

CUSTODIA COMPARTIDA: SUPERANDO INCONVENIENTES PARA BUSCAR SUS VENTAJAS



[spacer]

[spacer]

Cristóbal Pinto Andrade

Abogado y blogger

www.jurisprudenciaderechofamilia.com

[spacer]

[spacer]

[spacer]

[spacer]

[spacer]

[spacer]

PRESENTACIÓN

Este mes en la sección «Firma invitada» de este espacio virtual que, como siempre digo, pretende ser de todos, tengo el placer de presentar a un «colega» con el que coincido en 3 cosas, los dos somos abogados, los dos somos bloggers y los dos estamos especializados en Derecho de Familia, su nombre Cristóbal Pinto Andrade.

Recientemente Cristóbal ha publicado un ebook, **«La custodia compartida en Euskadi (análisis doctrinal y práctica jurisprudencial)»**, y me ha parecido una buena excusa para que este mes fuera nuestra firma invitada.

Aunque lo que Cristóbal nos cuenta en su ebook, y por extensión en este post, se refiera principalmente al País Vasco, lo cierto es que es de interés para todos y extrapolable a todas las Comunidades Autónomas, ya que al fin y al cabo **es un anhelo de todos que llegue un día en que la Custodia Compartida sea el régimen normal, deseable y adecuado en todos los rincones de España.**

Para los que no conocen a Cristóbal les invito a visitar su blog, www.jurisprudenciaderechofamilia.com, un referente para todos aquellos que nos dedicamos al Derecho de Familia.

[spacer]

CUSTODIA COMPARTIDA: SUPERANDO INCONVENIENTES PARA BUSCAR SUS VENTAJAS

El 10 de octubre de 2015 entró en vigor la Ley 7/2015 *“de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores”* y conocida más popularmente (aunque mal llamada) como *“Ley vasca de custodia compartida”*. Mal llamada porque en realidad la Ley regula las medidas judiciales que

afectan a los hijos tras la ruptura de la convivencia de sus progenitores: patria potestad, ejercicio de custodia -exclusiva o compartida-, derecho de relación, atribución del uso de la vivienda familiar y pensión de alimentos.

En lo afectante a la institución de la **custodia compartida**, siguiendo la doctrina jurisprudencial sentada por el Tribunal Supremo (a



partir de la **STS 1ª de 7 de julio de 2011**), el legislador vasco la **configura legalmente como el régimen normal, deseable y adecuado** que habrá de adoptarse judicialmente, como primera opción preferente, siempre que sea posible, teniendo en cuenta y valorando todas las circunstancias concurrentes y sin perder de vista el interés superior del menor. Configurada así legalmente la custodia compartida, la consecuencia es clara: se adoptará el sistema de custodia compartida salvo que se vislumbre que sea perjudicial para el menor.

La práctica judicial pone de manifiesto que los motivos inconvenientes que habitualmente suelen ser alegados por uno de los progenitores, Ministerio Fiscal o Equipo Psicosocial para desaconsejar la custodia compartida tienen que ver con:

- Las malas relaciones entre los progenitores
- La indisponibilidad laboral de horarios de alguno de los progenitores, o la imposibilidad de conciliar la vida laboral y familiar
- La ubicación de los domicilios de ambos progenitores y la desestabilización de los menores
- La mayor implicación de uno de los progenitores en el

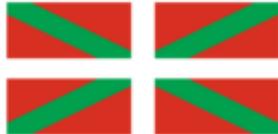
cuidado de los hijos durante la convivencia

- La corta edad de los hijos
- La opinión contraria de los hijos
- Los resultados desaconsejantes en los Informes de especialistas

Pues bien, el análisis de la Jurisprudencia que las AAPP vascas han ido vertiendo desde la entrada en vigor de la Ley 7/2015, tal y como expongo pormenorizada y extensamente en mi ebook recientemente publicado «**La custodia compartida en Euskadi (análisis doctrinal y práctica jurisprudencial)**» pone de manifiesto que, en virtud de configuración legal preferencial de la custodia compartida, las resoluciones tienden a tratar de remover y superar todos los posibles inconvenientes, obstáculos u objeciones en que puedan dificultar la instauración y desarrollo de la custodia compartida apelando a la responsabilidad, la voluntad y al esfuerzo de los progenitores a adoptar soluciones y decisiones que la faciliten. Con claridad puede afirmarse que **existe una voluntad decidida y firme en los Juzgados y Tribunales vascos de -en la medida de lo materialmente posible- promover e incentivar la custodia compartida.**

LA CUSTODIA COMPARTIDA EN EUSKADI

Análisis doctrinal y práctica judicial



*Estudio crítico y jurisprudencial sobre la determinación
judicial de la custodia compartida en la Ley 7/2015 sobre
relaciones familiares en supuestos de separación o
ruptura de los progenitores*

Cristóbal Pinto

En efecto, la postura de la Jurisprudencia de las Audiencias Provinciales vascas consiste, con claridad, en entender que si concurren los requerimientos necesarios tanto logísticos como de capacidad parental y vinculación afectiva con los hijos para poder desarrollar la custodia compartida y no se comprueba la existencia de razones o causas graves y concretas que excluyan tal posibilidad, debe adoptarse judicialmente este sistema.

En síntesis, las Audiencias Provinciales vascas, en sus resoluciones, siempre que quede acreditada la capacidad parental y la vinculación afectiva del menor hacia ambos progenitores, abogan siempre por intentar minimizar y soslayar -en lo posible- la importancia de los inconvenientes que se presenten en la medida de las ventajas que comporta la instauración de la custodia compartida apelando en último término al esfuerzo y responsabilidad de los progenitores.

Siempre se ha destacado en la Doctrina que la mera superación de los tradicionalmente contrapuestos conceptos de “custodia” (como sinónimo de convivencia cotidiana con el menor) y “visitas” (como convivencia esporádica) ya sirve para evitar plantear la ruptura en términos de ganador y perdedor, en

definitiva, para coadyuvar a una de las funciones que ha de perseguir el procedimiento de familia: la de pacificación del conflicto. En el ámbito del Derecho civil catalán, en la **STSJ Cataluña 1ª de 31 de julio de 2008**, y exponiendo la postura del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña favorable a su aplicación señalando las ventajas que presenta: *“Coadyuva a visualizar la ruptura matrimonial como un conflicto en el que no existen vencedores y vencidos ni culpables e inocentes, así como a concebir el reparto equilibrado de cargas derivadas de la relación paterno filial como algo consustancial y natural, y no como algo eventual o accidental, favoreciendo la implantación en los hijos de la idea de la igualdad de sexos”*.

Por lo demás, desde que el Código Civil fue reformado en 2005 para dar reconocimiento legal a la figura de la “guarda y custodia compartida”, no han sido pocas las resoluciones judiciales que han venido señalando las ventajas genéricas que presenta una custodia compartida de los hijos frente al sistema de custodia monoparental (**SAP Barcelona 18ª 20 de febrero de 2007**):

- Se garantiza a los hijos la posibilidad de disfrutar de la presencia de ambos progenitores, pese a la ruptura de las relaciones de pareja, siendo tal presencia similar de ambas figuras parentales y constituye el modelo de convivencia que más se acerca a la forma de vivir de los hijos durante la convivencia de pareja de sus padres, por lo que la ruptura resulta menos traumática;
- Se evitan determinados sentimientos negativos en los menores, entre los cuales cabe relacionar los siguientes: miedo al abandono; conflicto de lealtades; sentimiento de culpa; sentimiento de negación; sentimiento de suplantación; etc.,
- Se fomenta una actitud más abierta de los hijos hacia la separación de los padres que permite una mayor aceptación del nuevo contexto y se evitan situaciones de manipulación consciente o inconsciente por parte de los

padres frente a los hijos.

- Se garantiza a los padres la posibilidad de seguir ejerciendo sus derechos y obligaciones inherentes a la potestad o corresponsabilidad parental y de participar en igualdad de condiciones en el desarrollo y crecimiento de sus hijos, evitando, así, el sentimiento de pérdida que tiene el progenitor cuando se atribuye la custodia al otro progenitor y la desmotivación que se deriva cuando debe abonarse la pensión de alimentos, consiguiendo, además, con ello, una mayor concienciación de ambos en la necesidad de contribuir a los gastos de los hijos;
- No se cuestiona la idoneidad de ninguno de los progenitores.
- Hay una equiparación entre ambos progenitores en cuanto a tiempo libre para su vida personal y profesional, con lo que se evitan de esta manera dinámicas de dependencia en la relación con los hijos, pues en ocasiones el dolor y vacío que produce una separación se tiende a suplir con la compañía del hijo o hija que se convierte así en la única razón de vivir de un progenitor; y
- Los padres han de cooperar necesariamente, por lo que el sistema de guarda compartida favorece la adopción de acuerdos, lo que se convierte asimismo en un modelo educativo de conducta para el menor.

En este sentido, ni el Tribunal Supremo se ha sustraído a señalar las ventajas de una custodia compartida frente al sistema de custodia en exclusiva (**STS 1ª de 25 de noviembre de 2013**):

- a) Se fomenta la integración del menor con ambos padres, evitando desequilibrios en los tiempos de presencia.
- b) Se evita el sentimiento de pérdida.
- c) No se cuestiona la idoneidad de los progenitores.

d) Se estimula la cooperación de los padres, en beneficio del menor, que ya se ha venido desarrollando con eficiencia.

Así que, sin lugar a dudas, bien puede decirse que la Jurisprudencia de las Audiencias Provinciales vascas se esfuerza en superar inconvenientes, en la medida de lo posible,



para buscar todas estas ventajas, apostando firmemente por la instauración de la custodia compartida en las rupturas judicializadas. Las cifras avalan cuanto señalo: transcurridos algo más dos años desde su entrada en vigor la eficacia de la Ley en torno a la custodia compartida queda fuera de toda duda: Según las estadísticas expuestas por la Memoria de la Fiscalía Superior del País Vasco publicada el 22 de septiembre de 2017 desde la entrada en vigor de la ley, la Fiscalía constata ese aumento de los casos de custodia compartida y calcula que en aproximadamente **un tercio en los procesos de ruptura familiar con menores se ha llegado a este acuerdo**. Este dato contrasta con los que se venían alcanzando en años anteriores con la mera aplicación del Código Civil; solamente el empuje del cambio de orientación por parte del Tribunal Supremo había situado al País Vasco cerca de la media estatal: según datos del toman como base las cifras del Instituto Nacional de Estadística (INE) sobre rupturas matrimoniales referidos a 2015, en los Tribunales vascos se establecía la custodia compartida en el 25.9% de los casos, esto es, **en una cuarta parte de los procesos de ruptura**

familiar.

[spacer]