

LEGÁLITAS

Patria potestad, custodia y régimen de visitas

Manual de Supervivencia Jurídica





Legálitas es la legaltech española líder en asesoramiento jurídico para familias, autónomos y pymes, con más de 20 años de experiencia en el sector, innovando y utilizando la tecnología para garantizar la máxima calidad en los procesos. Así, nos anticipamos a los problemas de los ciudadanos y les ayudamos en su día a día de una manera sencilla, accesible y eficaz.

Por ello, ponemos a tu disposición una colección de Manuales de Supervivencia Jurídica, para que cualquier persona ajena al mundo de la abogacía, tenga la oportunidad de saber cuáles son sus derechos y deberes en diferentes aspectos de la vida: vivienda, vehículo, familia, uso de internet, etc.

La lectura de este manual te ayudará a sobrevivir jurídicamente en un entorno en el que cada vez es más necesaria la presencia de un abogado. Si después de haberlo hecho, todavía te quedan preguntas sin responder, te invitamos a llamar a Legálitas para que puedan ser resueltas. Contamos con más de 800 abogados expertos dispuestos a ayudarte y una red nacional de 277 despachos por toda España.

Legálitas

Avda. Leopoldo Calvo Sotelo-Bustelo 6
28224 Pozuelo de Alarcón (Madrid)
911 513 715
info@legalitas.es

Patria potestad, custodia y régimen de visitas

Manual de Supervivencia Jurídica

Sobre los hijos

Patria potestad

- ¿Qué es la patria potestad de los hijos menores?
- ¿Qué es un convenio regulador?
- Privación de patria potestad y recuperación
- Discrepancia en ejercicio patria potestad
- Reforma del artículo 156 código civil: Llevar al menor al psicólogo

Custodia

- ¿Qué es la guarda y custodia de los hijos menores?
- ¿Qué es la guarda y custodia compartida?
- ¿Cuál es el criterio de atribución de la guarda y custodia?
- ¿Se puede establecer la custodia compartida de mutuo acuerdo?

- Tengo la custodia de mis hijos y mi expareja dice que quiere cambiar a compartida ¿se puede?
- ¿Cómo se decide el tiempo de alternancia con los hijos en la custodia compartida?
- ¿A qué edad se deben modificar los acuerdos económicos alcanzados?
- La custodia de los hijos cuando hay pareja de hecho, o no hay matrimonio
- Custodia compartida - TS

Régimen de visitas y comunicaciones de los hijos en el divorcio

- ¿Qué es el régimen de visitas?
- ¿Y el régimen de comunicaciones?
- ¿Dónde y cómo se realiza la entrega de los menores en ese régimen de visitas?
- ¿Qué sucede cuando el progenitor no custodio no vive en la misma localidad o comunidad que sus hijos menores?
- Visitas en punto de encuentro
- Artículo 94 Código Civil- supresión régimen visitas



Sobre los hijos

La separación y el divorcio no deben ser un obstáculo para que los miembros de la familia mantengan una situación de comunicación necesaria para los hijos que están en periodo de desarrollar su personalidad. Se deberán observar factores familiares que hagan idóneo aplicar una rotación de los progenitores en las diversas funciones de cuidado de los hijos.

Patria potestad

¿Qué es la patria potestad de los hijos menores?

Se trata de las obligaciones y derechos en relación con los hijos. La patria potestad confiere a los padres la representación legal del hijo y encierra un doble contenido: personal y patrimonial. Así lo expresa el artículo 154 del Código Civil cuando señala como deberes inherentes a la patria potestad:

- Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral.
- Representarlos y administrar sus bienes.

Todo ello procurando siempre su beneficio, según su personalidad, y con respeto de su integridad física y psicológica.

Por otro lado, en función de esa misma potestad, los hijos deben:

- Obedecer a sus padres mientras permanezcan bajo su potestad y respetarles siempre.
- Contribuir equitativamente, según sus posibilidades, al levantamiento de las cargas de la familia mientras convivan con ella.

La patria potestad la ejercen conjuntamente ambos progenitores, aunque uno solo de ellos puede actuar si lo hace con el consentimiento expreso o tácito del otro.

Para los supuestos de desacuerdo, cualquiera de los progenitores puede acudir al juez quien, después de haber oído a ambos y al hijo si tuviera suficiente juicio y en todo caso si es mayor de 12 años, atribuirá la facultad de decidir al padre o a la madre.

Si los desacuerdos fueran reiterados o entorpecieran gravemente el ejercicio de la patria potestad, el juez podrá atribuir la total o parcialmente a uno de ellos o distribuir entre ellos las funciones durante el plazo que se fije, que no podrá ser superior a dos años.

Cuando los padres viven separados como consecuencia de una separación matrimonial o divorcio, el juez podrá, en interés del hijo, atribuir al progenitor que lo solicite la patria potestad para que la ejerzan conjuntamente o distribuir entre ellos las funciones inherentes a su ejercicio.

La patria potestad se acaba por la muerte o la declaración de fallecimiento de los padres o del hijo por la emancipación o por la adopción del hijo y, además, los padres puede ser privados total o parcialmente de ella por sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma.

¿Qué es un convenio regulador?

Se trata del documento firmado por ambas partes en el que se detallan las medidas que regularán en el futuro la guarda y custodia de los hijos: el régimen de visitas, las pensiones alimenticias y compensatorias y el uso del domicilio familiar entre otras cuestiones.

Privación de patria potestad

Los motivos vienen regulados en el artículo 170 del Código Civil y la suspensión de los derechos puede ser parcial o total si:

- Exista un incumplimiento habitual, reiterado y permanente de los deberes para con los hijos.
- El incumplimiento es grave.
- El incumplimiento es voluntario.

Si la edad y circunstancia del menor lo permiten deberá ser escuchado.



Se inicia a través de un procedimiento de modificación de medidas o de un procedimiento ordinario, en su caso y se solicita el ejercicio exclusivo de la patria potestad.

Debe probarse que el progenitor demandado ha dejado de cumplir absolutamente sus deberes (morales y materiales) hacia el menor.

Se velará siempre por el beneficio del menor.

En ningún caso exime de la obligación de abono de la pensión alimenticia .

El progenitor privado de la patria potestad puede recurrir la sentencia que le priva de la patria potestad.

Recuperacion de la patria potestad

Es posible si:

- Las causas que originaron la privación cesan.
- Cuando rehabilitar el derecho sea beneficioso para el menor.

Si existe un cese de la situación de incumplimiento, el progenitor privado podrá iniciar un procedimiento de modificación de medidas, debiendo acreditar que:

- Las circunstancias han variado.
- Velar por el interés superior del menor.

Discrepancia en ejercicio de la patria potestad

Cuando un progenitor no está conforme con la decisión tomada por el otro en el ejercicio de su patria potestad debe de comunicárselo de manera fehacientemente, en cuanto tenga conocimiento de esta.

Las discrepancias sobre ejercicio de la patria potestad se resuelven mediante un procedimiento especial de Jurisdicción Voluntaria y la competencia para conocer el asunto corresponderá al Juzgado de Instancia, iniciándose mediante una solicitud en la cual no es necesaria la intervención de abogado ni procurador.

El juzgado citará a las partes y al Ministerio Fiscal para celebrar una comparecencia, pudiendo citar al menor si el mismo posee suficiente madurez y, en todo caso, si tuviera 12 años.

El juez dictará resolución al respecto de la controversia dirimiendo la cuestión.

Reforma del artículo 156 código civil: llevar al menor al psicólogo

Hasta la fecha para que un menor recibiera asistencia psicológica era necesario contar con el consentimiento de ambos padres (salvo que hubiese un proceso penal en curso), o si existía desacuerdo, a través de un proceso de jurisdicción voluntaria decidía el juez.

Como novedad, si hay sentencia condenatoria y no está extinguida la responsabilidad penal o bien hay un proceso iniciado contra un progenitor por atentar contra la vida, integridad física, libertad, integridad moral o sexual de hijos comunes menores de edad o bien por atentar contra el otro progenitor bastará con el consentimiento de éste para la asistencia psicológica de los menores (debiendo informar al otro progenitor).

Si no existe denuncia, pero la mujer recibe asistencia por servicio especializado en violencia de género, se podrá realizar la asistencia psicológica si se hubiese emitido informe acreditativo de dicha situación.

Si la asistencia es para hijos mayores de 16 años será necesario del consentimiento expreso de ellos.

En caso de desacuerdos reiterados o que entorpezcan gravemente, el juez podrá atribuirle total o parcialmente a uno de los padres o distribuir entre ellos sus

funciones. La medida durara el plazo que se fije, pero no puede exceder de dos años.

✔ **Custodia**

¿Qué es la guarda y custodia de los hijos menores?

La guarda y custodia es aquel sistema familiar de cuidado y convivencia con los hijos posterior a la ruptura matrimonial o de pareja. Hay que destacar que puede ser exclusiva para uno solo de los progenitores o compartida entre ambos. Cuando es exclusiva lleva consigo que para el otro progenitor se establezca un régimen de visitas.

Es una de las facultades comprendidas dentro de la patria potestad que consiste en el deber de convivencia y el cuidado y atención de las hijas e hijos menores. Se trata de un aspecto y de un término muy delicados, que en muchas ocasiones agrava incluso el conflicto familiar existente entre los litigantes respecto a la descendencia común y todo lo relacionado con ello.



Es importante tener presente que tanto la patria potestad como la guarda y custodia se extinguen con la mayoría de edad de los hijos.

¿Qué es la guarda y custodia compartida?

Se trata del tipo de guarda y custodia basado en la alternancia en el cuidado de los hijos comunes entre los progenitores que permite a ambos progenitores participar activa y equitativamente en el cuidado personal de los hijos, pudiendo en lo que a residencia se refiere, vivir con cada uno de ellos durante periodos sucesivos más o menos predeterminados.

Esta alternancia se puede establecer en el que ha constituido domicilio familiar y serán los propios progenitores quienes cambien de domicilio permaneciendo los menores en él o bien puede hacerse de manera que sean los hijos quienes alternen la convivencia en casa del progenitor que le corresponda según lo establecido en la resolución judicial o en el convenio regulador de separación o de divorcio.

La opción en la que los menores no son trasladados de domicilio, aunque a priori pueda parecer que les ofrece más estabilidad, está siendo descartada mayoritariamente por los juzgados por los conflictos organizativos que supone a nivel doméstico.

Cuando la guarda y custodia es exclusiva de uno de los progenitores es obligatorio que para el otro progenitor se establezca un régimen de visitas.

¿Cuál es el criterio de atribución de la guarda y custodia?

Dependerá de cuál de los progenitores se ha dedicado al cuidado y atención de los hijos comunes durante la convivencia, teniendo en cuenta datos tales como los horarios de trabajo de ambos, su disponibilidad para estar con los menores.

Todas estas circunstancias y, por supuesto, la idoneidad de ellas, en favor de los menores tendrán que ser acreditadas durante el proceso judicial.

¿Se puede establecer la custodia compartida de mutuo acuerdo?

La custodia compartida puede ser acordada por ambas partes, siempre y cuando esta quede reflejada en el convenio regulador.

En caso de que para establecer la custodia compartida no haya acuerdo entre las partes será decisión de los tribunales fijar una custodia compartida con carácter excepcional, siempre que concurren las siguientes circunstancias:

- Petición de una de las partes.
- Justificación de que solo de esa forma se protege el interés de la menor o el menor.

La custodia compartida puede ser acordada por ambas partes, siempre y cuando esta quede reflejada en el convenio regulador.



Tengo la custodia de mis hijos y mi expareja dice que quiere cambiar a compartida, ¿se puede?

Si es posible. Puede hacerse de mutuo acuerdo y, de no lograrse este, será de manera contenciosa. En cualquier caso, será necesario iniciar un procedimiento de modificación de medidas en el juzgado que será muy sencillo si hay acuerdo y más complejo de no haberlo. En este último caso habrá que aportar pruebas y el fiscal informará y el juez decidirá teniendo siempre presente lo que sea más beneficioso para los menores. En cualquier caso, el Tribunal Supremo ha establecido que es importante para que una guardia y custodia compartida pueda llevarse a efecto que los padres se lleven bien.

¿Cómo se decide el tiempo de alternancia con los hijos en la custodia compartida?

En un mutuo acuerdo serán los padres quienes, conforme a lo establecido, libremente pactarán los períodos de tiempo de convivencia con los menores y la forma de realizarlo. En un contencioso será el juez quien decida teniendo siempre presente el beneficio de los menores.

¿A qué edad se deben modificar los acuerdos económicos alcanzados?

Las medidas acordadas en el convenio aprobado por la sentencia de separación o divorcio siempre podrán ser modificadas con un nuevo convenio o por la vía judicial en caso de que se alteren sustancialmente las circunstancias económicas o personales existentes en el momento de su adopción.

La custodia de los hijos cuando hay pareja de hecho o no hay matrimonio.

Siempre que de la relación de convivencia existan hijos menores de edad, cuando se produzca el cese de la convivencia, habrá que ir al procedimiento judicial de medidas paternofiliales para regular los efectos que esa separación va a producir sobre los hijos. Siempre se aplicarán los mismos criterios que en la separación o divorcio.

Ese trámite podrá hacerse de forma amistosa, mediante un procedimiento de mutuo acuerdo, donde serán los progenitores quienes aporten al juez una propuesta de las medidas a acordar (convenio regulador), o bien, de forma contenciosa, siendo en este caso el juez quien declare las medidas que se tendrán que aplicar sobre la guarda y custodia de hijos y ejercicio de la patria potestad, régimen de visitas, comunicación y estancia, pensión alimenticia y uso de la vivienda familiar.

Todo menor necesita y tiene como derecho para su adecuado desarrollo madurativo de la presencia de ambos progenitores.



Custodia compartida – Tribunal Supremo

La custodia compartida debe ser lo normal y no lo excepcional. Supone la doctrina del Tribunal Supremo en numerosas sentencias desde el año 2013, entre otras, la sentencia del Tribunal Supremo del 7 de junio de 2013, la sentencia del Tribunal Supremo 495/2013 de 19 de julio; la del 19 de noviembre de 2013, STS 55/2016 de 11 de febrero y la del 29 de marzo de 2016.

Otras más recientes son la sentencia 3561/2020 de 26 de octubre, la 2197/2020 de 16 de junio, la 61/2020 de 16 de enero, así como el auto del Tribunal Supremo número 379/2021 de 13 de enero.

Régimen de visitas y comunicaciones de los hijos en el divorcio

¿Qué es el régimen de visitas?

En caso de no existir acuerdo al respecto por parte de los padres, la adopción de medidas y régimen de visitas y comunicación entre los hijos y sus progenitores la hará el juez. Este fijará tiempo, modo y lugar del ejercicio de ese derecho, siempre teniendo en cuenta que como son los padres los que conocen a fondo las circunstancias y problemática de sus vidas, los tribunales suelen impulsar la situación para que sean ellos los que, dejando a un lado resquemores y reticencias, se pongan de acuerdo con el respecto del régimen de visitas poniendo siempre por delante el bien de sus hijos.

El mejor régimen de visitas, contacto y comunicación de un hijo con el progenitor que no ostente la custodia, será aquel que padre y madre dedican en interés del menor, adaptándolo a sus necesidades, y partiendo siempre de la base de que todo menor necesita y tiene como derecho para su adecuado desarrollo madurativo de la presencia de ambos, pues son los padres los que se divorcian y no los hijos a los que no hay que separar de uno u otro.

Hay que tener presente que el régimen que determine el convenio regulador o la sentencia contenciosa tiene el fin de garantizar con carácter mínimo el derecho irrenunciable de todo menor a no perder el contacto y vinculación con su padre y madre y con sus respectivos núcleos de familia extensa, especialmente los abuelos.

Además, hay que tener en cuenta que el llamado derecho de visitas no es un propio derecho sino un complejo de derecho-deber o derecho-función, que tiene por finalidad no satisfacer los deseos o derechos de los progenitores (o abuelos y otros parientes), sino de cubrir las necesidades afectivas y educacionales de los menores con el fin de lograr un correcto desarrollo equilibrado de los mismos. Por tanto, el régimen de visitas, comunicación y relación del hijo con el progenitor no custodio es un derecho de contenido puramente afectivo.

Por otro lado, la pensión de alimentos es sagrada. Independientemente de las circunstancias personales o laborales que tengan los progenitores, los hijos tienen necesidades diarias que atender comprendidas en la pensión alimenticia y el derecho a comunicar y estar con sus progenitores, que es el interés que se protege en todo procedimiento de separación o divorcio, por lo que no es intercambiable el hecho de pagar más o menos, para ver a los hijos más o menos.



No es intercambiable el hecho de pagar más o menos en la pensión alimenticia para ver más o menos a los hijos

¿Y el régimen de comunicaciones?

En cuanto al régimen de comunicaciones implica la posibilidad de comunicar telefónicamente con los hijos cuando están con el otro progenitor. Esto debe ser algo racional, no puede dar lugar en ningún caso a un acoso telefónico por la otra parte.

¿Dónde y cómo se realiza la entrega de los menores en ese régimen de visitas?

Será según lo establecido en el convenio regulador o en la sentencia. En cuanto a los gastos de los desplazamientos hay sentencias que indican que no necesariamente tiene que correr con el gasto de los desplazamientos el progenitor no custodio, sino que dependerá de la capacidad económica de ambos.

¿Qué sucede cuando el progenitor no custodio no vive en la misma localidad o comunidad que sus hijos menores?

En estos casos si la distancia es grande no se puede llevar a cabo un régimen de visitas estándar de fines de semana alternos y un día entre semana por lo que se suelen ampliar los períodos de estancias con el progenitor no custodio durante las vacaciones.

La nueva regulación del Art 94 del Código Civil:

Suspension del regimen de visitas

Supuestos:

1. Que se den diligencias previas debido a una denuncia por violencia de género.
2. Que la autoridad judicial advierta la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género.
3. Que el progenitor se encuentre en situación de prisión, provisional o por sentencia firme, acordada en procedimiento penal por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o sus hijos.

Excepciones:

El juez podrá establecer un régimen de visitas, comunicación o estancia:

- Con base en el interés superior del menor.
- Con base en la voluntad, deseos y preferencias de los hijos/as mayores de edad con discapacidad necesitados/as de apoyos. Para ello habrá de realizarse una evaluación previa de la situación de la relación paternofamiliar.

Visitas en punto de encuentro

Punto de encuentro es un servicio gratuito, de carácter temporal y excepcional, y supone un espacio neutral para garantizar el régimen de visitas entre los menores y sus progenitores/familiares, en situaciones de conflicto.

Objetivo: favorecer y garantizar el derecho de visitas, preparar a los padres para relacionarse con sus hijos, crear clima de igualdad y libertad para los menores, orientación profesional para mejorar las relaciones paternofiliales, y obtención de información sobre actitudes de los progenitores.

¿Quién decide el cumplimiento del régimen de visitas a través del Punto de Encuentro Familiar?

El juez de familia cuando se detecten situaciones de riesgo y previo informe del equipo técnico adscrito al juzgado o a petición del progenitor y que acrediten la imposibilidad de que se lleve a cabo el régimen de visitas de otro modo.

Supone un lugar de:

1. Entrega y recogida del menor (caso de progenitores en conflicto).
2. Disfrute de la visita en el propio punto de encuentro (por carencia de domicilio, residir fuera, vivienda sin condiciones, necesidad de tutelar la visita, etc.)



LEGÁLITAS