no existe un único modelo para ello sino que se trata de un documento flexible, abierto para que las partes puedan exponer e incluir lo que ellos deseen.

Como elementos básicos se deberán recoger:

- El ejercicio de la patria potestad de los hijos, y el régimen de comunicación y estancia de los progenitores con el menor. En el caso de la custodia compartida, aquí deberán detallarse las condiciones de cómo se va a llevar a cabo.
- El régimen de visitas de los abuelos y otros familiares, siempre atendiendo al interés del menor.
- La atribución del uso de la vivienda conyugal y el ajuar familiar
- La pensión alimenticia y otras cargas del matrimonio
- La forma de liquidación, si procede, del régimen económico
- La pensión que corresponda para uno de los cónyuges, en los casos donde exista un desequilibrio económico entre ambos y siempre que se reúnan las condiciones establecidas en el Art. 97 CC.

	Patria potestad de los hijos		Pensión alimenticia
	Régimen de visitas		Atribución de vivienda
	Forma de liquidación		Pensión de los cónyuges

Pasos para solicitar la custodia compartida.

¿Cómo se aprueba el convenio regulador?

Los acuerdos adoptados por los ex cónyuges y plasmados en el convenio regulador necesitan de la aprobación de un juez para que sean válidos y efectivos. Según se indica en el Código Civil, "serán aprobados salvo si son dañosos para los hijos o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges" y, en el caso de que sean rechazados, las partes tienen la posibilidad de volver a redactar una nueva propuesta.

Tras el divorcio se intenta que el niño mantenga la misma forma de vida que antes, no lo tiene que vivir como algo traumático

[Esther Romo Terrafeta](#)

El Secretario judicial, e incluso el notario, también tendrán potestad para dar por terminado el expediente si consideran un daño potencial para alguna de las partes o los menores involucrados. Además el juez o las partes podrán establecer las garantías reales o personales necesarias para el cumplimiento del convenio, según establece el Art. 90.

Si las partes no se pusieran de acuerdo en la redacción de un convenio será la Justicia la encargada de confeccionar las condiciones que regularán el divorcio, separación o nulidad. Por ello, para que no sea un tercero quien decida, es importante que reine el sentido común y se busque un punto de acuerdo satisfactorio para ambas partes.

5. El proceso judicial: informes psicológicos y causas del rechazo

Una vez acordado el convenio regulador, en este epígrafe queremos abordar el cómo hay que enfrentarse al proceso en los juzgados. Partimos de la base de que existe un entendimiento entre las partes que solicitan la custodia compartida aunque como hemos apuntado la tendencia es que no sea necesario la concordia entre los progenitores para llegar a una tenencia compartida.

Uno de los puntos más relevantes para juzgar la capacidad de las partes para compartir custodia será el informe psicológico, demostrar que se está preparado para asumir esa nueva situación. Y esta es una prueba que se hace al padre, a la madre y también a los hijos siempre que tengan una edad mínima para ello.

Hay que saber que durante un juicio o una vista el juez tendrá la libertad para solicitar lo que considere oportuno con el fin de tomar la mejor decisión. Y siempre tratará de proteger al menor, lo que implica en muchos casos el no llamarlo a declarar en un juzgado. Pero, según explica Odriozola, la opinión del hijo "se suele pedir siempre que tenga suficiente juicio, a partir de los 10 años según el caso; y si lo solicita alguna de las partes, o el juez, los menores a partir de 12 años tienen la obligación de acudir a una audiencia o someterse a los test psicológicos".

Esto genera problemas ya que para emitir un informe psicológico del menor se necesita el conocimiento y consentimiento de los dos progenitores, ya que de lo contrario el psicólogo podría enfrentarse a un expediente sancionador por parte de su Colegio profesional.

Aunque es indeseable y atenta contra el interés del menor, es relativamente frecuente que alguna de las partes use el testimonio del menor para criticar a la otra, convirtiendo al niño en un arma arbitral. Ante estos casos Odriozola, con experiencia en los juzgados como juez y como letrada, apunta que "esto se detecta rápido, primero porque el abogado se lo indica al magistrado, y este se pone a observar" aunque prefiere no generalizar: "Estos procesos pueden sacar lo peor o lo mejor de cada progenitor, son asuntos muy personales".

"Cuando un juez detecta que se usa al niño como arma, porque se lo indica el Ministerio Fiscal o una de las partes, existe un procedimiento de urgencia recogido en el CC 156 y 158 por el cual convocas a las partes a una vista y después tomas unas medidas provisionales para evitar el desamparo del menor" recuerda Isabel Odriozola.

¿Por qué motivos puede el juez rechazar la custodia?

Llegados a este punto, lo normal es que la custodia compartida avance y no haya inconveniente para otorgarla. Como hemos apuntado anteriormente hay un aspecto fundamental para aprobar este tipo de tenencia, que es que las circunstancias del menor no cambien o cambien lo mínimo, ya que la Ley dice que prima el interés superior del menor.

También es necesario que los progenitores apliquen el sentido común y busquen el bienestar de los pequeños, dejando sus propios intereses a un lado. Es deseable que exista una relación de respeto entre los padres, aunque como hemos visto algunos jueces optan por fijar la custodia compartida para obligar a los progenitores a aprender a convivir en pro del niño.

Uno de los aspectos que va a tener en cuenta el juez es, según señala Esther Romo, "demostrar que estás psicológicamente preparado, tanto los progenitores como el menor, por lo que tienen mucha importancia los informes de los psicólogos con el objetivo de evitar problemas". Y lo cierto es que es muy habitual que las partes reclamen al equipo psicosocial para valorar las situaciones ante un Tribunal.

Cuando un juez detecta que se usa al niño como arma existe un procedimiento de urgencia recogido en el CC 156 y 158 con el fin de evitar el desamparo del menor

Isabel Odriozola Trueba

Romo, en una visión amplia, considera que "siempre que un juez rechaza esta custodia es porque cree que el interés del menor se verá perjudicado. Por ejemplo si los padres no se llevan bien, o si alguno de ellos por horario no va a poder atender a atender al hijo y pretende dejarlo al cuidado de terceros". Esta abogada especializada remarca que "son muchos los factores que pueden llevar a un Juez a no dar la compartida" y pone otro ejemplo: "Los ingresos de la madre y el padre tienen que ser similares. Si uno de ellos no trabaja y el otro pide la compartida, o acuerdan el pasar pensión o el magistrado puede entender que lo que busca esa parte es librarse de ese pago y por ello puede rechazar la custodia".

En una línea similar apunta Isabel Odriozola, quien según su criterio "primero sometería la decisión al equipo psicosocial pero siempre pensando en el interés del menor, que tiene derecho a tener un padre y una madre". Por lo que existen decenas de opciones y dependerá de cada situación concreta el organizar una u otra.

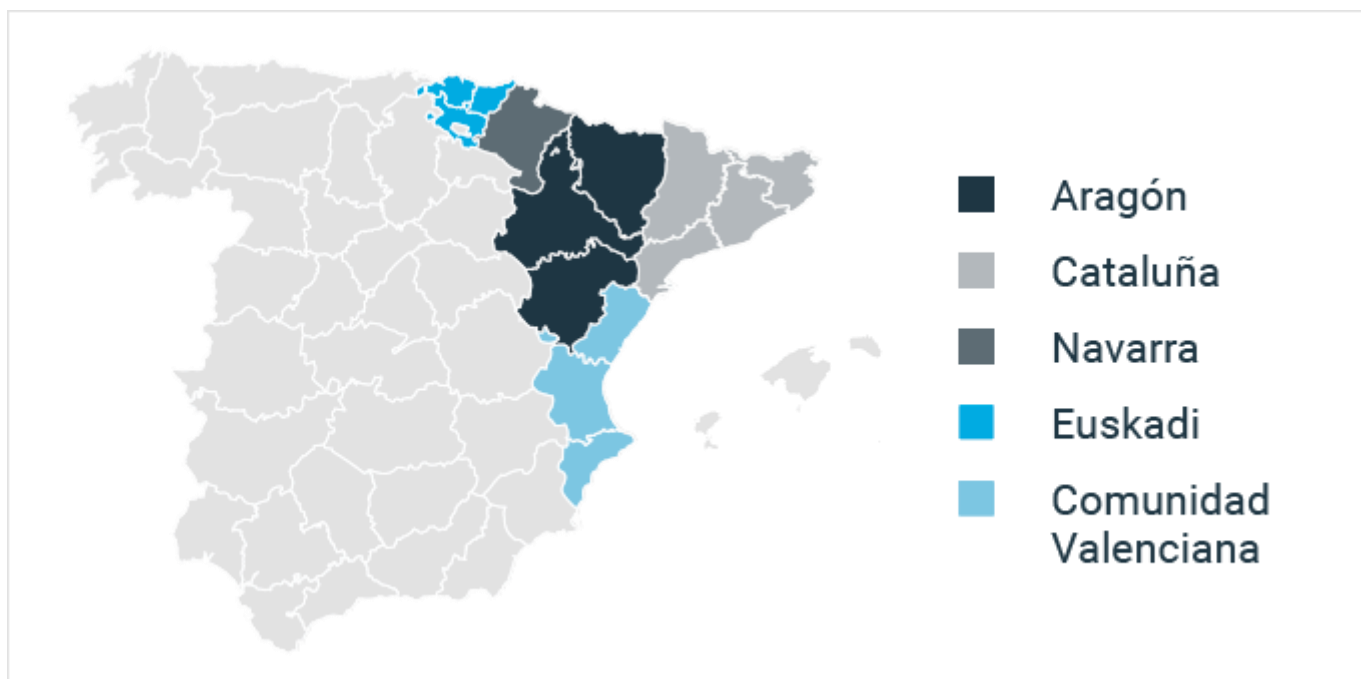
6. Las diferencias en cada Comunidad Autónoma

Ahora que conoces cuáles son los mecanismos generales de la custodia compartida es necesario hacer unas apreciaciones regionales, ya que no en todas las comunidades existe la misma tendencia, ni las mismas leyes. Es cierto que en esencia en toda la geografía española se sigue el mismo procedimiento pero hay algunas regiones que optan de manera prioritaria por la compartida, y otras que siguen optando por la madre. En este punto también veremos si es necesario realizar algún trámite para traspasar los expedientes de una comunidad a otra.

Generalmente el criterio de los jueces y la norma, cuando de la custodia de los menores tras una ruptura se trata, cae hacia el lado de la madre. Hay quien entiende que, por ejemplo en edades tempranas, el vínculo materno es más intenso que el paterno y eso hace inclinar la balanza. Pero de igual modo es una tendencia mayoritaria hacia la madre, como vimos en las estadísticas en el epígrafe 2. Pero no en todas las comunidades autónomas es igual.

Aragón toma la tenencia compartida como norma preferente en virtud a su Derecho Foral [11]; e igual sucede en la Comunidad Valenciana donde es la norma general a pesar de que el Constitucional ha tumbado la Ley que pretendía regular las relaciones familiares de los progenitores que no conviven.

Navarra ha profundizado bastante en el tema de los derechos de la infancia y de la protección de estos ante la ruptura de los padres, y como fruto existe un amplio Derecho Civil general y Leyes específicas: Ley Foral para la igualdad jurídica de las parejas estables [12], Ley Foral de promoción, atención y protección a la infancia y a la adolescencia [13]; y la Ley Foral sobre custodia de los hijos en los casos de ruptura de la convivencia de los padres [14]. En este último texto jurídico se dice que el objetivo es "adoptar las medidas necesarias" sobre la custodia de los menores para proteger el interés de estos y también "la igualdad de los progenitores, y facilitar el acuerdo de estos a través de la mediación familiar".



Provincias que optan mayoritariamente por la custodia compartida.

Cataluña, hacia la custodia compartida y el entendimiento

El caso de Navarra, en el que se prioriza el acuerdo, es similar también al que existe en Cataluña. Esther Romo está colegiada en el Ilustre Colegio de Abogados de Terrasa y conoce bien la situación que se da en esta región: "Aquí se están dando bastantes casos de compartidas pero miran mucho que se cumplan dos cosas: la proximidad de los domicilios de padre y madre, y el hecho de que los niños puedan ir al mismo colegio sin desplazarse mucho. También que no haya problemas entre los progenitores, que más o menos tengan una relación de respeto, porque se tiende a dársela a la madre en caso contrario".

De hecho Cataluña tiene por escrito los "criterios para determinar el régimen y la forma de ejercer la guarda" recogido en el libro segundo del Código Civil de Cataluña [15], relativo a la persona y la familia, aunque está en proceso de actualización a comienzos de 2017. Ahí se establece que se tendrán en cuenta:

- La vinculación afectiva entre los hijos y los progenitores
- La aptitud de los progenitores para garantizar el bienestar de sus hijos
- La actitud de los progenitores para cooperar con el otro
- El tiempo que cada progenitor había dedicado a la atención de los hijos antes de la ruptura
- La opinión de los hijos
- Los acuerdos adoptados fuera de convenio antes de iniciarse el procedimiento de ruptura

- La situación de los domicilios de los progenitores así como los horarios y las actividades tanto de padres como de hijos

La compartida en Euskadi, una tendencia acelerada en el último lustro Isabel Odriozola, colegiada en el Señorío de Vizcaya, explica que en Euskadi "hay una Ley de Custodia Compartida [3] que entró en vigor en octubre de 2015, pero la tendencia es hacia la compartida desde aproximadamente hace cinco años". Esta letrada, que fue jueza sustituta durante 16 años, recuerda que "en 2003 ya emití una sentencia sobre la custodia compartida" y detalla que los trámites para solicitarla se han simplificado: "Antes lo tenía que pedir el Ministerio Fiscal, ahora se ha ampliado el número de personas legitimadas para solicitar la tenencia compartida y las leyes se modifican claramente para promover esto".

Por lo tanto siempre que no sea perjudicial para el menor, y lo solicite una de las partes, los jueces vascos optarán con carácter prioritario por esta forma de custodia del menor.

Trámites para pasar de una comunidad a otra

A la luz de que hay diferentes legislaciones para cada comunidad surge la duda, ¿qué sucede si una pareja separada ha iniciado el procedimiento en una región, y luego se traslada a otra? Los partners de Easyoffer responden a esta cuestión.

Romo explica que "en todo el territorio español, vale lo que se haya dictado en primer lugar" algo en lo que coincide Odriozola: "Con la última modificación esto ya ha dejado de discutirse, lo lleva el primer juzgado. Por ejemplo un caso real de una pareja que se separó en Madrid, él fue a Bilbao y ella se mudó a La Coruña, y fue el juzgado de Madrid quien hizo los trámites".

7. Preguntas frecuentes

¿Qué pasa si el menor no quiere custodia compartida?

El interés del menor es el bien último que se persigue con la custodia compartida por lo que escuchar su opinión es muy importante. Obviamente aquí influye mucho la edad del hijo, y dependerá también del criterio del juez. Pero para que sirva de orientación, a partir de los 10 años la opinión del pequeño empieza a ser tenida seriamente en cuenta, y puede servir para decantar la opinión del magistrado hacia la custodia compartida o hacia la tenencia única por un progenitor con un régimen de visitas establecido. No obstante, aquí el juez también intentará descubrir si detrás de la opinión de un menor se esconde un intento tendencioso de manipulación por parte del padre o la madre.

Aquí también hay que considerar la posibilidad de que, si la pareja tiene varios hijos, cada uno tenga una opinión sobre con quién prefiere convivir. En estos casos, más complejos, prevalecerá la opinión del juez a la luz de lo que indiquen los informes psicológicos. Aunque no existe una fórmula matemática para establecer el reparto de la guarda y custodia por lo que cada caso es particular.

¿Qué pasa si no cumplo con la pensión alimenticia u otras obligaciones?

Según establece el Código Penal en su Art. 227 el no pagar "cualquier tipo de prestación económica en favor de su cónyuge o sus hijos, establecida en convenio judicialmente aprobado" está castigado con penas de prisión de tres meses a un año y multas de seis a 24 meses [16].

Del mismo modo, el abandono familiar es también un delito aunque se produzca de forma temporada. Todo tiene que estar enfocado al bienestar del menor, y este tiene derecho a los cuidados necesarios y a recibir alimentos proporcionalmente a sus necesidades y a las capacidades económicas de los progenitores.

Por lo tanto si uno de los progenitores no puede hacer frente a los pagos establecidos inicialmente en un convenio tiene la posibilidad, antes de dejar de pagar unilateralmente, de comunicarlo a su abogado y en los juzgados para poder revisar la custodia del menor. Ante cambios sustanciales en las condiciones iniciales (por ejemplo que una parte haya perdido su trabajo, o reducido su salario, y no pueda afrontar la pensión alimenticia) habrá que revisar las condiciones y establecer unas nuevas acordes a la situación real. Dependerá del juez el mantener la compartida con otras condiciones, o el otorgar la custodia a uno de los progenitores en exclusividad.

Como ya hemos apuntado antes, las medidas referentes a Familia siempre son revisables y tienen como fin último la defensa del menor, por lo que ante cada cambio sustancial habrá que pactar nuevas condiciones, tantas veces como sea necesario. Para iniciar este procedimiento, regulado en la Ley de Enjuiciamiento Civil [17], hay que dirigirse al juzgado que conoció el pleito principal.

¿Quién se queda la casa?

Se trata de uno de los principales conflictos tras una separación. El reparto del domicilio conyugal, hasta donde ese momento vivían los miembros de la unidad familiar, supone muchos problemas. Hay dos formas de gestionar esta situación: el menor se queda en la casa y los padres van rotando, o es el hijo quien periódicamente cambia de hogar.

La primera opción es en muchos casos compleja de llevar a la práctica. Mientras que con la segunda se pone en peligro el interés del menor, si las viviendas de padre y madre se encontrasen lejos la una de la otra. Por ello uno de los requisitos principales es que ambos progenitores vivan cerca y así el pequeño pueda seguir sus rutinas.

Sin embargo, todavía hay quien busca pedir la custodia única del menor porque eso lleva aparejado generalmente quedarse el domicilio familiar. Aunque cada vez más veces el juez adivina las intenciones y puede plantear la compartida.

¿Es lo mismo custodia que patria potestad?

No, no tiene nada que ver. Según indica José Miguel Sanz, la patria potestad "es algo que los padres tienen 'per se' y que no se pierde salvo en situaciones extremadamente graves", aunque puede haber algún progenitor que no la ejerza al desaparecer de la vida del menor. La patria potestad es el conjunto de derechos y obligaciones que un padre o una madre tienen sobre sus hijos, y va más allá de quién tiene la custodia. Se trata de un derecho personal e intransferible que no guarda relación directa con la guarda y custodia.

¿La edad del menor condiciona?

La edad del menor o menores en principio sí va a influir en la custodia compartida. El texto jurídico entiende que a una edad más temprana el pequeño va a tener un mayor vínculo con su madre lo que puede hacer que la decisión del tribunal se incline en su favor. No obstante como decimos a lo largo de toda la guía son muchos los factores que hay que tener en cuenta y cada caso tiene sus particularidades por lo que no se puede establecer un criterio único.

¿Qué sucede en casos de malos tratos?

La respuesta corta es que es una persona condenada por malos tratos no tendrá la custodia del menor, ni siquiera de forma compartida. No obstante hay matices, porque en un primer momento el borrador de la Ley sobre Custodia planteaba la posibilidad de que sí pudiera un maltratador optar a esa tenencia.

Esther Romo detalla que ante una denuncia por violencia de género primero existe un procedimiento penal, con sus medidas cautelares, y hasta que este no se resuelva no se establecerá ningún tipo de custodia sino que el niño se quedará donde más seguro esté siguiendo el criterio del juez.

Odrizola, quien puso el funcionamiento del juzgado de violencia contra la mujer en Barakaldo, detalla sobre el proceso: "Hacíamos una prueba preconstituida en la que nos juntábamos los padres, el menor, la psicóloga y el fiscal. Se hacía unas preguntas al menor diciéndole que no mintiera pero que no era obligatorio contestar, todo ello grabado ya que también se tenía en cuenta la expresión corporal". Aunque según su criterio, en casos de malos tratos la custodia será con casi toda probabilidad para la víctima aunque se intenta que no pierda el contacto con el otro progenitor a través de visitas llevadas a cabo en puntos de encuentro.

En la misma línea, José Miguel Sanz cree que una causa de malos tratos es un obstáculo prácticamente insalvable para obtener la custodia siempre que haya una condena firme.

Hay que tener en cuenta la importancia del signo del veredicto del juez en la vía penal por la denuncia de maltrato. En cualquier caso la persona denunciada perderá seguramente el contacto directo con sus hijos durante el año o el año y medio que dure el proceso de resolución de esa denuncia, por lo que aunque luego la sentencia salga absolutoria obtener la compartida puede ser más difícil.

Siempre que hay denuncia o sospecha de malos tratos, o una situación de familia desestructurada, los servicios sociales (que es un servicio municipal de cada ayuntamiento) intervienen mucho para hacer seguimientos, incluso a veces chocando con la decisión de un juez. En los casos de asesinato, donde un progenitor acabe con la vida del otro, la custodia del menor pasa a los abuelos, algún familiar cercano, o a los servicios sociales.

¿Qué pasa si uno de los progenitores encuentra pareja?

En estos casos dependerá de la actitud que adopten los progenitores. Según consideran los letrados consultados por Easyoffer es complicado que el hecho de que una de las partes encuentre una nueva pareja sea considerado como un cambio sustancial que obligue a modificar el convenio regulador.

No obstante es importante que reine la sensatez y el sentido común para que no haya celos ni rencillas que puedan trasladarse al menor en común. Así que en última instancia dependerá de cómo ambas partes afronten la nueva situación.

¿Cuál es el papel del Ministerio Fiscal en este proceso?

El Ministerio Fiscal es un órgano con personalidad jurídica propia encargado de velar por el buen funcionamiento de la Justicia, en defensa de la legalidad y de los derechos de los ciudadanos.

Por ello puede tomar parte en el proceso cuando detecte irregularidades, mala intención por parte de los progenitores, o simplemente para solicitar alguna medida que vaya en defensa del interés del menor.

¿Existe un proceso de seguimiento para el cumplimiento de la compartida?

En España la Justicia es rogada por lo que para conseguir algo se tiene que pedir antes. Con carácter general no se establecen mecanismos de seguimiento por parte de la Administración para saber si se cumplen las condiciones de la tenencia compartida. El cliente podrá solicitar a su abogado que haga un seguimiento, y este se lo podrá trasladar al juez si existe incumplimiento. También, si se solicita y el magistrado lo estima, podría articularse una supervisión aunque siempre teniendo en cuenta que lo importante son los derechos del menor.

¿Qué papel pueden jugar otros familiares como abuelos o hermanos?

En situaciones excepcionales la custodia de los menores podrá recaer en terceras personas como los abuelos, los tíos u otros familiares. Estos no podrán solicitar al juez la tenencia compartida, ya que no son sus propios hijos, pero sí podrán ser tenidos en cuenta como otro de los factores a tener en cuenta.